

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández.
D. José Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I.S.S.N.: 0210-0444

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS	317
«Los mandamientos de embargo en causa criminal», por RAMÓN ABELLÓ MARGALEF	353
«El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro», por RAFAEL ARNAIZ EGUREN	365
«Derecho propio y reciprocidad en la compensación legal de créditos», por GEMA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ	393

DICTAMENES Y NOTAS

«Organización funcional de los Registros, informatización/información», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	483
«Nulidad contractual: litisconsorcio pasivo necesario y congruencia. Doble disposición y venta de cosa ajena. Comentario a la STS de 25 de julio de 1996», por RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO	493

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	525
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	531
--	-----

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> ..	539
B) Resoluciones comentadas, por ANGEL VALERO FERNÁNDEZ y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA.....	541

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	577
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	592
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	616
d) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	625

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Justicia y Monarquía (Un punto de vista sobre su evolución en el reinado de los Reyes Católicos)», de GUSTAVO VILLAPALOS SALAS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	635
«Estudios sobre el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patri- moniales y Actos Jurídicos Documentados», de JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	637
«Histoire du droit privé», de JEAN IMBERT, por ELENA MARTÍNEZ BA- RRIOS	639
«Propiedad horizontal: ¿es siempre necesaria la unanimidad para alte- rar un elemento común?», de MANUEL RIVERA FERNÁNDEZ y CÉSAR HORNERO MÉNDEZ, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	640
«La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)», de ENCARNA CORDERO LOBATO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	642
«Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Derechos Reales e Hipote- carios», de XAVIER O'CALLAGHAN, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	645

REVISTA DE REVISTAS. Comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.	651
---	-----

ESTUDIOS

Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)

SUMARIO I. INTRODUCCION.—II. INSCRIPCION DE LAS OBRAS NUEVAS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LICENCIA 3. REQUISITOS DESCRIPTIVOS. 4. EL TÉCNICO. EL CERTIFICADO. 5. LA FINALIZACIÓN DE LA OBRA DECLARADA EN CONSTRUCCIÓN. 6 REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. 7 REGLAS APLICABLES A OTRAS CONSTRUCCIONES.—III INSCRIPCION DE LOS ACTOS DE PARCELACION: 1. INTRODUCCIÓN EL ARTÍCULO 79. EN CONEXIÓN CON EL 259 3 DEL TEXTO REFUNDIDO. 2. ARTÍCULO 79 DEL REAL DECRETO. 3 LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: EL ARTÍCULO 80 DEL REAL DECRETO EN CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN.—IV. OTRAS CUESTIONES: INSCRIPCION DE TRANSMISIONES SUJETAS A TANTEO Y RETRACTO URBANÍSTICO.

I. INTRODUCCION

El urbanismo es una materia jurídica de tanta importancia en la actualidad que hasta tiene su propia categoría, con la denominación de Derecho Urbanístico.

No cabe duda que directa o indirectamente muchas materias están relacionadas con éste. Esto ocurre de manera frontal cuando lo ponemos en

conexión con la Institución Registral, y en concreto con el Registro de la Propiedad, en la rama del Derecho Inmobiliario Registral, así como en su relación con el Catastro.

Las últimas grandes modificaciones en Derecho Urbanístico, entre otras la del Texto Refundido de 26 de junio de 1992, con su antecedente en la Ley 8/90, de 25 de julio, requerían a la vez una adaptación y adecuación, con carácter urgente y fundamental en materia registral. Los instrumentos de planeamiento, los sistemas de actuación, la publicidad del registro frente a terceros, como pieza básica del sistema de seguridad jurídica.

En materia de obras nuevas estábamos huérfanos de esa regulación reglamentaria, desde el punto de vista notarial, teniéndonos que mover sobre especulaciones e interpretaciones más o menos acertadas de los textos urbanísticos.

También puede haber quien opine que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que ha declarado inconstitucionales a muchos artículos del Texto Refundido, quizá hubiese sido más oportuno esperar acontecimientos, y en especial al del posible nuevo Texto de la Ley del Suelo, cuyo borrador o borradores van corriendo de despacho en despacho. Pero quizá también, como dice el Preámbulo: «Así, aunque los preceptos que integran este Real Decreto se refieren a materias urbanísticas su contenido es exclusivamente registral, por lo que en cuanto a normas hipotecarias jurídico-privadas están llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo. En tal sentido se ha procurado en el presente Real Decreto evitar las referencias concretas a la legislación urbanística, toda vez que la competencia para su elaboración está atribuida con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas, salvo en las materias expresamente reservadas al Estado».

El objetivo de este primer trabajo sobre la materia se centra sobre el estudio del capítulo VI, relativo a las inscripciones de obras nuevas, así como el capítulo X, referente a los actos de parcelación, que tiene una incidencia plena y de urgencia en la materia notarial, dejando para futuros trabajos los relativos a temas tan esenciales como la inscripción de las operaciones parcelatorias, la regulación de los efectos del proceso de ejecución y de la aprobación definitiva; las explotaciones urbanísticas del capítulo III, la inscripción de las cesiones de terrenos con carácter obligatorio, el novedoso capítulo V relativo a las inscripciones de aprovechamientos urbanísticos, con el supuesto de la transmisión de unidades de aprovechamiento urbanístico. Las anotaciones preventivas decretadas en procedimientos administrativos, y en procedimientos contencioso-administrativos; las notas marginales que desarrolla el artículo 307.4 del Texto Refundido, que posibilita el acceso al Registro de las condiciones especiales de concesión de licencias, condiciones que sólo podrán reflejarse cuando las mismas hayan de cumplirse directamen-

te sobre la finca; las inscripciones de las transmisiones sujetas a tanteo y retracto urbanísticos, el régimen de venta forzosa, etc.

Ante esta situación, partimos de la Ley 8/1990, de 25 de julio, y del Texto Refundido de 26 de junio de 1992, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo, y de colegios profesionales, precedente de la Ley 7/1997, de 17 de abril, sin perjuicio de los reglamentos que en materia urbanística desarrollan la materia, como el Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio 1978, el Reglamento de Planeamiento de 23 de junio de 1978, el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, y sin olvidar a la que, según algunos, ha renacido de entre las cenizas, la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 29 de abril, que, como he indicado, hay que desempolvar del cajón de los recuerdos a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional; aunque no está nada claro, el que la opinión mas certera en este punto sea la aplicación de la Ley del 76, sobre todo a la vista de los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional, sobre una Ley posterior, como es la del 92, que surge en un sistema y marco jurídico conforme a la nueva legalidad, menos aún podría darse validez al renacimiento de una Ley anterior en el tiempo.

Además, todo ello con independencia de algunas últimas normas de Comunidades Autónomas, que a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional, y a la espera del nuevo texto de la Ley del Suelo, quieren solucionar, aunque sea provisionalmente, el problema o problemas que se plantean; todo ello aderezado con el Real Decreto de convalidación de los Reglamentos de Disciplina, Planeamiento y de Gestión que en su momento se dictó. En cuanto a la sentencia del Tribunal Constitucional, en concreto en la materia de los actos referidos en la misma al Registro de la Propiedad, ha admitido su constitucionalidad, por ser materia exclusiva del Estado, en conexión del artículo 149.1.8.º de la Constitución Española.

En resumen, y esto debe quedar claro, cada vez es más importante la conexión del Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral, en campos tan trascendentales como en materia urbanística, y donde, por desgracia y hasta este momento, no ha existido la misma, y por ello es bueno ir buscando mecanismos que consigan hacer plena y eficaz esa coordinación para conseguir que los libros que publica el Registro sean la realidad jurídica en que la finca se encuentra, para dotar de eficacia y seguridad al sistema. En este sentido el propio Preámbulo del Real Decreto establece que «La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelve en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No

obstante, si la acción urbanística y en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias, surge un punto de contacto de necesaria coordinación. A la vez, es conveniente que los poderes públicos se sirvan de una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, puede ser una eficaz colaboradora a la actuación urbanística».

Por todo ello este Real Decreto es consecuencia del mandato de la Disposición Adicional Décima de la Ley 8/90, de 25 de julio (arts. 307 a 310 del Texto Refundido del 26 de junio de 1992).

II. INSCRIPCION DE LAS OBRAS NUEVAS

I. INTRODUCCIÓN

El Preámbulo del Real Decreto hace una especial mención a esta cuestión, resaltando los límites y el alcance de la regulación reglamentaria; en este sentido establece: «el capítulo VI se refiere a las inscripciones de obra nueva cuya regulación legal se encuentra en el artículo 37.2 del Texto Refundido de 26 de junio de 1992. La regulación establecida pretende responder a la finalidad perseguida con el precepto legal: evitar que nazcan a la vida jurídica unidades inmobiliarias susceptibles de tráfico jurídico que no existen ni podrán existir en el mundo real. No se ha querido (ni hubiera sido oportuno) alterar los mecanismos a través de los cuales la obra nueva puede acceder al Registro de la Propiedad, pero sí ha sido necesario determinar los requisitos descriptivos que ha de contener las escrituras de dicha clase, puesto que la normativa vigente no lo señala. La finalidad perseguida llega a que, tanto en la escritura pública relativa a la obra en construcción como en la que ya está construida, sea necesario que un técnico (expresión que queda en el reglamento precisada en su alcance) dictamine que lo declarado por la persona legitimada para ello coincide con lo proyectado o con lo proyectado y construido, aunque sólo en aquello que es el contenido propio de las escrituras de obra nueva», de lo transcrito anteriormente, en lo relativo a que con este Real Decreto no se ha querido alterar los mecanismos a través de los cuales la obra nueva puede acceder al Registro de la Propiedad, en nuestra opinión, la frase correcta no es que se haya querido o no, o que no haya sido oportuno o no, sino que más bien hubiera sido ilegal el alterar un punto concreto de una Ley como la del 90 y de un Real Decreto Legislativo como el del 92, a través de otra norma de rango inferior como es la del Real Decreto, ya que ello implicaría saltarse el principio jerárquico normativo, olvidándose del artículo 1.º del CC, aunque desde hace tiempo no nos resultan extrañas esas alteraciones del principio de jerarquía formal en determinadas materias, donde reglamentos alteran lo que las leyes establecen; entre otros muchos podemos recordar el de Ley de Costas y su Reglamento.

El artículo 37.2 del Texto Refundido del 92 establece que: «los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia. En este caso el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».

La materia relativa a las obras nuevas en el Real Decreto de 4 de julio del 97 está regulada en los artículos 45 a 55 del mismo, dentro del capítulo VI, y vamos a intentar sintetizarlo por materias.

2. LA LICENCIA

Uno de los puntos más interesantes, en relación con la licencia, es la relativa a la concesión de la misma cuando tenga lugar por acto presunto; en este caso, según el artículo 48.2, deberá incorporarse a la escritura, bien en original o por testimonio, de la certificación administrativa del acto presunto, y para el caso de que no se hubiera expedido esta certificación, el escrito de solicitud de la licencia y en su caso el de denuncia de la mora, así como el escrito de solicitud de certificación del acto presunto, todos ellos sellados por la Administración actuante, y la manifestación expresa del declarante de que, en los plazos legalmente establecidos para la concesión de la licencia solicitada y para la expedición de la certificación del acto presunto, no se le ha comunicado por la Administración la correspondiente resolución denegatoria de la licencia solicitada ni tampoco se le ha expedido la certificación del acto presunto.

Ello está en conexión con el propio Preámbulo del Real Decreto, que indica que para evitar una regulación incompleta se ha previsto otros extremos, la posibilidad de licencias obtenidas por acto administrativo presunto, y ello en conexión con la Ley de Procedimiento Administrativo, que así expresamente regula el acto presunto. En este sentido hay que tener en cuenta los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; el artículo 42 hace referencia a la obligación de resolver por la Administración, el artículo 43 a los actos presuntos y el 44 de la certificación

de actos presuntos, y esta certificación de actos presuntos deberá ser extendida inexcusablemente por la Administración, en el plazo de veinte días desde que le fue solicitada, salvo que en dicho plazo haya dictado resolución expresa sin que se pueda delegar esta competencia específica.

En relación con ello, en cuanto a los plazos para contestar a las solicitudes de concesión de licencias por los Ayuntamientos, que es lo que nos importa en este momento, puede ocurrir que sea el propio planeamiento de cada Ayuntamiento el que lo determine. Si no es así, como ocurre en la mayoría de los casos, habrá que acudir al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en concreto al artículo 9 del mismo, donde se regula el procedimiento a seguir para resolver las solicitudes de licencias, siempre que no exista otro procedimiento especialmente ordenado por disposición de superior o igual jerarquía. De dicho artículo 9 transcribimos lo siguiente: «1. Las solicitudes de licencias se resolverán con arreglo al siguiente procedimiento, cuando no exista otro especialmente ordenado por disposición de superior o igual jerarquía (12 bis).

1.º Se presentarán en el Registro General de la Corporación, y si se refieren a ejecución de obras o instalaciones deberá acompañarse proyecto técnico con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición.

2.º En el plazo de los cinco días siguientes a la fecha del registro se remitirán los duplicados a cada uno de los aludidos organismos.

3.º Los informes de éstos deberán remitirse a la Corporación diez días antes, al menos, de la fecha en que terminen los plazos indicados en el número quinto, transcurridos los cuales se entenderán informadas favorablemente las solicitudes.

4.º Si resultaran deficiencias subsanables se notificarán al peticionario antes de expedir el plazo a que se refiere el número 59 para que dentro de los quince días pueda subsanarlas.

5.º Las licencias para el ejercicio de actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado Plan de Urbanismo, obras o instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las de nueva construcción o reforma de edificios o industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos, en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiera ingresado en el Registro General.

6.º El computo de estos plazos quedará suspendido durante los quince días que señala el número 4.º, contados a partir de la notificación de la deficiencia».

El supuesto normal es el de testimoniar literalmente la licencia concedida. Hay que tener en cuenta el juego de la manifestación del declarante en cuanto

a que no ha recibido dicha concesión, o la certificación respectiva, pero opinamos que en todo caso el Notario deberá constatar que al menos han pasado dichos plazos, en relación con los escritos que se le presentan sobre todo en el caso de que no se hubiese expedido la certificación administrativa del acto presunto; en definitiva, no autorizar la escritura en este caso antes del transcurso de los plazos, aunque en todo caso siempre deberá existir la manifestación del declarante, de que no ha tenido ninguna comunicación por parte de la Administración.

De todo lo anteriormente indicado se determina el juego de los plazos que establece la norma para llegar al resultado del silencio administrativo.

3. REQUISITOS DESCRIPTIVOS

Este ha sido uno de los puntos novedosos que se establecen en el Real Decreto en cuanto que aclaran el contenido de la certificación, cosa que antes quedaba, por no poder tener otros datos, a la interpretación notarial, a la hora de autorizar la escritura, y posteriormente a la registral, a la hora de acceder al Registro de la Propiedad. Por ello el legislador en el Preámbulo indica que ha sido necesario determinar los requisitos descriptivos que han de contener las escrituras de dicha clase, puesto que la normativa vigente no lo señala. Para acudir a determinar cuáles son estos requisitos descriptivos el artículo 45 establece que deberá constar en los títulos inscribibles, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificadas, y si en el proyecto aprobado se especifica el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sean susceptible de aprovechamiento independiente. Por ello creemos que éstos son los datos descriptivos que deberán constar en la certificación del técnico, tanto en las obras nuevas en construcción como en las obras nuevas construidas. Ello hay que ponerlo en conexión con lo que después haremos mención del artículo 53, apartado B, del mismo Real Decreto en relación con los requisitos de los títulos de constitución de la Propiedad Horizontal.

4. EL TÉCNICO. EL CERTIFICADO

Los artículos 49 y 50 hacen referencia a lo que debe entenderse por técnico competente, así como el contenido del certificado del técnico, o en su caso lo que debe justificar el técnico. En cuanto al técnico competente, el artículo 50 intenta determinar quién es el técnico competente, indicando que lo será el que hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación, bien realizado por sí solo o en unión de otros técnicos; tam-

bién le atribuye este carácter al que tuviere encomendada la dirección de la obra, bien por sí solo o en unión de otros; también cualquier otro técnico que, mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes, y por último el técnico municipal del Ayuntamiento competente, que tenga encomendada dicha función. Podemos indicar que en esta materia la determinación de la competencia o no de un técnico no puede ni debe ser apreciada por el Notario, pues se escapa del ámbito de su posible calificación. Por ello deben existir datos objetivos para determinar esa competencia, como son la firma del proyecto, la dirección de la obra o la certificación de un colegio profesional que exponga en la misma que dicha persona tiene facultades suficientes, que podrá venir bien determinada en la certificación que expide el mismo técnico, según el artículo 49, o bien en una certificación aparte. Cuando se trate del supuesto del artículo 50.3, cuando hace referencia a lo que debe entenderse por técnico competente, deberá aportarse en la escritura la certificación en la que se acredite que tiene facultades suficientes, que deberá incorporarse por supuesto a la matriz. Por la dicción del artículo 50 parece deducirse que en el caso de que varios técnicos hubieren firmado el proyecto o tuvieran la dirección de la obra, bastará que la actuación sea realizada por cualquiera de ellos, circunstancia ésta que me parece lógica a los efectos de solucionar los problemas que en la práctica se nos presenta a diario en muchas ocasiones.

El problema que siempre nos habíamos planteado era el que la Ley no especificaba ciertamente qué técnico era el competente para justificar los extremos que la Ley exigía, debido a que existen diversas titulaciones profesionales que, como decíamos líneas arriba, hacen difícil para el Notario el poder calibrar; no obstante, el Real Decreto ha aclarado en este punto algunos de estos extremos (1).

En cuanto a la certificación, o mejor dicho el certificado del técnico, el artículo 49 establece los mecanismos por los que se deben justificar los extremos que debe contener el certificado del técnico. Cuando apareció la Ley del 90 hicimos unos primeros comentarios a la misma, a la hora de hacer referencia a las obras nuevas en construcción intentábamos dar soluciones para poder cumplir con la mayor literalidad posible el precepto legal, y ya apuntábamos la conveniencia de la comparecencia del técnico en la escritura, sobre todo en el supuesto más difícil, en cuanto al cumplimiento de la Ley

(1) Sobre el técnico competente véase PETREL SERRANO en «Sobre la intervención del técnico competente», en *RCDI*, núm. 607; asimismo, ARNAIZ EGUREN, RAFAEL, en *Registro de la Propiedad y urbanismo*. Centro de Estudio Registrales de Cataluña, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S. A. Madrid 1995, pág. 575 y siguientes. GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER, en «Ciertas reflexiones sobre la Ley de Reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo. Una aproximación a la misma», *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 126, junio 1991, págs. 1627 y siguientes.

por su literalidad, es decir en la obra nueva en construcción, prestando por ello su consentimiento a lo que allí se estaba efectuando; pero esa solución ya decíamos que muchas veces en la práctica no sería muy viable, aunque sí la ideal; esta solución fue criticada en algunos ámbitos, por decir que no se ajustaba a la literalidad de la Ley, ya que ésta habla y hablaba de certificación, pero este argumento nos ha parecido siempre absurdo, ya que no hay mejor solución que la que el propio técnico comparezca en la escritura, y que la interpretación de las leyes debe hacerse con lógica y buscando cuál ha sido el espíritu y finalidad de la misma (2).

Parece ser que al cabo del tiempo se nos ha dado la razón en este punto, ya que el artículo 49 del Real Decreto prevé tres formas de justificar el técnico los extremos que requiere la Ley:

- Un primer supuesto es el de la comparecencia del técnico en el mismo acto del otorgamiento de la escritura o autorización del acta.
- Otra posibilidad es por la incorporación a la matriz de la escritura o del acta de la previa certificación del técnico, con la firma legitimada notarialmente, que debe contener la descripción de la obra nueva, coincidente con la del propio título en cuanto a los extremos que deben acreditarse.
- Y, por último, por la presentación de la certificación del técnico con el carácter de documento complementario del título inscribible. En este caso la certificación debe ser objeto de legitimación notarial, y en su contenido se deberá hacer expresa referencia a la descripción de la obra nueva en construcción o finalizada, objeto de la escritura o del acta, así como en nombre del Notario autorizante, la fecha del documento y número del protocolo.

A este respecto el antiguo artículo 25, hoy 37.2, establecía una diferencia en relación a las obras nuevas terminadas y a las obras en construcción, pues en el caso de obras nuevas en construcción se exigía que la certificación del técnico acreditara, entre otros extremos, que la descripción de la obra nueva se ajustara al proyecto para el que se obtuvo la licencia, mientras que para que las obras terminadas sería la certificación de finalización de obra conforme al proyecto aprobado, e incluso existía otra diferencia; en el artículo 37, aparte de la descripción como es en el caso de la obra nueva en construcción, el técnico tuviera que decir que se ajustaba al proyecto para el que se obtuvo la licencia, mientras que en las terminadas sólo debería hacer referencia a que la obra estaba conforme con el proyecto aprobado. Siempre me habían parecido una incongruencia estas diferencias.

(2) GARCÍA MAS FRANCISCO JAVIER, *ob cit*, pág 1654

El problema que nos planteábamos en la Ley del 90 y en el Texto Refundido del 92 era que si no comparecía el técnico en la obra nueva en construcción para poder dar cumplimiento a la Ley, que exige que la descripción de la obra se ajuste al proyecto, está claro que el técnico debería conocer, como se ha descrito, y esta posibilidad sólo puede llevarse a efecto una vez firmada la escritura. Por ello planteamos como solución que, una vez firmada la escritura, se expidiera una copia simple, otros pensaban que copia autorizada, haciendo la advertencia oportuna en la escritura, a los efectos de entregársela al técnico para que éste certificara haciendo constancia y referencia a esa escritura al Notario, la fecha, etc., diciendo que esa descripción efectivamente se ajustaba al proyecto para el que se obtuvo licencia, y después, una vez aportada la certificación, por diligencia incorporarla. Por supuesto existía la posibilidad de que se recogiera en la certificación la obra en términos similares a los de la escritura, aunque esta solución no la aporté en su momento por la propia dicción de la Ley y además porque el certificado podía llegar a ser mamotréptico, más aun cuando no se especificaba qué requisitos mínimos descriptivos tenía que constar en la certificación, cosa que ahora a raíz del artículo 45 del Real Decreto en conexión con el 46 se nos dice al menos qué es que lo debe constar (3).

El nuevo Real Decreto en los tres supuestos del artículo 49, en el número 3, presenta una modalidad de lo que hacíamos alguno por diligencia, que es la de presentación fuera del documento notarial de la certificación del técnico, que una vez autorizada la escritura, expide certificación a la vista de la misma, haciendo constar el nombre del Notario, fecha del documento y número del protocolo. En este supuesto está claro, en nuestra opinión, que no debe constar en el certificado ningún carácter descriptivo de la finca, puesto que el técnico ya certifica sobre lo escrito en el documento público. En cambio, cuando se incorpore a la matriz la certificación, sí que tendrá que hacer la descripción el técnico, cuyo contenido nos lo da el artículo 45. El único problema que aprecio en la posibilidad que permite el Real Decreto de la certificación, con el carácter de documento complementario, es que el documento notarial no queda completo, no es totalizador de los requisitos legales, sino que depende de algo posterior, que puede ser objeto de extravío, o que incluso se deje pasar el tiempo a los efectos de conseguir este certificado posterior. Por ello creo que las soluciones más correctas y completas son las del número 1 y 2 del artículo 49, es decir la comparecencia del técnico en la escritura o la incorporación en el acto del otorgamiento de la certificación. Exige la Ley que en los casos de certificación aparezca legitimada la firma del técnico; legitimación de firma, regulada en

(3) Vid GARCIA MAS, *ob. cit.*, págs. 1654 y 1655; asimismo, ARNAIZ EGUREN, *ob. cit.*, págs. 572 y 573.

el Reglamento Notarial, y que muchas veces en la práctica, y sobre todo en notarías rurales, donde los proyectos vienen hechos de otras poblaciones más grandes o de la propia capital van a plantear problemas al Notario autorizante, sobre todo cuando incorpore la certificación, ya que ésta deberá ser legitimada por él o bien venirle legitimada; en este segundo caso un requisito más que muchas veces puede caer en el olvido de los que la aprueban. Poniendo en conexión los artículos 46 y 49, el certificado del técnico, o mejor dicho la justificación del técnico competente de los extremos a los que se refiere la Ley y el Real Decreto, deberá contener en los casos en que el edificio fuera en construcción que la descripción de la obra nueva en cuanto a los extremos comprendidos en el artículo anterior, es decir los requisitos descriptivos ya vistos en el artículo 45 se ajustan al proyecto para el que se obtuvo licencia. Si el edificio se declara construido, también deberá acreditar los mismos extremos que antes se han indicado para las obras nuevas en construcción, pero además que la obra ha finalizado y que se ajusta al proyecto correspondiente, y en este caso, como el número 2 del artículo 46 dice que se debe acreditar lo previsto en los números anteriores, también en los casos de obra nueva terminada deberá hacerse mención a la licencia en relación con el proyecto. A continuación apor to unos modelos de certificaciones bien cuando se incorporan a la matriz o bien en el supuesto de acreditación posterior, distinguiendo entre obras nuevas en construcción y obras nuevas terminadas. Por supuesto, si el técnico comparece en la escritura o en el acta, la certificación sobrará.

Mod. I

CERTIFICADO DE OBRA NUEVA TERMINADA

CUANDO SE APORTA DESPUES de haberse firmado la escritura

DON/DOÑA (Nombre del Técnico)

N.º DE COLEGIADO:

C E R T I F I C O :

Que la obra descrita en la Escritura autorizada por el Notario de (lugar de otorgamiento). Don /Doña (Nombre del Notario), el día (fecha), con el número () de protocolo, se ha finalizado y se ajusta al proyecto para el que obtuvo licencia; todo ello conforme al artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 y del artículo 49.3 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

En (lugar y fecha)

FIRMA DEL TECNICO
(Legitimación de firma por Notario)

Mod. 2

CERTIFICADO DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCION
CUANDO SE APORTA DESPUES de haberse firmado la escritura

DON/DOÑA (Nombre del Técnico)
N.º DE COLEGIADO:

C E R T I F I C O :

Que la obra descrita en la Escritura autorizada por el Notario de (lugar de otorgamiento). Don /Doña (Nombre del Notario), el día (fecha), con el número () de protocolo, se encuentra en construcción y se ajusta al proyecto para el que obtuvo licencia; todo ello conforme al artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 y del artículo 49.3 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

En (lugar y fecha)

FIRMA DEL TECNICO
(Legitimación de firma por Notario)

Mod. 3

CERTIFICADO DE OBRA NUEVA TERMINADA
CUANDO SE APORTA EN EL MOMENTO de firmar la escritura

DON/DOÑA (Nombre del Técnico)
N.º DE COLEGIADO:

C E R T I F I C O :

Que conforme al artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 y del artículo 49.2 del Real Decreto 1093/1997, de

4 de julio, en (lugar) se ha finalizado la siguiente obra, y que se ajusta al proyecto para el que obtuvo licencia:

DESCRIPCION: (Incluyendo superficie de la parcela ocupada, total de metros cuadrados edificados, número de plantas, número de vivienda, apartamento, etc., si se especifica en el proyecto...)

En (lugar y fecha)

FIRMA DEL TECNICO
(Legitimación de firma por Notario)

Mod. 4

CERTIFICADO DE *OBRA NUEVA EN CONSTRUCCION*
CUANDO *SE APORTA EN EL MOMENTO* de firmar la escritura

DON/DOÑA (Nombre del Técnico)
N.º DE COLEGIADO:

C E R T I F I C O :

Que conforme al artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 y del artículo 49.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se esta construyendo en (lugar):

DESCRIPCION: (Incluyendo superficie de la parcela ocupada, total de metros cuadrados edificados, número de plantas, número de vivienda, apartamento, etc., si se especifica en el proyecto...)

Que se ajusta al proyecto para el que obtuvo licencia.

En (lugar y fecha)

FIRMA DEL TECNICO
(Legitimación de firma por Notario)

Por último, indicar que, aunque en un primer momento se pudo pensar que el certificado del técnico debiera estar visado por el colegio respectivo, la Dirección General se ha manifestado en sentido negativo, indicando no ser

obstáculo para la inscripción el no tener visado, por ser éste un requisito en todo caso de carácter administrativo.

También indicar que la posibilidad que da el artículo 49.3 del Real Decreto, sobre la certificación del técnico, con carácter de documento complementario del título, pudiera alterar el sentido del artículo 37.2, que habla de incorporación del mismo en el documento notarial, pero en este caso, y aunque no sea la solución que más nos guste, como hemos dicho antes, hay que buscar sentido, finalidad y practicidad a las normas, y para conseguir la inscripción hay que conseguir en todo caso la certificación, por ello no vamos a ser más papistas que el Papa.

5. LA FINALIZACIÓN DE LA OBRA DECLARADA EN CONSTRUCCIÓN

El artículo 47 en conexión con el artículo 51 del Real Decreto hacen referencias a estos extremos. La Ley del 90 exigía que se hiciera constar en el Registro, una vez que se hubiera finalizado la obra, en un plazo de tres meses desde la finalización, la constancia de la efectiva finalización mediante acta notarial que incorporaría la certificación final de obra. El artículo 37.2 del Texto Refundido del 92 suprime el plazo de tres meses, sin indicar en su caso ningún tipo de sanción para el supuesto de su incumplimiento. El artículo 47 aclara cómo debe hacerse constar en el Registro esa finalización por medio de nota marginal, aunque creo que éste era el procedimiento que se había venido utilizando hasta el momento, y dicha finalización se practicará en virtud de acta notarial, que puede ser la de protocolización del artículo 209 del Reglamento Notarial, incluso mixta con un acta de referencia o manifestación, acta notarial que requerirá la incorporación de la certificación del técnico conforme al número 3 del artículo 46, aunque el artículo 47 olvida la posibilidad que da el artículo 49, que es la comparecencia del técnico en el otorgamiento del mismo acta, porque, en nuestra opinión, al utilizar sólo la palabra certificación está restringiendo las posibilidades que da el 49.1 en cuanto a esa presencia del técnico, circunstancia ésta que puede ser debida, así lo entiendo, a un simple lapsus, e incluso por la certificación presentada *a posteriori* con el carácter de documento complementario.

En este punto puede haber algunas cuestiones curiosas, ya que la obra nueva se ha descrito en un momento anterior en otra escritura; por tanto, parecería absurdo que si se incorpora al acta la certificación del técnico tuviera que tener la descripción, por ello en estos casos creo que en cuanto a esta descripción el técnico deberá remitirse a la escritura primitiva de obra nueva en construcción citando el número de protocolo, el Notario y la fecha, salvo que hayan existido alteraciones que sean esenciales, como la superficie

construida, o variación en el proyecto, siempre que esté amparado por una licencia rectificatoria o modificativa.

Otro tema que el Real Decreto especifica ahora es el de quién esta legitimado para el otorgamiento de este acta de finalización de obra, aparte del titular registral. El artículo 47.2 establece que además del titular registral podrán requerir este otorgamiento del acta aquellos que hubieran declarado la obra nueva en construcción, aun cuando hubiese transmitido a un tercero el dominio en todo o en parte.

Asimismo si la finca perteneciese a varios titulares en *pro indiviso*, los que reúnan la mayoría necesaria para realizar actos de administración; asimismo por el Presidente de la Junta de Propietarios, si el edificio se hubiese constituido en régimen de propiedad horizontal y por cualquiera de los cónyuges si el inmueble estuviese atribuido a su sociedad conyugal. Como se ha indicado, «a diferencia de la declaración de obra nueva que constituye un negocio jurídico al que resulta plenamente aplicable el principio de tracto sucesivo, en la terminación o finalización de la obra nueva se trata de acreditar registralmente un hecho, es decir, que la obra ha sido culminada de acuerdo con el contenido del proyecto que dio lugar a la licencia» (4).

Parece lógico que el promotor o constructor, aunque hayan transmitido el dominio en todo o en parte, puedan estar legitimados para instar este acta, circunstancia ésta que es consecuencia de sus obligaciones, entre otras la de finalizar una obra a la que se ha comprometido, y se aportan los documentos necesarios nada puede impedir esa constatación, más aún cuando hemos indicado que se trata de acreditar registralmente un hecho.

En cuanto al *pro indiviso*, el Real Decreto exige que se realice por los pro indivisarios que reúnan la mayoría para realizar actos de administración. Parece que nos debemos remitir al artículo 398 del CC, que dice que para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. Especificando que no habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituya el objeto de la comunidad; continúa indicando el Código que si no resultase mayoría y que el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador. Aparte de poder dilucidar y diferenciar los actos de administración ordinaria y extraordinaria, el Real Decreto exige una mayoría. En nuestra opinión, estaría legalmente legitimado cualquier o cualesquiera de los pro indivisarios, porque se trata de una simple constatación de un hecho, porque son titular o titulares registrales y porque no se produce ningún perjuicio a la comunidad y porque, en definitiva, se trata de un beneficio, y lo realizado por

(4) ARNAIZ EGUREN, *ob cit.*, págs. 575 y 576.

uno de ellos en beneficio común beneficia a todos los demás, por ello discrepamos de esa mayoría.

Si el edificio se hubiera constituido en régimen de propiedad horizontal, se indica que el Presidente de la Junta podrá instar este acta. En este caso de la propiedad horizontal nada se dice sobre si el Presidente, además de por supuesto acreditar su cargo, tiene que estar respaldado por un acuerdo de los propietarios. En este caso creemos que sí debería estarlo por acuerdo mayoritario, ya que se trata de un edificio en su conjunto que afecta a diversos titulares registrales, y más aún cuando la Junta de Propietarios no tiene personalidad jurídica, y en todo caso se podría acudir a la vía judicial, si no surge esa mayoría, a instancia de cualquier propietario. En el caso de la Comunidad de Propietarios, por la propia exención de propiedad horizontal y por el carácter del Presidente, parece más lógico establecer este acuerdo. Un problema o tema distinto se podría plantear con relación a un piso o elemento específico de una propiedad privativa en una propiedad horizontal. Se podría pensar que si la certificación sólo afecta a un piso elemento, el titular registral por sí solo podría instar el acta sólo referido a la terminación de su elemento. No obstante, no creo adecuado ni conveniente este tratamiento, ya que cuando se trata de un edificio de propiedad horizontal, además de los elementos privativos, se encuentran los elementos comunes y todo ello conforma una totalidad en la edificación que implica que el edificio debe estar terminado en su totalidad, y como existe una participación de los elementos privativos en los comunes, totalmente indivisible no creo posible acreditar la terminación de un elemento específico, sin que lo esté acreditada la del todo el edificio.

En cuanto a la sociedad conyugal me parece que es obvio lo que dice el artículo 47, basta simplemente remitirnos al Reglamento Hipotecario en los artículos 93 y siguientes. En este sentido el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario está haciendo referencia a la forma de inscribirse estos bienes, bien a nombre del marido y mujer, con carácter ganancial, cuando la adquisición se ha hecho por ambos, o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición, y el punto cuatro, hace referencia a los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales; y junto con el artículo 94 del mismo texto legal se determina el procedimiento a seguir para los actos de administración y disposición.

Notamos, por ejemplo, una diferencia, entre otras, en relación a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges sólo para la sociedad conyugal, en el sentido que por el 94.2 se podrán realizar los actos de declarar la obra nueva por el titular registral, mientras que el artículo 47 del Real Decreto habla de cualquiera de los cónyuges, asimismo en relación al artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, para la inscripción de los actos de administración dice que será preciso que se haya realizado conjuntamente por ambos cónyuges, y la dicción del 47 habla de cualquiera de los cónyuges, aunque en

el primer supuesto le hayan atribuido de común acuerdo tal condición de bienes para la sociedad conyugal.

Por último indicar que algún autor establece que el promotor de la edificación, por ejemplo, podrá instar este acta, siempre que se hubiera reservado esta facultad o la hubiere asumido como obligación en el título traslativo (5). No obstante, a pesar de lo discutible del caso en el supuesto del promotor, pienso que lo podrá hacer en todo caso, porque esta implícito en su actividad, el conseguir de una u otra forma que la obra finalice y que los adquirentes la puedan disfrutar y usar.

El artículo 51 del Real Decreto está haciendo referencia a que en la inscripción del edificio y de los pisos o locales en construcción, el Registrador hará constar en la nota de despacho que la obra está pendiente de que se practique la nota registral de su finalización. Todo ello está en congruencia con el principio de publicidad frente a terceros, para que tengan conocimiento de las circunstancias que constan en el Registro y de las que no constan en relación con la obra declarada en construcción. Está haciendo referencia claramente, por ejemplo, a las transmisiones de dominio de pisos o locales en los que no consta la finalización de la obra para que los que acudan al Registro, e inscriban posteriormente, conozcan esta situación, y como consecuencia de ello los adquirentes posteriores.

6. REQUISITOS DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El artículo 53 determina unas reglas para la inscripción de los títulos de división horizontal o de modificación de su régimen, todo ello en congruencia con el carácter de las obras nuevas, que son requisito previo para poder realizar cualquier división horizontal, y en este sentido no se podrán constituir como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más que los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva a menos que se acredite mediante nueva licencia, que se permite un mayor número. Está haciendo referencia clara a que si la licencia se da para ocho viviendas en la división horizontal no podrán salir diez o doce. Pero esta previsión no se aplica, dice el artículo 53, a las superficies destinadas a locales comerciales o garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garajes constituya condición esencial de concesión.

Ello está en congruencia con lo que efectivamente se vive en la práctica diaria, ya que en los elementos de la propiedad horizontal se dice local destinado a garaje, o local comercial, y después se van haciendo segregaciones o divisiones de los mismos para las posteriores ventas siempre que haya

(5) ARNAIZ EGUREN, *ob cit.*, pág. 576.

previsión estatutaria, o acuerdo de la Junta, o incluso en la propiedad horizontal, ya se describan como elementos independientes cada una de las plazas de garaje.

No obstante, si de la licencia se dedujera que ha sido condición esencial para la concesión el que exista un número determinado de locales o garajes, entonces a ello habrá que sujetarse.

Por su parte, el apartado B del artículo 53 creo que nos va a dejar sin ganas de hacer lo que el Reglamento Hipotecario ya permitió, que es la inscripción como finca independiente, de las participaciones indivisas de una finca por ejemplo destinada a garaje, en la que se indica el uso y disfrute exclusivo de una determinada zona, y que en la práctica se solucionaba indicando que esa participación indivisa correspondía al uso y disfrute exclusivo del garaje número tal.

Con la nueva norma se obliga a describir en el título de la división horizontal la descripción pormenorizada de esa zona determinada con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes.

Con esta previsión, como he dicho antes, no creo que a nadie le queden ganas de utilizar el procedimiento éste, y por ello será más conveniente aconsejar al promotor que desde un primer momento individualice cada uno de los aparcamientos como elementos independientes de la propiedad horizontal, porque si no el esfuerzo será ingente.

7. REGLAS APLICABLES A OTRAS CONSTRUCCIONES

La disposición transitoria 5.^a del Texto Refundido del 92, en congruencia con la disposición transitoria 6.^a de la Ley del 90, dice que las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/90, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular.

Ya sabemos que la disposición transitoria 8.^a de la Ley del 90 desapareció por arte de magia en una corrección de errores, y esta disposición octava decía que el artículo 25.2 (de la Ley del 90, por supuesto) no sería aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizada al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la Ley.

La interpretación de estos artículos planteaba cuestiones como eran con obras terminadas meses o días antes de la entrada en vigor de la Ley, los medios o documentos que el Notario debería exigir, pruebas para determinar los plazos, y un largo etc.

El artículo 263 del Texto Refundido establece el plazo de prescripción para las infracciones graves de cuatro años, y para las leves de un año a contar desde su comisión, y comenzará a computarse desde el día en que se hubiera cometido la infracción, o en su caso desde aquel en que hubiera debido incoarse al procedimiento.

Como hemos indicado, se han planteado muchos problemas a este respecto, la Dirección General, como indica ARNAIZ EGUREN, «ha resuelto la cuestión sobre la base de la aplicación al supuesto de lo establecido en la actual disposición transitoria 5.^a antes la 6.^a de la Ley de Reforma, en el sentido de que una vez acreditada la preexistencia de la edificación a una fecha anterior a cuatro años a la de la vigencia de la Ley, debe justificarse, alternativamente, o que la edificación se ha realizado de conformidad con la legislación urbanística aplicable, o que ya no son procedentes la medidas previstas para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

En definitiva, el criterio del Centro Directivo parte de que, conocida la existencia de la obra por el Ayuntamiento, éste manifiesta su conformidad con su adecuación a los criterios urbanísticos vigentes en el momento de la construcción (6).

Las que planteaban problemas eran las que no se habían hecho de conformidad con la ordenación urbanística aplicable, en donde había que jugar con los plazos de prescripción, teniendo en cuenta, en su caso y en su momento, el Decreto Ley de 16 octubre del 81, que fijó el plazo de cuatro años para el ejercicio de las facultades de restablecimiento urbanístico. Como sabemos, la práctica ha ido dando soluciones para poder ir declarando e inscribiendo esas obras y también se ha manifestado al respecto la Dirección General tanto para justificar el extremo correspondiente a la declaración de legalidad como al dato relativo de que no son procedente medidas de restablecimiento de la legalidad; en definitiva, se han ido buscando soluciones de uno u otro tipo para llegar a declarar las mismas (7).

En este sentido el artículo 52 aclara algunas reglas para estas construcciones, exigiendo que concurren los siguientes requisitos, como son: que se pruebe por certificación del catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial la terminación de la obra en fecha determinada y en su descripción coincidente con el título. Asimismo que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante y que no conste en el Registro la práctica de anotación preventiva por incoacción de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación.

(6) ARNAIZ EGUREN, *ob cit.*, pág. 574.

(7) ARNAIZ EGUREN, *ob cit.*, pág. 574, y GARCÍA MAS, *ob cit.*, págs. 1656 y 1657.

Pensamos, pues, que este artículo 52 está haciendo referencia directa a la disposición transitoria 5.^a de la Ley del 90, antes 6.^a de la Ley de Reforma, y no a otro tipo de construcciones, pues en otro caso pensamos que sería una extralimitación *contra lege* del Real Decreto.

Por último, se impone a los Registradores la obligación de notificar al Ayuntamiento respectivo las inscripciones que realicen al amparo de los artículos 48.2 y 52, párrafo *a*), inciso 2.º, haciendo referencia el primero a los supuestos en que la concesión de la licencia tenga lugar por acto presunto, y en los supuestos del 52 en que se pruebe por certificación técnica o por acta notarial la terminación de la obra, en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.

III. INSCRIPCION DE ACTOS DE PARCELACION

1. INTRODUCCIÓN. EL ARTÍCULO 79, EN CONEXIÓN CON EL 259.3 DEL TEXTO REFUNDIDO

Uno de los puntos más conflictivos que se han producido y que ha dado muchos problemas en la práctica diaria es el de la aplicación del artículo 259.3 en conexión con el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Conflictividad que ha venido, sobre todo, por la relación de este artículo y de este punto en concreto, que se ha salvado de la quema de inconstitucionalidad de la sentencia del Tribunal Constitucional a la que ya hemos hecho mención, pues dicha sentencia declara inconstitucionales los apartados 1, 2 y 4 del 259, pero no el punto 3, que establece que: «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento».

El artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que es objeto de este trabajo, determina que: «Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento».

La redacción de este artículo 78 es muy similar a la del 259.3 del Texto Refundido, con la matización de que ahora se habla de segregación, circunstancia ésta que por todos era entendida, en el sentido de que estaban incluidas por supuesto las segregaciones.

Nosotros habíamos intentado dar cual era el alcance de este artículo 259.3 en relación con la legislación agraria, y, por tanto, el ámbito de aplicación de

las mismas, y por ello quizá convenga el establecer estos antecedentes a la vista de los nuevos artículos 79 y 80 del Real Decreto, así como después trataremos el tema de las unidades mínimas de cultivo y su problemática.

Hemos defendido que el artículo 259.3, del Texto Refundido no operaba en el suelo rústico. El artículo 16 del Texto Refundido en sus números 1 y 2, que no han sido declarados inconstitucionales, establecen: «En las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de terreno en esta clase de suelo no podrán efectuarse fraccionamiento en contra de lo dispuesto en la legislación agraria o en otra aplicable para la consecución de sus correspondientes fines.—2. En el suelo no urbanizable quedarán prohibidas las parcelaciones urbanísticas y habrá de garantizarse su preservación del proceso de desarrollo urbano, sin perjuicio de lo que la legislación aplicable establezca sobre el Régimen de los asentamientos o núcleos rurales en esta clase de suelo».

Al tratarse de legislación básica (como indica la disposición final única de dicho texto), significa que las Comunidades Autónomas tienen potestad normativa en la materia, pero en función de desarrollar el esquema básico determinado en la legislación estatal. Al remitir el artículo 16 a la legislación agraria está claro que triunfa la *lex specialis* frente a la ley general, siendo aquella la específica agraria; en concreto, y como ley de carácter general, la Ley de 4 de julio de 1995, sobre modernización de las explotaciones agrarias, publicada en el *BOE* de 5 julio de 1995.

Otro problema será el establecer la conexión de ese artículo 16.2, que prohíbe parcelaciones urbanísticas en suelo rústico, y, como consecuencia de ello, qué debe entenderse por parcelación urbanística. El artículo 257 del Texto Refundido, hoy declarado inconstitucional, establecía en su punto 1.º que «se considerará parcelación urbanística la división simultánea sucesiva de terrenos en dos o más lotes, cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población». Ya decíamos en su momento que este artículo, hoy declarado inconstitucional, no era ni de legislación básica, ni plena, por lo que las Comunidades Autónomas deberían definir ese concepto. Pero lo dicho entonces, en mi opinión, sigue siendo válido hoy, debido al intento reiterado por parte de algún sector de querer aplicar el artículo 259.3 del Texto Refundido a las segregaciones en suelo rústico, cuando ello no debe remitirse a la sede de la legislación urbanística en materia de parcelaciones, sino que habrá que acudir a la legislación agraria a los efectos de la segregación y división de terrenos.

Lo que sí es cierto es que cada vez más una y otra legislación entran en conflicto, y es lógica la preocupación que se puede tener en los Ayuntamientos para efectuar el control de la policía urbanística, pero de ahí a intentar mezclar ambas legislaciones hay una gran diferencia.

Además el concepto de núcleo de población es difícil de definir y vertebrar, cuando al segregar un terreno se puede constituir o no un núcleo de

población; por ello, como indica GONZÁLEZ SALINAS, el problema del concepto de parcelación urbanística nos remite al concepto de núcleo de población (8).

Y algún autor, como BENAVIDES, indica que «resulta absolutamente inseguro deducir el concepto de núcleo de población del binomio parcelación más construcción y todavía más arriesgado calificar de urbanística por referencia aquel concepto la simple división de un terreno en dos o más lotes, máxime cuando el reflejo documental de la operación señalada precede habitualmente en el tiempo a la formalización de las actas declarativas de edificaciones realizadas en los predios resultantes de las expresadas divisiones» (9).

De ahí que nos encontraremos con el problema de aquellos que quieren ver parcelaciones urbanísticas en toda fragmentación de suelo rústico, y de ahí aplicarles entre otros el precepto del 259.3 del Texto Refundido, que exige a Notarios y Registradores, para autorizar e inscribir respectivamente escritura de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad.

Pero lo que el 16. 2 del Texto Refundido prohíbe son las parcelaciones urbanísticas, no las llamadas parcelaciones rústicas, es decir, la división de terrenos.

En nuestra opinión, el artículo 259 del Texto Refundido, en el punto 3.º único, que ha quedado constitucional, no se encuentra en sede de suelo rústico o no urbanizable, puesto que se incardina en una sección, en un capítulo y en un título netamente urbanístico (intervención en la edificación y uso del suelo).

En relación con este tema, la Dirección General en varias resoluciones ha tomado partido, indicando la necesidad de aportar la licencia o declaración de innecesariedad a la hora de segregar una finca rústica. Pero también es cierto que en las Resoluciones de 13 de mayo del 94 y 5 de febrero del 95, entre otras, el supuesto de hecho declaraba con notoriedad que se estaba infringiendo claramente la normativa urbanística, ya que se declaraban en unos casos edificaciones en suelo rústico aparentemente y en otros casos existían incoa-

(8) GONZÁLEZ SALINAS, J., «Régimen jurídico de la propiedad del suelo», en *Tratado de Derecho municipal* (dirigido por Muñoz Machado), Editorial Civitas, 1988, tomo II, pág. 1819, reseñado por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, en *Comentarios a la Ley del Suelo*, 6.ª edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1993, págs. 180 y 181, tomo 3.º, pág. 1977. CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, 1991, pág. 1523, indica: «cuando se produce el acto divisorio, si no va acompañado de ventas simultáneas y declaraciones de obra nueva correlativas no se puede sino presumir la existencia de núcleo». En análogo sentido CAMY, «Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo», *RCDI*, 1991, pág. 973. Reseñados ambos por GONZÁLEZ PÉREZ en la *ob. cit.*, pág. 1977.

(9) BENAVIDES, en «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo», *RCDI*, 1980, págs. 625 y siguientes, reseñado por GONZÁLEZ PÉREZ en la *ob. cit.*, pág. 1976

dos expedientes sancionadores. La Resolución de 6 de junio de 1995 también establece que el artículo 259.3 debe aplicarse en todo caso y que es ajeno a consideraciones sobre la calificación urbanística del terreno dividido, ya que éste alude a escrituras de división de terrenos como determinante de la obligación de Notarios y Registradores de la Propiedad de exigir la acreditación de la licencia o el certificado de innecesariedad. Ya en su momento analizamos esta problemática y el contenido de este conjunto de resoluciones, discrepando de las mismas en cuanto a que el 259.3 es ajeno a consideraciones sobre la calificación urbanística del terreno dividido. Lo que sí decíamos que parecía lógico es que se tomaran las precauciones necesarias y que se supiera si ciertamente se estaba operando sobre suelo rústico al hacer alguna división o segregación, mediante los medios de prueba que se estimaran oportunos (certificación catastral del Ayuntamiento, etc.), y que en el documento público se especificará claramente la remisión a la legislación agraria, y que en todo caso esa división o segregación no implica en el adquirente facultades de edificación.

Algunas legislaciones autonómicas, así la de Canarias, entre otras, exigen licencia previa para la división del suelo rústico, sobrepasando quizá, en nuestra opinión, los límites competenciales en cuanto a la actitud que deben tomar los Notarios y Registradores en el suelo rústico cuando esa previsión no aparece en la legislación agraria y este argumento toma aún más fuerza con el artículo 24 de la Ley de Modernización que tiene el carácter de legislación plena (10).

Otro tema será el del control de la legislación agraria a través de las denominadas unidades mínimas de cultivo, que tienen, como veremos, su propia sanción y control en cuanto a la segregación y división de terrenos.

Estos comentarios que realizábamos en su momento me parece que nos dan la razón en parte, a la vista del nuevo Real Decreto, ya que, como veremos en el artículo 79 del mismo, se suaviza el rigor que la Dirección General había dado al 259.3 en materia de división en terreno rústico, aunque estoy seguro esto puede ser muy matizado, ya que, como veremos, se dejan muchas posibilidad de actuación al Registrador en este punto, aunque por lo menos existe un vía de escape.

Para finalizar este primer comentario introductorio del artículo 78 indicar que está haciendo referencia sólo a los Registradores de la Propiedad, y el Preámbulo del Real Decreto establece que esto es así «como consecuencia del criterio del dictamen del Consejo de Estado, en materia de parcelación, el

(10) Estas cuestiones fueron tratadas en mi trabajo «Comentarios a la Ley 19/95, de 4 de julio, sobre modernización de las explotaciones agrarias», en *Actualidad Civil*, núm. 30, 1996, págs. 681 y siguientes; así con el mismo título en *Boletín de Información del Colegio de Granada*, número 175, julio-agosto 1995, págs. 2425 a 2462.

Reglamento hace referencia exclusivamente a la actuación de los Registradores de la Propiedad, sin que el articulado entre en la regulación de la actuación notarial». Aunque parezca tirar piedras sobre mi propia argumentación, con independencia de lo que diga un Reglamento, existe una norma jerárquica de carácter superior como el Texto Refundido, que en este punto no ha sido declarado inconstitucional, de ello se deriva que el artículo 259.3 está plenamente vigente, ahora bien con las matizaciones y con la interpretación que nosotros hemos intentado dar siempre; y vuelvo a decir que el artículo 79 nos da un poco la razón al permitir al Registrador la inscripción sin necesidad de la licencia o declaración de innecesariedad en determinados supuestos en el suelo no urbanizable, aunque en nuestra opinión, como veremos, el artículo 79 mezcla supuestos distintos, pero en todo caso está haciendo referencia al suelo no urbanizable. Porque no olvidemos que existe legislación urbanística autonómica que permite la segregación y división en terrenos urbanos y, por tanto, la autorización de la escritura y la inscripción, aunque no exista licencia, así, por ejemplo, en la legislación catalana.

2. ARTÍCULO 79 DEL REAL DECRETO

Como indicábamos en el punto anterior, en nuestra opinión, la interpretación rigorista que hacía algún sector doctrinal, así como la de la propia Dirección General en el tema de considerar aplicable el 259.3 a todo tipo de suelo, incluyendo, por tanto, el suelo rústico o no urbanizable, se encuentra matizada a nuestro criterio en el artículo 79, que prevé una serie de casos o circunstancias en las que puede encontrarse el Registrador y que de alguna manera flexibilizan posturas anteriores; otro tema será el de la postura que tome el Registrador en cuanto a las posibilidades o vías que puede escoger. El artículo 79 establece: «en caso de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, cuando de la operación que corresponda resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o en todo caso aun siendo superiores cuando por la circunstancia de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge la duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población en los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable, los Registradores de la Propiedad actuarán con arreglo a lo establecido en este artículo.

1. Los Registradores de la Propiedad, cuando, a pesar de haberse autorizado la escritura pública, tuviesen la duda fundada a que se refiere el número anterior y no se aportase la licencia correspondiente, remitirán copia del título o títulos presentados al Ayuntamiento que corresponda, acompañando escrito con solicitud de que se adopte el acuerdo que en cada caso sea pertinente y con

advertencia expresa de que en caso de no contestación se procederá con arreglo a lo establecido en este artículo; la remisión de la documentación referida se hará constar al margen del asiento de presentación, el cual quedará prorrogado hasta un límite de 180 días a contar de la fecha de la remisión.

2. Si el Ayuntamiento comunicara al Registrador de la Propiedad que del título autorizado no se deriva la existencia de parcelación urbanística ilegal, el Registrador practicará la inscripción de las operaciones solicitadas, todo ello sin perjuicio en el artículo 80.

3. Si el Ayuntamiento remitiere al Registrador certificación del acuerdo del órgano competente, adoptado previa audiencia de los interesados, en el que afirme la existencia de peligro de formación de núcleo urbano o de posible parcelación ilegal, se denegará la inscripción de las operaciones solicitadas y el Registrador de la Propiedad reflejará el acuerdo municipal mediante nota al margen de la finca o resto de la finca matriz. Dicha nota producirá los efectos previstos en el artículo 73.

4. Transcurridos cuatro meses desde la fecha de la nota puesta al margen del asiento de presentación prevista en el apartado 1 de este artículo, si no se presentase el documento acreditativo de incoación del expediente a que se refiere el apartado siguiente con efectos de prohibición de disponer, el Registrador de la Propiedad practicará la inscripción de las operaciones solicitadas.

5. Si el Ayuntamiento o, en su caso, el órgano urbanístico competente, incoase expediente de infracción urbanística por parcelación ilegal, el acuerdo correspondiente podrá solicitarse del Registrador de la Propiedad que la anotación preventiva procedente surta efectos de prohibición de disponer en los términos previstos por el artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria».

Del análisis de este artículo se puede hacer la siguiente sistemática en relación al mismo.

En primer lugar parece deducirse que estamos hablando por supuesto sólo y exclusivamente del suelo no urbanizable, ya que el Régimen del suelo urbanizable se rige por el artículo 78.

Un primer supuesto podría ser el que efectivamente la segregación o división en parcelas no vayan en contra de las unidades mínimas de cultivo, y el Registrador no tenga ninguna duda acerca de que se pueda crear ningún tipo de núcleo de población, y por supuesto cuando no se haya aportado ningún tipo de licencia o declaración municipal de su innecesariedad. En este caso consideramos que el Registrador puede perfectamente practicar la inscripción, y está claro que sin aplicación del 259.3 del Texto Refundido, puesto que el artículo 79 como principio general *a sensu contrario* así lo establece.

Otro tema distinto será el de la conceptualización de núcleo de población que ya tratamos anteriormente, y cuya definición en el artículo 257 del Texto Refundido ha quedado declarado inconstitucional, remitiéndose el artículo 79 a los que señalen la legislación o la ordenación urbanística aplicable, en

algunos casos por las propias leyes que sobre urbanismo han dictado algunas Comunidades Autónomas, otras por las propias normas urbanísticas, planes parciales, normas subsidiarias, etc.; en su caso por la remisión a la vieja Ley del Suelo del 74, que en este punto cobra vigor al haberse declarado inconstitucional el 257 del Texto Refundido aunque es pacífica la idea de que este texto haya vuelto a nacer.

Se abre, pues, una vía de permitir esta inscripción, estando claro, en nuestra opinión, que lo que hemos predicado tantas veces se confirma, es decir, el 259.3 no se aplica, o no debe aplicarse siempre y en todo caso cualquiera que fuese el tipo de suelo, sino que parece lógico que lo sea en el suelo urbano. No obstante, el Registrador tomará sus precauciones en el sentido de saber que está operando sobre suelo rústico, y en su caso de que no haya peligro de núcleo de población, aunque esto a veces pueda ser difícil de determinar, aunque pensamos existen supuestos claros, en los que el Registrador por conocimiento de su distrito puede tener claro.

Puede ocurrir que efectivamente el Registrador albergue, como dice el Real Decreto, dudas fundadas sobre el peligro de creación de un núcleo de población, al no haberse aportado licencia, deberán remitir como dice el texto ya transcrito, copia del título al Ayuntamiento, junto con el escrito de solicitud en el sentido de que se adopte el acuerdo pertinente, advirtiendo el Registrador en su caso cuál será su actuación conforme al Real Decreto. En este caso se quiere dejar constancia de la remisión de esta documentación mediante anotación al margen del asiento de presentación, quedando prorrogado este asiento hasta un límite de 180 días a contar desde la fecha de la remisión.

En estos supuestos pueden ocurrir varias cosas en relación con la actuación del Ayuntamiento.

En un primer caso puede ser que el Ayuntamiento comunique al Registrador que no hay existencia de parcelación, en este caso el Registrador practicará la inscripción. Ahora bien hay que tener en cuenta que aunque el Ayuntamiento diga esto, si se ha segregado por debajo de la unidad mínima de cultivo, habrá que acudir al artículo 80, con las connotaciones que éste tiene y que después trataremos con la problemática de las unidades mínimas de cultivo.

También puede ocurrir que el Ayuntamiento remita al Registrador certificación del acuerdo del órgano competente, adoptado previa audiencia de los interesados, en el que se afirme la existencia de formación de núcleo de población o de parcelación ilegal, denegándose entonces la inscripción, teniendo el Registrador que reflejar el acuerdo municipal mediante nota al margen de la finca o resto de la finca matriz, y dicha nota tendrá el efecto del artículo 73, es decir la de dar a conocer, a quien consulte el contenido del Registro de la Propiedad, la situación urbanística de la finca en el momento a que se refiera el título que las origine, salvo los casos en que la legislación aplicable prevea un efecto distinto.

Puede ocurrir que el Ayuntamiento no realice ningún tipo de contestación, en estos casos transcurridos cuatro meses desde la fecha de la nota puesta al margen del asiento de presentación, que es la que hace constar la remisión de la documentación dada al Ayuntamiento, si no se presenta el documento de incoacción del expediente, el Registrador practicará la inscripción.

Puede también que se incoe el expediente de infracción urbanística y en el acuerdo que se remita al Registro podrá solicitarse que en la anotación preventiva donde se haga constar el mismo, tenga a los efectos de prohibición absoluta de disponer en los términos que declara el artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria.

Se ha indicado que cuando se suscitan dudas sobre la posibilidad de que se constituya un núcleo de población, la Administración puede proceder de dos maneras diferentes, como hemos visto antes, es decir, comunicar al Registrador que no existe parcelación ilegal, o bien el remitir al mismo la certificación del acuerdo del órgano competente, adoptado previa audiencia de los interesados, en el que se afirme la existencia de formación de núcleo urbano o posible parcelación ilegal.

En esta segunda posibilidad algún autor ha indicado que puede plantearse alguna duda en relación a determinar cuál debe ser la actuación del Registrador si se le notifica la existencia de peligro o la posibilidad de parcelación ilegal, pero en cambio no se le pida la extensión de la nota marginal, o aun cuando se solicite no se haga constar que el acuerdo se haya adoptado con previa audiencia de los interesados.

En este sentido RUIZ RICO indica que «en estas situaciones, evidentemente, no podrá practicarse la nota marginal, pero no estimamos correcto suponer que el Registrador pueda proceder a inscribir la segregación o división solicitadas habida cuenta de que... no puede olvidarse que la forma normal de acceso al Registro de un título en el que se practica alguna de estas operaciones será a través de la licencia o certificado de innecesariedad... en los casos en que el órgano correspondiente manifiesta no estar dispuesto a expedir ninguno de los documentos exigidos por el artículo 259.3 del Texto Refundido, puede deducirse, sin lugar a dudas, que la operación a su entender vulnera la legislación urbanística, circunstancia por la cual la actuación del Registrador no puede ser otra que la de abstenerse de inscribir, por más que no pueda practicarse la nota marginal, al no haberse aportado ninguno de los documentos previstos y no resultar de aplicación el primer párrafo del artículo 79» (11).

(11) RUIZ-RICO MARQUÉS, JUAN FRANCISCO, en «Apresurados comentarios a los artículos 78 a 80 del Real Decreto 1093/97», por el que aprueban las normas complementarias al reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. *Boletín de Información Registral*, núm. 62, septiembre del 97. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, pág. 116.

Del comentario antes transcrito discrepamos en cuanto a la tesis de que el 259.3 se deba aplicar, con independencia de la calificación del suelo, por todos los argumentos que ya hemos dado anteriormente.

También al hacer referencia a la nota marginal del artículo 79.3, en relación con el acuerdo municipal, se indica en el texto legal que se hará al margen de la finca o resto de la finca matriz.

Se ha indicado que esta dicción del texto legal puede entenderse para el supuesto que el Ayuntamiento permita la inscripción de la división por el transcurso de los cuatro meses, y después de este período contesta afirmando la existencia de posible ilegalidad, habría que poner entonces la nota, siempre y cuando se haya dado audiencia a los interesados (12).

Como sabemos y hemos indicado anteriormente, el número 4 del artículo 79 plantea la circunstancia de que el Ayuntamiento no conteste en el plazo de cuatro meses. Nosotros no consideramos una extralimitación del reglamento, con respecto al Texto Refundido, puesto que estamos hablando de suelo no urbanizable, otro problema será el que el Ayuntamiento no conteste nada y no pueda aclararnos la situación de la finca. Como se ha indicado, «...respecto al cómputo de los meses habrá de aplicarse el artículo 5 del CC..., y en base al artículo 109 del Reglamento Hipotecario habrá que considerar que la prórroga del asiento de presentación será de 180 días hábiles, con lo cual tendrá una vigencia algo superior al plazo de cuatro meses que se concede al Registrador para realizar la inscripción. También conviene reparar en que, según el número 1 del artículo 79 la prórroga de 180 días se cuenta desde la fecha de remisión de la documentación al Ayuntamiento, mientras que el plazo de cuatro meses para proceder a la inscripción... se cuenta desde la nota de remisión puesta al margen del asiento de presentación, aunque, obviamente, deberían coincidir la fecha de la nota con la de la efectiva entrega, por medio que deje constancia de la misma de la comunicación al servicio de correos o mensajería. Para mayor seguridad sería recomendable tanto la remisión de la copia del título con el oficio correspondiente como la recepción de la comunicación administrativa, en su caso se hicieran constar en el libro de salida y recepción de comunicaciones» (13).

3. LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: EL ARTÍCULO 80 DEL REAL DECRETO EN CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN

Antes de entrar de lleno en el artículo 80 del Real Decreto existe un tema previo como es el de las unidades mínimas de cultivo.

(12) RUIZ-RICO, *ob. cit.*, pág. 117.

(13) RUIZ-RICO, *ob. cit.*, pág. 117.

La Ley 19/95, de julio, sobre modernización de las explotaciones agrarias, publicada en el *BOE* el 5 julio del 95, ha planteado, entre otras muchas cuestiones en relación con la propiedad rústica, el tema de las unidades mínimas de cultivo.

Como antecedente es necesario partir de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, norma que intentó refundir en un solo texto la mayor parte de la organización de la propiedad rústica. La citada Ley derogaba, entre otras disposiciones, la Ley de julio de 1954 sobre unidades mínimas de cultivo, estableciendo en su artículo 43 que: Por Decreto del Gobierno, dictado a propuesta del Ministerio de Agricultura, previo Proyecto del Instituto, elaborado a la vista de los informes de la Delegación Provincial de Agricultura, se analizará y revisará la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para el regadío, de las distintas zonas o comarcas de cada Provincia».

Un primer planteamiento era el saber o analizar si a su vez continuaban vigentes otras normas de rango inferior, que regulaban el tema de las unidades mínimas de cultivo. Algún sector doctrinal indicó que la Ley de Reforma sólo derogó los preceptos de rango inferior, como el Decreto de 22 de marzo del 55, que determinaba la extensión de las unidades mínimas para secano y regadío, incluso especificando los términos de cada provincia. En este sentido la opinión, entre otros, de CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO y de GARCÍA GARCÍA, corroborada en recientes trabajos por CORRAL DUEÑAS y CUENCA ANAYA. Entre otros argumentos se adujo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986, que consideraba derogada la Ley de Unidades Mínimas de 15 de julio 1954, pero no así la Orden del 58, ni el Decreto del 55.

En contra de esta tesis, otros autores, como BUENAVENTURA CAMY, señalaban que esta materia estaba efectivamente derogada por la Ley del 73, siendo, pues, necesario esperar a que se dictara otra nueva normativa.

También existe en este sentido jurisprudencia favorable a esta tesis, indicando que esta normativa de rango inferior estaba derogada (Sentencias del TS de 10 de mayo de 1980 y 11 de mayo de 1988).

Nosotros hemos indicado en más de una ocasión nuestro criterio favorable a la derogación de dichas normas de rango inferior; partiendo del principio de jerarquía formal de las normas la derogación formal de una ley general o marco debe arrastrar en su consecuencia a todas las normas que de ella se deriven directa o indirectamente; en otro caso nos encontraríamos con una total inseguridad jurídica e iríamos en contra del mandato legislativo que quiere crear un nuevo orden; esta circunstancia es esencial, y ocurre en todas las leyes que tienen este carácter general totalizador de una institución jurídica, como es en este caso la propiedad rústica. Todo ello se confirmaba con el carácter claramente derogatorio que implicaba la Ley del 73, acentuado ahora más por la Ley de Modernización.

Con posterioridad y en relación con lo indicado anteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso gubernativo número 73/95, dictó una Resolución en la que declaraba vigente la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958. Este asunto no llegó ante la Dirección General, ya que no se recurrió ante dicho organismo, no pudiéndose, en nuestra opinión, llegar al auténtico fondo de la cuestión, ni tampoco el recurso que se interpuso estaba suficientemente argumentado en la vía doctrinal y jurisprudencial.

En relación con lo anterior, existen Comunidades Autónomas que aún no han dictado estas unidades mínimas, y por poner un ejemplo la Comunidad Autónoma andaluza se encontraba en esta situación hasta un momento posterior que después criticaremos. En el caso de Andalucía, la Ley de Reforma Agraria para Andalucía de 3 de julio de 1984 establece, en el apartado IV del artículo 5, que el Consejo de Gobierno de la Junta fijará para cada comarca la extensión de las Unidades Mínimas de Cultivo. Por su parte, el artículo 23 de la Ley de Modernización establece, en su punto 2.º, lo siguiente: «...corresponde a las Comunidades Autónomas, determinar la extensión de la Unidad Mínima de Cultivo para secano y regadío, en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial» (Norma de Legislación Básica).

Algunas Comunidades Autónomas dictaron estas disposiciones, como, por ejemplo, Cataluña, Madrid, Cantabria. Andalucía no había dictado ninguna norma al respecto, circunstancia ésta que, ya indicábamos, producía una gran inseguridad jurídica, y un claro perjuicio para el tráfico jurídico inmobiliario, teniendo en cuenta además que la nueva Ley de Modernización impone un castigo muy grave a las segregaciones por debajo de la unidad mínima de cultivo, al establecer en su artículo 24 lo siguiente: «... la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la mínima de cultivo. 2. Serán nulos y no procederán efectos entre las partes ni con relación a terceros los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior». Como podemos apreciar, el cambio ha sido radical en relación con la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en donde la consecuencia jurídica de esas segregaciones era la existencia de un retracto de colindantes (14).

De todo ello, y en relación con el caso específico de Andalucía, era necesario dictar lo antes posible esas unidades mínimas, para disipar la confusión jurídica que tan graves repercusiones tenía. Como por arte de magia, el *BOJA* número 136, de 26 de noviembre 1996, publica la Resolución de 4 noviembre de 1996, de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales, por la que se determinan provisionalmente las Unidades Mínimas de Cul-

(14) Vid nuestro trabajo *Comentarios a la Ley 19/95, de 4 de julio*, ob. cit., págs. 689 y siguientes.

tivo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma andaluza. La solución aportada, en nuestra opinión, no cumple el absoluto el mandato del legislador, pues lo que hace es resucitar la Orden de 27 de mayo de 1958, ya que las unidades que recoge esta Resolución son calcadas a las que dicha orden establecía, provincia por provincia, en todo el territorio nacional, en la que estaban incluidas, por supuesto, las provincias andaluzas. Por ello, es muy dudoso que esta resolución cumpla el mandato de la Ley de Modernización, la cual indicaba claramente que la unidad mínima de cultivo debe tener en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la zona o comarca, características que, está claro, han cambiado en el transcurso de los años. Es más, el Preámbulo de la Resolución indica que se han suscitado dudas acerca de la vigencia de la Orden de 27 de mayo de 1958 y que, dado que el proceso de revisión de las unidades mínimas requiere tiempo, es conveniente, hasta que dicha revisión se realice, despejar cualquier duda sobre la extensión de las unidades mínimas. La consecuencia cómoda y facilona ha sido copiar íntegramente la Orden del 58. ¿Es que acaso una Resolución de estas características puede erigirse en intérprete sobre la derogación o no de una norma cuando incluso, como hemos visto, el Tribunal Supremo, auténtico intérprete, ha dictado sentencias contradictorias? La respuesta a esta pregunta puede ser variada, pero en todo caso creo que produce perplejidad.

Como hemos dicho anteriormente, la referencia a la Orden del 58 que hace la Resolución nos parece nefasta y se podría haber disimulado un poco más para encubrir el auténtico problema de fondo, que es el olvidarse la finalidad que tienen las unidades mínimas en la legislación y política agraria, que no son simplemente unas superficies escogidas al azar, reavivando unidades ya anquilosadas en el tiempo, con grave desconocimiento de la realidad agrícola de un determinado territorio. Más aún se debe cuestionar el que sea una simple resolución la que pueda decidir esta cuestión, ya que según la Ley de Reforma sería el Consejo de Gobierno de la Junta y no el órgano del que ha emanado.

Nos hemos extendido intencionadamente en el tema de Andalucía para poder exponer cómo la cuestión puede complicarse muchas veces por falta de previsión del legislador.

En cuanto a la concentración parcelaria, en los temas de segregación y división habrá que acudir a la legislación específica.

En conexión y a los efectos de poder centrar mínimamente la cuestión el artículo 80 del Real Decreto de 4 de julio del 97 está haciendo referencia a las fincas de dimensión inferior a la parcela mínima de cultivo, según su terminología. Establece este artículo que: «cuando se trate de actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, los Registradores de la Propiedad remitirán copia de los documentos presentados a la administración agraria competente, en los términos previstos en el apartado 5 del artículo anterior.

Si dicha Administración adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/95, de 4 de julio, remitirá al Registrador certificación del contenido de la resolución recaída. En el caso de que transcurran cuatro meses desde la remisión o de que la Administración Agraria aprecie la existencia de alguna excepción, el Registrador practicará los asientos solicitados. En el supuesto de que la Resolución citada declarase la nulidad de la división o segregación, el Registrador denegará la inscripción. Si dicha resolución fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento».

El análisis sosegado de este artículo 80 requiere tener en cuenta todo lo que hemos indicado sobre los antecedentes en esta materia de unidades mínimas de cultivo, lo que hemos dicho acerca de la derogación de la Orden del 58, de que no se han dictado en todas las Comunidades, estas unidades, del caso de Andalucía, etc. A la vista del texto, cuando el artículo 80 se remite al 79, número 5, en cuanto a la remisión de las copias de los documentos, la referencia es errónea, ya que es el número primero del artículo 79 el que está haciendo referencia a las remisiones.

Ya hemos reseñado las consecuencias catastróficas que el artículo 24 de la Ley de Modernización establece para las divisiones por debajo de la unidad mínima, es decir la nulidad. Como ya apuntábamos en su momento, este artículo 24 era de aplicación plena, y siguiendo a CARCELLER «... Los preceptos de aplicación plena, por basarse en una competencia constitucional propia del Estado, cumplen la función reguladora en su integridad, de manera que impiden la coexistencia de cualquier tipo de normativa autonómica, incluso la eventual dictada con anterioridad...» (15).

A pesar de ello, la disposición adicional segunda de la Ley de Modernización, al hablar de la legislación de aplicación plena, indica que se aplicará en defecto de las normas civiles, forales o especiales allí donde existan, dictadas por las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos en materia de derechos civiles (16).

El texto del artículo 80 plantea tres supuestos diferenciados. En el primero de ellos, la Administración Agraria puede dictar la Resolución, y comuni-

(15) CARCELLER FERNÁNDEZ, ANTONIO, en *Instituciones de Derecho Urbanístico*, 5.ª edición, Editorial Montecorbo, S. A., Madrid, 1992, pág. 83.

(16) No obstante, habrá que tener en cuenta la ya clásica polémica doctrinal y jurisprudencial surgida a raíz de la interpretación del artículo 149.1.8.ª de la CE, siendo nosotros de la opinión que se están produciendo últimamente en materia civil claras extralimitaciones por parte de algunas Comunidades Autónomas en esta materia, en relación con la legislación de Derecho Civil, muchas veces al amparo del Tribunal Constitucional, que en esta materia ha tenido manga ancha.

car al Registrador la nulidad del acto, denegando éste la inscripción, y si esta resolución fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, a petición del titular de la finca que solicite anotación preventiva, ésta será practicada. Puede ocurrir que la Administración aprecie la existencia de alguna excepción de las que establece la Ley de Modernización, que permite, en algunos supuestos, la división por debajo de la unidad mínima, entonces el Registrador practicará la inscripción. Por último, puede ocurrir que no conteste, en el plazo de cuatro meses, y en ese caso el Registrador podrá inscribir.

Como primer comentario me parece absurdo que en el supuesto en que se den algunas de las excepciones que la Ley de Modernización establece en su artículo 25, para poder dividir por debajo de la unidad mínima, éstas deban ser apreciadas por la Administración, y que en este caso el Registrador deba comunicar la división en todo caso. Si están en la Ley como tales, serán constatadas por el Notario, indicando cuál de ellas se trata, y luego calificadas por el Registrador, como ocurre en todas las normas que establecen excepciones; por ello vuelvo a extrañarme de nuevo, como se está legislando a veces, confundiendo principios, y formas de actuación en temas tan serios como éstos. Es como si en el retracto en materia de arrendamientos urbanos la Administración tuviera que dar el visto bueno para apreciar si en una transmisión de un bien por título de herencia se da la excepción, para que no exista el retracto, por parte del arrendatario, cuando la propia Ley lo está diciendo.

Otro tema sería que la excepción aducida en el documento no estuviese contemplada en la Ley o el Registrador en su calificación no considerase que exista esa excepción. Curiosamente, el artículo 80 no hace mención al artículo 25 de la Ley de Modernización, que es el que regula estas excepciones. Discrepo totalmente del texto en este punto.

Lo más curioso es que caso de que existieran unidades mínimas en vigor en un determinado territorio, teniendo en cuenta todas las matizaciones que hemos hecho, si se divide por debajo de la unidad mínima y pasan los cuatro meses, el Registrador debe inscribir. Si la sanción de la Ley de Modernización es la nulidad, nos guste más o menos o discrepemos de la dureza de la norma, lo cierto es que el artículo 24 dice que son nulos los negocios jurídicos que contravengan la norma; pues bien si pasan los cuatro meses se permite inscribir un negocio jurídico, al que la Ley declara nulo, a vista ciega y paciencia de todos. No me parece de recibo y no resiste de verdad un mínimo análisis jurídico. Y esto lo digo porque en este tema no soy nada sospechoso. Siempre he defendido un criterio abierto, al considerar derogada la Orden del 58, con la crítica a la Resolución dictada en Andalucía, y considerando en consecuencia que en aquellas Comunidades en que no se hubiesen dictado las unidades mínimas no podía infringirse ninguna norma al respecto, ya que nada existía sobre unidades mínimas; lo que ocurre es que aquí lo que se hace es parchear lo mal hecho desde un primer momento, como es

dictar una Ley de Modernización sin tener antes en todas las Comunidades normas vigentes que determinaran cuáles eran las unidades mínimas de cultivo, o el haber sacado una Ley de Modernización que castiga con tanta dureza las divisiones. Para solucionar todo ese cúmulo de errores con un Real Decreto se pretende hacer un refrito mal guisado, cuyo resultado es un em-pacho jurídico.

Ante todo ello la postura a adoptar por el Notario debe ser clara, ya que si existen en ese territorio normas vigentes sobre unidades mínimas, éste no deberá ni podrá hacer la segregación a las bravas, por debajo de la unidad, salvo que existan algunas de las excepciones de la Ley de Modernización (o que se haya legislado en esta materia en determinada Comunidad, en otro sentido, por lo que antes comentábamos de la disposición adicional segunda de la Ley de Modernización, que en la legislación de aplicación plena, de dicha Ley, lo sería en defecto de normas civiles o forales dictadas por las Comunidades, siendo el artículo 24, de los de aplicación plena, aunque también con las reservas que hacíamos en este punto), porque estaría autorizando un negocio jurídico, que es nulo por Ley. En cambio, si lo hace, y pasan cuatro meses sin que rechiste la Administración Agraria, cuela y se inscribe; ¡qué inseguridad jurídica!, y además, ¿cómo se puede explicar esto a un compareciente?

En materia de concentración parcelaria habrá que estar a sus normas específicas, y en concreto existe legislación autonómica también, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Para terminar con este tema el artículo 81 del Real Decreto establece una serie de reglas para el caso de que la parcela resulte indivisible, como consecuencia de lo dispuesto en la legislación urbanística, por ello entendemos que no es aplicable a las unidades mínimas de cultivo que están referidas a la legislación agraria. En este artículo se determina el reflejo en el Registro de la cualidad de indivisible de una parcela, mediante la comunicación del Ayuntamiento al Registrador, sobre las fincas concretas en las que se pretende actuar, y esta cualidad se hará técnicamente constar, mediante nota al margen de la última inscripción del dominio vigente. Asimismo también el Registro podrá publicar el agotamiento o no del aprovechamiento materializable sobre la finca en relación con la edificación permitida o existente.

El artículo 82 está haciendo referencia a la división de parcelas edificadas cuando sobre las parcelas resultantes del expediente de equidistribución se construyan, conforme al planteamiento, diferentes edificios, pudiendo éstos constituir fincas registrales independientes sin licencia de parcelación, o mejor dicho sin su necesidad.

Ahora bien, si la parcela fuera indivisible, sólo podrán crearse fincas registrales independientes, si los distintos edificios se asientan sobre suelo común y se les somete a un mismo régimen de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario.

IV. OTRAS CUESTIONES

INSCRIPCIÓN DE TRANSMISIONES SUJETAS A TANTEO Y RETRACTO URBANÍSTICO

Los artículos 83 a 86 inclusive del Real Decreto están haciendo referencia a estas inscripciones de transmisiones que están sujetas a tanteo y retracto urbanístico. En concreto, la comunicación al Registrador de la Propiedad de la delimitación de estas aéreas, provenientes del planeamiento general municipal, o bien de expedientes tramitados a tal efecto, tanto de terrenos como de viviendas sujetos a los derechos de tanteo y retracto. En este caso el Ayuntamiento remitirá al Registro la certificación del acuerdo de delimitación y de los planos, con la relación detallada de las calles o sectores comprendidos en aquellas aéreas, y el Registrador lo hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas.

En relación con estos artículos, y desde el punto de vista notarial, será necesario en la transmisión la declaración expresa de las partes de que el terreno o vivienda transmitido se haya o no incluido en área de tanteo o retracto. Esta nueva declaración que exige el Real Decreto en los supuestos de transmisión onerosa, quedando excluidos los de transmisión lucrativa o gratuita, puede plantear problemas, muchas veces por desconocimiento de las partes, además de las consecuencias de la responsabilidad en que pueden incurrir por su error o equivocación. En un primer momento se puede pensar que no es necesaria esta declaración, si en el término municipal no se han delimitado estas aéreas, circunstancia ésta que muchas veces no se podrá saber, salvo que se cumplan los términos del artículo 83 del Real Decreto, es decir que los Ayuntamientos lo comuniquen al Registro, por ello la posición más segura es la de la manifestación con carácter general.

Si la declaración fuese positiva, para poder inscribirse en el Registro deberán llevarse a efecto el régimen de notificaciones a favor de la Administración, indicando el artículo 85 que deberán notificarse antes de la enajenación al Ayuntamiento dicha decisión, con los requisitos que establece el punto 1º, y además con posterioridad el adquirente deberá comunicar dicha transmisión al Ayuntamiento, mediante entrega de copia de la escritura, o del documento en que fuere formalizada; si no se justifican estas notificaciones, se considerarán defecto subsanable, pudiéndose tomar anotación preventiva con vigencia de 180 días naturales, que se convertirá en inscripción si en dicho plazo de vigencia se acreditase la práctica de las notificaciones en forma legal.

De la interpretación literal del Real Decreto podría deducirse que, en todo caso, son preceptivas las dos notificaciones, es decir la anterior y la posterior a la transmisión. Lo que ocurre es que también se dice que si no se hacen se puede tomar anotación preventiva, y que se considera defecto subsanable una

vez que se acrediten las notificaciones. Pero si ya se ha autorizado la escritura pública de compraventa, por ejemplo, difícilmente se podrá subsanar el comunicar que se va a transmitir cuando ya se ha transmitido; por ello entiendo que basta con la notificación posterior al otorgamiento de la escritura para subsanar el defecto del que habla la norma y que impide la inscripción, ya que con la otra interpretación más rigorista no sería posible subsanar la omisión de la falta de la primera notificación.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS
Notario

Los mandamientos de embargo en causa criminal

SUMARIO: I. DELIMITACION DEL TEMA.—II. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES.—III EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO —IV. COMPETENCIA.—V. INICIACION DEL PROCEDIMIENTO.—VI. PIEZA PRINCIPAL Y PIEZAS SEPARADAS.—VII. PIEZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL —VIII. EJECUCION DE SENTENCIAS.—IX CONCLUSIONES.

I. DELIMITACION DEL TEMA

Vamos a examinar las medidas cautelares reales dirigidas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito, tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado, dejando de lado los procedimientos especiales del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr), así como el procedimiento del Libro VI de dicha Ley para el juicio de faltas.

Tampoco se entra en el estudio de las cuestiones relativas a la anotación de querellas en el Registro de la Propiedad (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1-4-1991, 9 y 11-12-1992).

Si bien dice el artículo 100 de la LECr que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, parece más correcto separar el caso de restitución de los demás y comprender dentro de la responsabilidad civil en sentido estricto: reparación del daño e indemnización de perjuicios. Así lo hace PEDRAZ PENALVA en *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*. Para la restitución, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha declarado que en los casos de alzamiento de bienes realizado por medio de contratos simulados o fraudulentos la reparación civil no se produce a través de la indemnización de perjuicios sino por medio de

la restitución de la cosa que indebidamente salió del patrimonio del deudor o de la declaración de nulidad de los gravámenes ilícitamente constituidos y cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, lo procedente es la declaración de nulidad de dicho negocio (Sentencias de 19-1-1988 y 22-12-1989, entre otras), pero para poder hacerse tal declaración en la sentencia penal es necesario que se ejercite la acción correspondiente en debida forma, esto es, de acuerdo con los principios procesales que regulan el ejercicio de estas acciones de carácter civil (Sentencia del TS de 27-6-1990).

Asimismo los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica de 23-11-1995 del Código Penal (en adelante, CP) se refieren a las responsabilidades pecuniarias sin incluir la restitución de la cosa.

Por último, digamos que examinaremos las medidas cautelares reales pero no entraremos en las medidas cautelares personales (detención, prisión provisional, libertad provisional).

II. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

Coincide la doctrina en considerar como presupuestos de las medidas cautelares en cualquier clase de proceso los que en terminología ya clásica se conocen como *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

El *fumus boni iuris* en el proceso civil se identifica como la «aparición del derecho» que se actúa en el proceso, es decir, con el resultado de un juicio de probabilidad en que la resolución final se presenta como favorable al peticionario y en el proceso penal supone la constatación de indicios de responsabilidad criminal y civil o sólo esta última contra una persona. Así, el artículo 589 de la LECr señala que existan «indicios de criminalidad» y el artículo 615 de la misma Ley que «aparezca indicada la existencia de responsabilidad» y, asimismo, el artículo 790.6 de la LECr, aplicable al procedimiento abreviado.

El *periculum in mora* es fundamento de las medidas cautelares reales en el sentido de que tienden al mantenimiento de los bienes para que sea eficaz la sentencia que se dicte.

III. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento abreviado se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años o bien con

cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración (art. 779 de la LECr modificado por la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del CP).

La mayoría de los delitos, pues, serán perseguidos por el *procedimiento abreviado*, regulado en los artículos 779 al 799 de la LECr en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre. Únicamente para la persecución de delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a nueve años, debe incoarse sumario por el *procedimiento ordinario*. En el otro extremo de las infracciones, las faltas son perseguidas en *juicio de faltas*.

La Circular 1/1989, de la Fiscalía General del Estado, tras recordar las mayores garantías del procedimiento ordinario frente al abreviado o al derogado procedimiento de urgencia, deja claro que sólo pueden incoarse diligencias previas en el ámbito del procedimiento abreviado y que los fiscales deberán vigilar que en ningún momento se inicie, y menos aún se prolongue, la investigación de un delito sometido al procedimiento ordinario a través de unas previas, lo que constituiría una actuación contra Ley, que deben corregir de inmediato, solicitando el cambio de procedimiento como establece el artículo 780.2.º de la LECr y la incoación del sumario procedente y no vacilando en recurrir, por infracción de normas procesales, las decisiones que no accedan a tal transformación.

Así pues, si el hecho delictivo reviste las características propias de un delito perseguible por el procedimiento abreviado, el Juez incoa *diligencias previas*, como dice el artículo 789.2.º de la LECr: todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este Título se registrarán como diligencias previas. En el caso de tratarse de un delito que dé lugar al procedimiento ordinario debe iniciarse *sumario*.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) de 15-11-1990 y 20-9-1993, entre otras, señalan que la acusación sólo puede dirigirse contra persona que haya adquirido previamente la condición judicial de *imputada*, y no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (arts. 299 y 789.3.º de la LECr), función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial y no puede clausurarse una instrucción (salvo casos de archivo o sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible, objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y de modo especial de la designación de abogado defensor, y frente a la imputación contra él existente haberle permitido su exculpación en la primera comparecencia prevista en el artículo 789.4.º de la LECr.

IV. COMPETENCIA

Como dicen GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: «Juez competente significa en lo penal el órgano jurisdiccional al que por razón de la materia, del lugar y de la función (según la clase del acto o actos procesales) corresponde, a tenor de la Ley, el conocimiento de la causa con preferencia a todos los demás».

En el proceso penal, la competencia objetiva se determina por razón de la materia (según la pena que la Ley señala al tipo delictivo) o por razón de la persona del imputado (caso de las personas aforadas) y como explica ESCUSOL BARRA en *El proceso penal por delitos*, una vez determinado el órgano jurisdiccional competente, conforme a las normas de competencia objetiva, hay que determinar a qué órgano jurisdiccional de los de igual clase existentes en el territorio corresponde el conocimiento y fallo de la causa (competencia territorial) atendiendo al fuero del lugar de la infracción (*forum delicti commissi*). Una vez determinado el órgano jurisdiccional, conforme a las normas de competencia objetiva y territorial, queda automáticamente determinada la competencia funcional (así, competencia para el conocimiento de los recursos devolutivos) y por ello se dice que la competencia funcional es derivada: conocido a qué Juez de Instrucción corresponde llevar a cabo la investigación, queda determinado el órgano jurisdiccional (Juez de lo Penal o Audiencia) competente para el conocimiento de la causa.

De los artículos 14 y 15 de la LECr resulta:

1.º Se deja a salvo los casos que expresa y limitativamente atribuyen la Constitución y las Leyes la competencia a Jueces y Tribunales determinados.

Así, por ejemplo, para las causas seguidas contra diputados y senadores, según el artículo 71.3 de la Constitución y artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, o bien, es competente la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para los delitos que señala el artículo 65 de la Ley últimamente citada.

2.º Para la *instrucción* de las causas es competente el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido y el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine.

3.º Para el conocimiento y fallo (o sea, el *enjuiciamiento*) de las causas por delitos menos graves, es competente el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio.

En los demás casos (o sea, delitos graves) es competente la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Para la consideración de los delitos graves (pena de prisión de más de tres años) o menos graves (penas hasta tres años) nos remitimos al artículo 13 del nuevo Código Penal.

4.º Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas es competente el Juez de Instrucción excepto para los que señala dicho artículo 14 de la LECr en los que será competente el Juez de Paz.

5.º Cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta o delito serán los Jueces o Tribunales competentes: el del partido en que se hayan descubierto pruebas, donde el presunto reo sea aprehendido, residencia del reo, etc.

Estas normas de competencia son aplicables, tanto al procedimiento ordinario como al abreviado, pues el artículo 780 de la LECr se remite a normas comunes para todo lo que no esté especialmente previsto.

Como hemos visto, en la atribución de competencias hay separación entre instrucción y enjuiciamiento como exigió la Sentencia del TC de 12-7-1988, para que la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento no se resintiera.

De los artículos 19 al 47 de la LECr resulta que pueden promover cuestiones de competencia las partes (procesado, acusador particular) y el Ministerio Fiscal y por inhibitoria o declinatoria.

V. INICIACION DEL PROCEDIMIENTO

En el procedimiento ordinario la formación del sumario puede empezar de oficio o a instancia de parte (art. 303 LECr). La *notitia criminis* la puede recibir el Juez de Instrucción por denuncia, atestado de la Policía Judicial (que es considerado denuncia a efectos legales por el artículo 297 de la LECr) o querella (incluso por acción popular: arts. 125 de la Constitución y 101 de la LECr).

Hay casos en los que el Juez no puede proceder de oficio sino que se precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal (art. 191 del CP) o querella de la persona ofendida por el delito o su representante legal (art. 215 del mismo Código).

A diferencia del denunciante, el querellante es parte procesal y pone en conocimiento del Juez su voluntad de perseguir el delito como acusador.

En relación a la denuncia, el artículo 269 de la LECr establece que formalizada que sea la denuncia se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito o que la denuncia fuera manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos el Tribunal o funcionario se abstendrá de todo procedimiento.

En cuanto a la querella, el Juez de Instrucción la admitirá si es procedente y mandará practicar las diligencias que se propongan si no son contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales, pero desestimará la querella si los hechos no son constitutivos de delito o no se considere competente para instruir el *sumario* (arts. 312 y 313 de la LECr).

Si se admiten la denuncia o la querella y el delito tiene señalada pena por la que le corresponde el procedimiento ordinario, el Juez ordenará formación de sumario (art. 303 de la LECr) y si el que le corresponde es el procedimiento abreviado, el Juez incoará *diligencias previas* (art. 789.2.º de la LECr).

VI. PIEZA PRINCIPAL Y PIEZAS SEPARADAS

a) PROCEDIMIENTO ORDINARIO

El sumario es la pieza principal, pero las diligencias de prisión o libertad provisional y fianzas se sustanciarán en pieza separada (arts. 519 y 544 de la LECr). Esta última es la llamada pieza de situación personal.

Cuando del sumario resultaren indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes. Todas las diligencias sobre fianzas y embargos se instruirán en pieza separada. Para todo lo relativo a la responsabilidad civil de un tercero se formará pieza separada (arts. 589, 590 y 619 de la LECr).

Es la pieza de responsabilidad civil.

b) PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Las diligencias previas constituyen la pieza principal.

El Juez podrá acordar la detención o la prisión del imputado o su libertad provisional, con o sin fianza. Las actuaciones que motiven la aplicación de estas medidas se contendrán en pieza separada [art. 785.8.ºa) de la LECr]. Es la pieza de situación personal.

El Juez podrá acordar el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias de los que pudieran resultar responsables civiles directos o subsidiarios. Tales medidas se formalizarán en pieza separada [art. 785.8.ºb) de la LECr]. Es la pieza de responsabilidad civil.

VII. PIEZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

De los delitos se deriva una responsabilidad penal y si se causan daños y/o perjuicios también responsabilidad civil (arts. 110 y siguientes de la LECr, y 116 y siguientes del Código Penal, en adelante CP).

A) QUIÉNES PUEDEN EJERCITAR LA ACCIÓN CIVIL

1. *El perjudicado*

Según el artículo 112 de la LECr, ejercitada sólo la acción penal, se entenderá también utilizada la civil a no ser que el perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal.

2. *El Ministerio Fiscal*

La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, a no ser que el perjudicado la hubiese renunciado expresamente, en cuyo caso el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables (art. 108 de la LECr).

B) RESPONSABLES CIVILES

1. *Directos*

Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios (art. 116 del CP).

2. *Subsidiarios*

Así, los casos señalados en el artículo 120 del CP, en los que responden padres o tutores, personas naturales o jurídicas, titulares de periódicos, etc.

3. *Terceros*

El que por título lucrativo hubiese participado de los efectos de un delito o falta está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación (art. 122 CP y 615 LECr).

C) RESPONSABILIDADES PECUNIARIAS

De los artículos 589 de la LECr (aplicable al sumario) y 785.8.º de igual Ley (aplicable a las Diligencias Previas), resulta que lo que hay que asegurar son las responsabilidades pecuniarias y del artículo 126 del CP, éstas comprenden tanto la responsabilidad civil (reparación del daño e indemnización de perjuicios) como las costas del acusador particular, las demás costas procesales y la multa.

Como muy bien explica PEDRAZ PENALVA en *Medidas cautelares en el Proceso Penal*, la diferenciación entre responsabilidades pecuniarias y responsabilidad civil no es meramente conceptual. En efecto, en las responsabilidades pecuniarias se incluyen la responsabilidad civil y la multa, que es una parte pecuniaria (art. 50 del CP).

La distinción para nuestro estudio creemos que es importante porque la indemnización de perjuicios (responsabilidad civil) que se prevea es un derecho del perjudicado y, en cambio, la multa se habrá de ingresar en el Tesoro Público. Por lo tanto, si en un mandamiento de embargo en causa criminal se especifica la cantidad que se prevé para responsabilidad civil y cuál será la posible multa, en cuanto a la primera habría de anotarse el embargo a favor del perjudicado, en cuanto a la segunda a favor del Estado. No obstante, en la práctica, casi nunca se asegura la multa y sólo se hace respecto de la responsabilidad civil, por lo cual la anotación de embargo habrá de practicarse a favor del perjudicado o perjudicados.

En cuanto a las costas, el TS en Sentencia de 16-7-1990, ha declarado que el titular del crédito es la parte beneficiaria de las mismas y no los profesionales que le han defendido y representado.

D) MOMENTO EN QUE SE PUEDEN ACORDAR LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

a) *Procedimiento ordinario*

En general, la doctrina considera que a partir del auto de procesamiento que motiva la formación de dos piezas, una de ellas la de responsabilidad civil, se acordarán las medidas cautelares reales. En cambio, PEDRAZ PENALVA, en la obra citada, cree que pueden acordarse antes del auto de procesamiento, y ello en base a que el artículo 118 de la LECr distingue medidas cautelares y procesamiento y que el artículo 13 de la misma Ley preconiza como primeras diligencias las de protección de los perjudicados. En la misma línea, ILLESCAS en la *Revista de Derecho Procesal*, número 1/1995, recoge esta corriente doctrinal que distingue procesamiento y medidas cautelares reales, adhiriéndose a ella y en la que militan, HERCE QUEMADA, RAMOS MÉNDEZ,

VIADA y otros. ILLESCAS señala que el requisito del procedimiento sólo podría exigirse en el procedimiento ordinario, único en el que se contempla dicha figura, que carece de correlato en el procedimiento abreviado donde pueden acordarse dichas medidas en la fase de diligencias previas (art. 785.8.º de la LECr) respecto de las personas desprovistas en ese instante del status formal de «imputado».

b) *Procedimiento abreviado*

Artículo 785.8.º b) de la LECr: El Juez podrá acordar el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias de los que pudieran resultar responsables civiles directos o subsidiarios. Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada.

Así pues, se acuerdan tales medidas —como habíamos dicho— en la fase de diligencias previas. Tal auto, conforme al artículo 787 de la LECr, se puede recurrir.

Conforme al apartado 6.º del artículo 790 de dicha Ley, al acordar la apertura del juicio oral resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares.

Conforme al apartado 7.º del mismo artículo contra el auto de apertura de juicio oral no se dará recurso alguno excepto en lo relativo a la situación personal del acusado.

E) LEVANTAMIENTO DE DICHAS MEDIDAS

Se alzarán las medidas cautelares reales en caso de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre o provisional.

Sin embargo, hay que hacer notar que en caso de absolución el Juez no podrá pronunciarse en el proceso penal sobre responsabilidades pecuniarias pero, no obstante, el perjudicado podrá acudir a la vía civil como decía la Sentencia del TC de 8-10-1990, a no ser que el Juez penal haya fundado la absolución en la inexistencia del hecho (art. 116 de la LECr).

Dice el TC en Sentencia de 6-5-1983, que una vez firme el auto de sobreseimiento provisional no puede mantenerse la medida cautelar real, pues ya no subsisten los indicios de criminalidad contra el inculcado.

Hay que observar que en el procedimiento ordinario, el sobreseimiento corresponde al Tribunal (órgano de enjuiciamiento) como establece el artículo 632 de la LECr, y en el procedimiento abreviado al Juez de Instrucción (art. 789.5.1.º de la Ley Procesal Penal).

VIII. EJECUCION DE SENTENCIAS

El artículo 985 de la LECr establece que la ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme.

Esta norma es aplicable tanto al proceso ordinario como al abreviado, y tanto si dicta la sentencia la Audiencia como si corresponde al Juez de lo Penal.

La sentencia firme, si contiene pronunciamiento condenatorio, es un título ejecutivo que se conoce con el nombre de ejecutoria (arts. 141.6 y 143 LECr y 245.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

No obstante, aunque la sentencia no sea firme, por haber sido apelada, el artículo 989 de la LECr dice que los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conforme a la Circular citada, este precepto es común a todos los procedimientos penales.

Por otra parte, en el procedimiento abreviado conforme al artículo 793.4 de la LECr, si en el fallo de la sentencia sólo se fijan bases o criterios de la cuantía de la indemnización, ésta se fijará en un incidente de la ejecución (art. 798 LECr).

IX. CONCLUSIONES

En los mandamientos de embargo en causa criminal habrá de constar:

1. Si el procedimiento es ordinario el número del sumario, y si es procedimiento abreviado el número de diligencias previas señalando el delito perseguido, y si la incoacción es de oficio, por denuncia o querella.

2. Circunstancias que permitan calificar la competencia de los jueces (art. 100 del Reglamento Hipotecario): por ser el lugar de comisión de los supuestos hechos delictivos o donde reside el reo actualmente, etc. (arts. 14 y 15 de la LECr) y que no se ha interpuesto declinatoria.

La Resolución de la Dirección General de Registros de 31-12-1981 declaró en caso de jurisdicción civil que no es calificable la competencia territorial puesto que en ella cabe la sumisión expresa o tácita a un órgano judicial determinado y está regida por normas de carácter dispositivo, y en cambio sería calificable la competencia objetiva que se basa en principios de orden público. Pero tal doctrina, tras la reforma de 1992 de la Ley Procesal, no es aplicable en cuanto a la competencia territorial, ya que se establecen normas inderogables por sumisión de las partes.

3. Nombre y apellidos del procesado o imputado.

4. Nombre y apellidos del perjudicado o perjudicados, pues a favor de ellos habrá de practicarse la anotación de embargo en cuanto a la indemni-

zación que han de percibir y ello aunque no hayan ejercitado la acción civil y la sostenga sólo el Ministerio Fiscal.

5. Cuantía de las responsabilidades pecuniarias y si además se trata de asegurar multas, la anotación en cuanto a las mismas sería a favor del Estado.

En el mandamiento se requiere para prestar fianza y en caso de no hacerlo que se proceda al embargo. Esta fianza es para asegurar la responsabilidad civil que no hay que confundir con la fianza que puede exigir el Juez al acordar la libertad provisional (art. 529 de la LECr).

6. Firmeza del auto en que se acuerdan las responsabilidades pecuniarias.

En la práctica se suele presentar en el Registro el mandamiento de embargo en el que se inserta la providencia que acuerda expedirlo en la pieza de responsabilidad civil, pero hay que pedir testimonio del auto en el que se acuerdan las medidas cautelares y en el que constarán todas o casi todas las circunstancias a las que nos referimos o bien puede ser que nos presenten testimonio del auto en que se acuerde la apertura del juicio oral en el que también constarán.

RAMÓN ABELLÓ MARGALEF
Registrador de la Propiedad
Licenciado en Ciencias Políticas

El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro (*)

SUMARIO· INTRODUCCION.—I. LA PROTECCION DEL INTERES PRIVADO DEL PROPIETARIO. EL CONCEPTO DE FINCA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CIVIL.—II. EL INTERES PUBLICO EN LA CONFIGURACION Y DESCRIPCION DE LAS FINCAS: A) EL ASEGURAMIENTO DEL TRÁFICO Y EL NACIMIENTO DE LOS REGISTROS INMOBILIARIOS B) EL INTERÉS DIRECTO DEL ESTADO EN LA TITULARIDAD PRIVADA DE LOS BIENES INMUEBLES. EL ASPECTO FISCAL DEL PROBLEMA. C) EL INTERÉS DIRECTO DEL ESTADO EN LA EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD —III. EL CONCEPTO DE FINCA REGISTRAL· A) EL NACIMIENTO DE LA FINCA REGISTRAL. LA INMATRICULACIÓN O PRIMERA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO. B) LA MODIFICACIÓN DE LA FINCA REGISTRAL. C) LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN. D) LA MULTIPLICIDAD DE FINCAS REGISTRALES REFERIDAS A UN SOLO INMUEBLE. E) LOS MECANISMOS O PROCEDIMIENTOS DE DESCRIPCIÓN DE LAS FINCAS REGISTRALES.—IV. EL CONCEPTO DE LA DIVISION DEL SUELO DESDE EL PUNTO DE VISTA CATASTRAL. LA PARCELA.—V. LA ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS EN LA CONFIGURACION DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. LA UNIDAD DE EXPLOTACION.—VI. LA UTILIZACION DE DATOS CATASTRALES EN LA DESCRIPCION E IDENTIFICACION DE LAS FINCAS REGISTRALES: A) SISTEMAS REGISTRALES QUE APOYAN LA DESCRIPCIÓN DE LAS FINCAS EN DATOS CATASTRALES. B) SISTEMAS DE REGISTRO DE FOLIO REAL QUE NACEN Y SE DESARROLLAN CON INDEPENDENCIA DE LA EXISTENCIA DE UN CATASTRO.

INTRODUCCION

Para centrar la cuestión que ha de constituir el objeto de esta breve exposición, conviene partir de unas ideas previas. En efecto, parece alcanzar el

(*) Conferencia preparada para la Comisión de Asentamientos Humanos de las Naciones Unidas. Reunión del «Programa Mola».

carácter de noción común y no discutida que el Registro de la Propiedad se configura como una institución jurídica cuya finalidad básica, desde el punto de vista social y económico, consiste en la prevención de conflictos jurídicos sobre la titularidad de los derechos sobre bienes inmuebles, de forma que se recorten hasta el máximo posible los costes de transacción inmobiliaria en un doble sentido. De una parte, mediante la disminución drástica de los costes de información, de tal modo que el adquirente tenga la plena seguridad de que el transmitente del derecho, cuya enajenación oferta, es realmente el legitimado para la transacción en proyecto. De otra, mediante la eliminación de los costes de vigilancia, lo que se consigue si el adquirente llega a ejercitar una titularidad inatacable, contra la que no quepa formular acciones provenientes de un tercero que pretende ostentar un mejor derecho sobre el bien adquirido.

No insistiremos sobre esta materia, puesto que ha sido ya ampliamente recogida en distintas publicaciones y trabajos, que prácticamente podemos centrar en las opiniones de Matthews, Demsetz, Lepage, Schäfer, Ott, Norh y Thomas, sobre diferentes aspectos de la eficacia de los sistemas registral y catastral, estructuradas por Fernando P. Méndez en la ponencia presentada al XI Congreso Internacional de Derecho Registral (Lisboa 1996). También debemos citar como fuente básica en esta materia el criterio sostenido por el Banco Mundial en su Informe «Land registration and titling projects in ECA Countries».

De todas estas aportaciones resulta claro que de los distintos sistemas de Registro Inmobiliario el más recomendable, por su eficacia, es el denominado Registro de Titularidades, en la terminología anglosajona «Titles Registration System», cuyas notas características se centran en que la información y efectos protectores que proporciona se refieren tanto a la titularidad y delimitación del derecho sobre el inmueble como a las cargas que lo gravan, cualquiera que sea su origen, y a las facultades dispositivas del dueño.

Para concretar de forma breve su efecto esencial puede utilizarse el término «intabulación del derecho». Desde el momento en que el derecho se publica en el Registro, el «derecho publicado» es el único que necesita conocer quien pretenda contratar sobre el mismo. En este sentido, producida la intabulación, es indiferente para quien pretende contratar que existan o no titulares extraños al contenido del Registro, puesto que la información que recibe de éste goza de una presunción de exactitud e integridad. Se trata de una situación jurídica similar a la de la letra de cambio. Al tenedor le basta la aceptación por el librado, sin necesidad de probar la existencia de la deuda u otras circunstancias del débito no contenidas en el documento cambiario.

Según el sistema civil de que se trate, esta situación de protección plena resultante de lo que hemos llamado intabulación o definición registral de los «property rights» puede producir efectos plenos, incluso entre las partes, o generar efectos solamente respecto de terceros. En este último caso, la con-

secuencia protectora del sistema nace de la eficacia autónoma del propio asiento registral. En la práctica, ambos subtipos de Registro producen idénticos efectos protectores en orden a la seguridad del adquirente y a la disminución de costes de transacción, aunque en relación a otros aspectos existen diferencias importantes entre ellos.

Así siguiendo a MÉNDEZ GONZÁLEZ puede decirse que las notas diferenciadoras del Registro de Titularidades o «Titles Registration System» son las siguientes:

1. Las barreras de entrada en el sistema son muy exigentes. Sólo los títulos que se ajustan plenamente a la legalidad acceden al Registro.

2. El acento de este tipo de sistemas no se pone en inscribirlo todo para evitar la existencia de titulares desconocidos, como ocurre en los sistemas denominados de Registro de documentos, sino en inscribir sólo lo que es verdadero y legítimo, de tal forma que para el tercero que contrata el que aparece como posible transmitente tenga el carácter de titular verdadero y único. El asiento prevalece siempre frente al título no inscrito y eso requiere que el filtro de entrada tenga un perfil muy alto y además un esfuerzo legislativo para definir su alcance y la preparación y características del profesional al que ha de imputarse la función de calificar la legalidad del propio título.

3. La falta de inscripción, es decir de intabulación del derecho, genera en el adquirente un riesgo evidente que se traduce en la práctica en un coste de vigilancia importante, pues puede sufrir una privación incontestada y no deseada, lo que desde el punto de vista económico da lugar a una transacción ineficiente. En definitiva, con un Registro inmobiliario de este tipo la averiguación de la titularidad del transmitente y la vigilancia del derecho se sustituyen por una información inicial plena y la protección absoluta del adquirente.

4. La organización del sistema es compleja, puesto que no basta la ordenación de los títulos por orden meramente cronológico, sino que también exige el respeto a diferentes principios:

Principio de folio real—Cada finca o inmueble debe constar en un folio o ficha independiente, de tal forma que el conjunto de derechos inscritos sobre un mismo objeto pueda publicarse y conocerse tomando como unidad de cuenta el propio inmueble sobre el que recae la totalidad de titularidades existentes sobre el mismo.

Principio de exclusividad específica.—Por cada derecho o «property right» identificable debe practicarse un asiento independiente. Además, los derechos incompatibles se excluyen entre sí conforme a mecanismos perfectamente definidos, como la prioridad registral y el tracto sucesivo.

Principio de exclusividad genérica.—Se admite como mecanismo de protección de los «property rights» únicamente la institución del Registro, lo que

excluye la competencia interna entre sistemas y, en la terminología económica, convierte al Registro de la Propiedad en un monopolio de los llamados «naturales».

Por tanto, desde el punto de vista de su nivel de seguridad no cabe duda que los denominados «titles registration systems» ofrecen dos ventajas esenciales. Como hemos dicho antes, disminuyen o evitan el coste total de transacción al limitar el de información y suprimir el de vigilancia y, como consecuencia de lo anterior, al reforzar el sistema de seguridad preventiva impiden o dificultan el éxito de comportamientos estratégicos basados en la información privilegiada y la actuación de agentes perturbadores del tipo «free rider». El sistema cuyas notas genéricas destacamos, se desarrolla plenamente en el siglo pasado, como luego veremos, si bien sus principios inspiradores nacen de los antecedentes germánicos, hoy acogidos con más o menos variantes en diferentes países.

El sistema de Folio Real nos lleva al estudio de los diferentes puntos de vista desde los cuales el objeto del derecho o «property right» se puede contemplar:

- Si tenemos en cuenta la titularidad de la parcela o del edificio, ello nos conduce al concepto de Bien Inmueble.
- Si consideramos la descripción formal del objeto y de los «property rights» en el Registro de la Propiedad como una manera de proteger su titularidad, ello nos lleva directamente a la noción de Finca Registral.
- Si tenemos en cuenta la labor de formación de los planos que describen la riqueza patrimonial de cada persona con un objetivo fiscal, ello nos conduce al concepto de Parcela Catastral.
- Finalmente si consideramos la actividad de las Administraciones Públicas con el objeto de alcanzar un adecuado uso del territorio, ello nos lleva al concepto de Unidad de Explotación.

Por tanto, para conseguir una sistematización adecuada del tema, distinguiremos un primer aspecto general, destinado al examen de los conceptos *bien inmueble, finca registral, parcela catastral* y *unidad de explotación* y que ya se han definido con anterioridad. A continuación trataremos el problema de la delimitación y descripción de la finca registral como base del sistema de folio real, así como los distintos métodos que se han seguido y se siguen para conseguir este objetivo, y terminaremos con algunas conclusiones sobre la relación entre la institución registral y la catastral, de acuerdo con la experiencia de distintos sistemas y países.

Para entrar en este grupo de ideas, examinaremos en primer término la noción básica de finca en el Derecho civil, representativo del juego de intereses de los particulares, puesto que a partir de esta noción han surgido todas

las demás. Trataremos después, brevemente, la razón de ser de la intervención estatal en la ordenación del tráfico inmobiliario y en la ordenación del territorio y concluiremos con el examen de las consecuencias de esta intervención mediante el estudio de la finca registral y de las demás figuras de delimitación territorial que pueden entrar en relación con la propia finca registral.

I. LA PROTECCION DEL INTERES PRIVADO DEL PROPIETARIO. EL CONCEPTO DE FINCA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CIVIL

El concepto de finca o bien inmueble no es de los más estudiados en Derecho privado, a no ser para distinguir esta noción de la de bien mueble, criterio que se introduce en toda Europa a partir de la influencia del Derecho germánico, puesto que el romano no diferenciaba claramente entre el régimen jurídico de los bienes inmuebles y de los muebles. De todas formas, lo que sí aparece claro es que la finca o inmueble, predio o fundo se ha considerado siempre como un «trozo de terreno delimitado poligonalmente por razón de su pertenencia a un propietario o a varios en comunidad». De esta idea genérica surge una doble consecuencia, fundamental a los efectos que estudiamos:

- De una parte, lo que determina la existencia de fincas distintas es el reconocimiento de la existencia de propietarios privados diferentes. Si no existe un propietario reconocido por la comunidad para ejercer un conjunto de facultades, un ámbito de poder propio o, en definitiva, un derecho específico sobre un terreno determinado, la finca como tal no existe.
- De otra, la delimitación física de las fincas depende exclusivamente de su propietario. Este puede transmitir su derecho a un tercero, sin alterar la configuración del objeto del derecho transmitido, pero también puede dividirlo o partirlo en varios objetos distintos, de tal forma que la finca originaria se transforme en varias, siempre en la medida de que existan sobre las nuevas porciones titulares de derechos diferentes.

Como consecuencia de las ideas expuestas, la finca nace, se divide, se transforma y se extingue, por agrupación con otra u otras, exclusivamente en función de la voluntad privada, una vez que se ha reconocido por parte de la comunidad la propiedad independiente sobre cada una de las fincas existentes, sin ninguna otra intervención por parte de los poderes públicos. Por tanto, en este estadio del problema, podría pensarse que el único interés que el ordenamiento ha de proteger o garantizar, a la hora de la delimitación de los confines o linderos de la finca, es el de su propietario. En tal medida, la cuestión consiste en garantizar al titular de la propiedad privada que ni el

resto de los conciudadanos ni el poder público se inmiscuirá en el ejercicio del contenido del derecho reconocido al propietario.

Sin embargo, a partir de esta idea básica, característica de todos los ordenamientos primitivos, el derecho inmobiliario se plantea universalmente otra cuestión diferente. Consiste en la solución del posible conflicto entre el titular del derecho sobre el inmueble y el propietario de la finca colindante que se centra en dos cuestiones generales.

- En primer lugar, en la organización jurídica de los problemas que suscita el límite o lindero de separación entre dos fincas distintas, puesto que pueden existir superficies en las que se discuta su pertenencia a uno o a otro inmueble. En relación a esta cuestión, todos los ordenamientos jurídicos se pronuncian mediante la formación de normas sobre el deslinde privado, sobre la acción judicial que permite abrir el juicio de deslinde y sobre los criterios que ha de adoptar el Juez en orden a la solución del problema. No entraremos en estas soluciones, puesto que se alejan del tema que tratamos, por lo que nos limitamos a constatar su importancia a los efectos que a continuación se exponen.
- En segundo término, en la regulación de las relaciones entre fincas a la hora de resolver su adecuada explotación. Este último conjunto de problemas no parte de la discusión sobre la titularidad de una parte de su superficie, sino de la necesidad de dar la solución más justa al paso de personas, animales o vehículos entre unas y otras, a las conducciones de aguas en terrenos con riego, a las paredes y setos que se utilizan para separar propiedades o los conflictos que nacen de la invasión de las ramas de los árboles sobre finca ajena, por citar algunos ejemplos. En definitiva, a las relaciones de vecindad características de la economía agraria y ganadera, que se centran, fundamentalmente, en las llamadas servidumbres entre fundos o servidumbres prediales.

Estos grupos de problemas ya nos avisan de que el ordenamiento civil no se limita a contemplar y proteger el puro interés del propietario de cada finca, sino que tiene siempre en cuenta el interés del colindante, ya sea a efectos de determinar la extensión real de cada inmueble, ya sea para resolver la relación entre distintos predios.

Ahora bien, esta exposición simple sobre el antecedente histórico del concepto civil de finca no es suficiente en los tiempos actuales. La economía agraria es evidente que subsiste, pero no constituye la fuente de actividad más importante de las comunidades modernas, o al menos no tiende a serlo donde aún se mantiene como recurso básico. Por el contrario, la actividad económica se centra, más bien, en la llamada propiedad urbana, comprensiva de todo tipo de usos residenciales, comerciales, dotacionales y de servicios o industriales. Ello ha llevado a la distinción, prácticamente universal, entre fincas

rústicas, destinadas al aprovechamiento agrario, forestal o ganadero, y fincas urbanas, caracterizadas por varias notas:

- Su explotación exige siempre la edificación del suelo integrante de las fincas, exigencia que sólo ocasionalmente y en una pequeña parte de su extensión se produce en las fincas que hemos denominado rústicas.
- El conjunto de fincas urbanas, una vez edificadas, integran lo que, en términos técnicos, se denomina núcleo de población, caracterizado por la exigencia de un nivel de servicios y de infraestructuras que no puede alcanzarse si no es con una intervención, en su planeamiento y en su gestión, propia de las Administraciones públicas.
- Las fincas urbanas, en cuanto unidades inmobiliarias atribuidas a un propietario determinado no pueden definirse como un «trozo de terreno delimitado poligonalmente», sino que, en muchas ocasiones, responden a la realidad de un espacio cúbico diferenciado dentro de una edificación compleja, en la que el terreno comienza siendo la base física de la construcción y concluye con su conversión en un elemento común a las distintas unidades residenciales o comerciales sobre las que recae la propiedad privada.
- En las fincas urbanas desaparecen en gran medida las cuestiones tradicionales sobre linderos o relaciones de vecindad. Son más fácilmente identificables y sus relaciones internas se sujetan a normas de derecho público sobre edificación, conservación, rehabilitación, usos o formas de explotación y relación tanto entre las propias fincas como entre éstas y los elementos de equipamiento urbano.

Ahora bien, no obstante esta distinción, la finca, tanto rústica como urbana, conserva sus características originales propias del derecho civil. Se trata del elemento objetivo de la propiedad inmobiliaria y su diferenciación sigue sujeta al mismo principio que exponíamos al comienzo de este apartado, de tal forma que una finca es independiente de las demás en cuanto pertenezca a un titular determinado y distinto. Lo que ocurre es que hasta ahora hemos tenido en cuenta únicamente los principios de derecho privado puro, que, en principio, contempla solamente las necesidades de los derechos subjetivos de los particulares y del tráfico entre ellos. *Quod ad singulorum utilitatem pertinet*, en la terminología romana clásica.

II. EL INTERÉS PÚBLICO EN LA CONFIGURACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS FINCAS

La evolución histórica ha dado lugar a un fenómeno perfectamente lógico. Desde el punto de vista de la organización social, la pura protección del

interés privado en la delimitación de las fincas o de los inmuebles objeto de derechos no se mantiene, ni se puede mantener con carácter exclusivo. El nacimiento y desarrollo del estado moderno influye de forma determinante en la aparición de un nuevo grupo de intereses en materia de titularidad y de tráfico de inmuebles que se manifiesta en tres aspectos:

1. Por una parte, en el aseguramiento del propio tráfico como un elemento determinante del principio de seguridad jurídica, fundamental para el desarrollo económico.

2. Por otra, en la necesidad de configurar la riqueza inmobiliaria como una fuente de tributos.

3. En último término, en la noción de la función social de la propiedad inmobiliaria, que exige la intervención directa de las Administraciones públicas en la forma y los límites adecuados de explotación de los bienes de acuerdo con las necesidades colectivas.

Cada uno de estos requerimientos ha supuesto, según los criterios de cada país, el establecimiento de medidas legales de diferente alcance, cuyo examen pormenorizado es evidentemente imposible, pero de las que podemos deducir algunos principios básicos.

A) EL ASEGURAMIENTO DEL TRÁFICO Y EL NACIMIENTO DE LOS REGISTROS INMOBILIARIOS

La proliferación de la propiedad privada inmobiliaria, o dicho de otra forma, el nacimiento del mercado inmobiliario, centrado fundamentalmente en el siglo XIX, origina la necesidad de que la transmisión de los derechos sobre fincas se sujete a un régimen de seguridad que permita no sólo la confianza en la adquisición firme, en los términos que veíamos en la Introducción, sino, sobre todo, el desarrollo de la hipoteca como medio de garantizar el crédito territorial. Este fenómeno da lugar a la aparición de los sistemas registrales clásicos y a la configuración del concepto de «finca registral», que en un principio se identifica con la descripción literaria de la finca en el sentido civil que hemos delimitado, pero que se aparta de su propia definición en bastantes aspectos, como tendremos ocasión de ver.

En efecto, si la transmisión de fincas, o mejor dicho de derechos sobre fincas se hubiera mantenido dentro de los márgenes delimitados por la principal fuente de nuestros ordenamientos, es decir el Derecho romano, aunque sea con todas las matizaciones propias de su evolución y de su confluencia con otros principios de tipo germánico, el tráfico inmobiliario se hubiera visto sujeto a dos grandes fuentes de problemas:

- En primer lugar, el de la averiguación de la titularidad del que transmite, de muy difícil solución, hasta el punto de que en ocasiones se ha hablado de «prueba diabólica», sólo subsanable por el mecanismo de la prescripción, lo que supone, por una parte, la necesidad del mantenimiento de la posesión durante períodos muy largos de tiempo y, por otra, el reconocimiento judicial del hecho adquisitivo.
- En segundo término, la existencia de gravámenes ocultos, lo que dificulta extraordinariamente la posibilidad de garantizar el crédito privado mediante la institución de la hipoteca. El que presta dinero necesita saber que su garantía no se verá perturbada o no devendrá ineficaz por la aparición de otro derecho preferente que ignoraba cuando prestó el capital. Si se da este fenómeno, la única defensa del que presta es el aumento del interés, no como medio de remuneración, sino como mecanismo de garantía ante la posibilidad cierta del impago por alguno o varios de los prestatarios.

En una economía moderna este doble fenómeno supone un aumento de los gastos de transacción, cuyo remedio se ha buscado en dos sistemas, bien el de seguro, que garantiza el pago de un capital si se produce el siniestro, es decir la pérdida de la titularidad adquirida o la insolvencia del deudor, o con, más eficacia y menor coste, el del Registro Inmobiliario, con la finalidad de que la inscripción genere una presunción a favor del titular inscrito que disminuya o evite los costos de información sobre la titularidad del transmitente y los que genere la vigilancia del derecho adquirido frente a un posible titular con mejor derecho.

En el sentido expuesto, la implantación de un Registro Público Inmobiliario no responde al exclusivo interés de los propietarios y demás titulares de derechos sobre los inmuebles. Por el contrario, el aseguramiento de los derechos y del tráfico sobre los mismos obedece a un interés de carácter general. Es al Estado a quien le corresponde el montaje de los instrumentos adecuados para que el mercado inmobiliario se desenvuelva en un régimen de seguridad y esté dotado de mecanismos de garantía que permitan directamente su evolución e indirectamente el desarrollo económico, precisamente porque ambos aspectos se incardinan en el interés colectivo, en el interés público.

Por tanto, en la medida en que esto es así, los Estados modernos han generado la creación de Registros Inmobiliarios como servicios de naturaleza estatal, desempeñados por funcionarios dependientes del propio Estado, aunque con características distintas, según los casos.

En tal sentido, la legislación sobre el Registro público forma parte generalmente del derecho privado o del derecho civil. El Estado se limita a su organización y vigilancia, de forma que, en sus modalidades más evolucionadas, la inscripción condiciona la adquisición del derecho o la situación inata-

cable del adquirente, sobre la base de someter los asientos del Registro a un sistema de protección judicial.

Con ello la legislación dota al tráfico privado de un instrumento que permita transacciones seguras sobre inmuebles, aspecto básico para el interés público, pero con el matiz de que el Registro sigue siendo una institución de derecho privado, puesta al servicio del ciudadano que puede o no acogerse a la protección que dispensa. En definitiva, es al ciudadano, y no al Estado, a quien le corresponde la decisión sobre la transmisión y adquisición libre de la propiedad inmobiliaria y a quien le compete acogerse, cuando y como quiera, a la protección registral, aún cuando esta última idea se modaliza en algunos países en los que la inscripción llega a tener el carácter de obligatoria en determinados supuestos.

En este esquema de ideas, las Administraciones públicas son organismos neutrales frente al Registro, y la función registral se desenvuelve en sus decisiones de forma independiente del poder público, con la única sumisión a la revisión de su actuación por la potestad jurisdiccional.

B) EL INTERÉS DIRECTO DEL ESTADO EN LA TITULARIDAD PRIVADA DE LOS BIENES INMUEBLES. EL ASPECTO FISCAL DEL PROBLEMA

La ordenación tributaria posterior a la Revolución francesa y el desarrollo del mercado provocaron la comprensible consecuencia de que en muchos Estados, sobre todo de la Europa continental, la riqueza inmobiliaria se convirtiese en objeto de la imposición fiscal, bien con carácter directo, bien con carácter indirecto, en el caso de que tuviera lugar algún tipo de transacción sobre bienes inmuebles. Esta situación, que nada tiene que ver, en principio, con el aseguramiento del tráfico, originó en general la aparición de los primeros catastros, que sus primeras versiones se limitaban a la confección de listas de bienes atribuidos a una misma persona, con el fin de delimitar su patrimonio fiscal. Al mismo tiempo, la hipoteca, como derecho de garantía, se convirtió en la principal fuente de imposición indirecta, en la medida en que la necesidad de su instrumentación en documento público o su inscripción registral configuraba el gravamen como una transacción siempre conocida por la Administración tributaria, en sus diferentes órdenes.

De todas formas, la evolución a un catastro organizado por parcelas y no por propietarios se produjo en algunos países importantes en la primera mitad del siglo XIX, incluso antes de la implantación de los modernos Registros Inmobiliarios. Pues bien, de estos catastros cabe señalar cuatro características propias:

- Su organización es absolutamente pública. Los catastros dependen de las Administraciones con competencia tributaria y se llevan con fun-

cionarios con una preparación geográfica y con conocimientos específicos sobre valoración.

- Tienen una finalidad predominantemente fiscal, lo que supone la delimitación de los tipos de cultivo, con el fin de aquilatar su valoración.
- La delimitación del territorio se lleva a efecto mediante planos, es decir de forma gráfica, mediante el señalamiento de unidades territoriales, denominadas de muy diferente forma.
- Partiendo de la base de que su finalidad es la tributaria, cada una de las unidades territoriales mencionadas se distribuye en parcelas, delimitadas de acuerdo con la técnica civil, es decir por su atribución a un propietario determinado, para lo cual el plano catastral se forma mediante procedimientos de medición topográfica, a los que se añade la información obtenida en el campo sobre la titularidad de las parcelas.

Esta cuádruple característica obliga a una constante actualización de los planos catastrales en caso de modificación de la titularidad de las parcelas, lo que originó, a su vez, diferentes mecanismos de coordinación con los nacientes Registros Inmobiliarios, a los que aludiremos luego. Por otra parte, la diferenciación entre fincas rústicas y urbanas ha generado también problemas propios en este ámbito, puesto que la riqueza inmobiliaria urbana suscita cuestiones muy distintas a las de la tradicional propiedad agraria, ganadera o forestal.

C) EL INTERÉS DIRECTO DEL ESTADO EN LA EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Sobre este punto es imposible una exposición que exceda de una breve referencia, puesto que se trata de un tema de extraordinaria amplitud e importancia. Consiste esencialmente en entender que la titularidad de bienes inmuebles ha de someterse en su ejercicio al interés colectivo, idea que ha influido de forma y alcance muy distinto en los distintos países. En su grado máximo, ha llegado a impedir, incluso, el propio tráfico privado como ha ocurrido en los casos de los llamados «sistemas de socialismo real», cuyos conceptos se encuentran ahora en franca revisión. De todas formas, también en las sociedades de mercado libre, sin duda con diferente profundidad, el concepto de que la propiedad inmobiliaria no supone la libertad omnímoda de su titular, sin otro límite que el abuso del derecho, está universalmente aceptado. No cabe duda de que en este criterio sobre la organización de la propiedad inmobiliaria confluyen algunas corrientes de pensamiento fundamentales a partir de Marx, que dan lugar al concepto de la «función social de la propiedad», pero también necesidades económicas puras, ya que la propiedad inmueble en

nuestras sociedades actuales es un bien escaso cuya adecuada explotación se convierte en una exigencia básica.

Todo ello da lugar a un nuevo principio, que se puso ya de manifiesto en algún Congreso Internacional de Derecho Registral, por ejemplo en el celebrado en Río de Janeiro en 1987 o, sobre todo, en el reciente de Lisboa de 1996. Consiste este criterio en entender que la parcela, como unidad última de división territorial, no puede organizarse solamente en función de su titularidad privada, aspecto civil de la finca, o de su capacidad para generar ingresos tributarios, aspecto catastral clásico, sino que es necesario tener en cuenta otra idea, consistente en su idoneidad para el uso a que debe destinarse. Desde este punto de vista, la colectividad no se limita a controlar el tamaño y las características de los inmuebles, es decir «como son», especialmente con fines tributarios, sino que más allá de este control, decide su fórmula más adecuada de explotación, es decir «como deben ser». Este nuevo concepto, de adaptación de la forma y tamaño de los inmuebles de propiedad privada a su uso idóneo para la colectividad trasciende incluso a pronunciamientos constitucionales en algunos casos, pero además genera dos ámbitos de actuación administrativa muy importantes en el tema que estudiamos.

a) *La ordenación agraria*

La ordenación pública de las explotaciones privadas agrarias, forestales y ganaderas constituye una actividad característica de las Administraciones públicas que se ha desarrollado a lo largo de este siglo en muchos países, hasta el punto de suponer en algunas ocasiones el eje central de la actividad política. Se trata del fenómeno de la «reforma agraria», que puede contemplarse desde el punto de vista puramente político, desde el ángulo económico y desde la perspectiva técnica que estamos comentando. En torno a este último aspecto, la nota más destacable y obvia consiste en que la actividad de la Administración influye directamente en la configuración y descripción de las fincas, ya que éstas han de adaptarse a los criterios públicos sobre su explotación. Cabe señalar los siguientes mecanismos de actuación:

- El de la colectivización de las propias explotaciones, lo que, en definitiva, supone la exclusión del suelo de la pertenencia particular y, por tanto, del tráfico privado. Ha sido el característico del sistema del socialismo real, a través de la figura del «koljós», se mantiene en determinadas manifestaciones de la agricultura israelí e, incluso, existen manifestaciones históricas muy destacables en Sudamérica realizadas en torno a la actividad misionera.
- El de la atribución a la propiedad particular de parcelas pertenecientes en su origen al Estado. Sus manifestaciones actuales más importantes

se encuentran en determinadas naciones latinoamericanas, así como en los procedimientos de privatización propios de los países que provienen de antiguos regímenes comunistas. Se trata de supuestos que trascienden especialmente al tema que estudiamos, en cuanto suscitan la necesidad del acceso al Registro de las parcelas adjudicadas, con el fin de asegurar su tráfico posterior.

- El de la reordenación de cultivos y, por tanto, del tamaño y configuración de las parcelas anteriormente destinadas a estos usos. A veces esta actividad ha tenido o tiene carácter directo, mediante procedimientos específicos, dirigidos directamente a la reorganización de la propiedad. En otras se consigue de forma indirecta mediante sistemas de subvención o de penalización fiscal a determinados tipos de cultivo, tendentes a influir en la actividad privada de los titulares del suelo.

De todas formas, la nota común a estos supuestos consiste en que es la Administración la que configura directamente las fincas destinadas a la actividad rústica y a quién corresponde, una vez delimitadas, la labor de policía en su conservación o alteración.

b) *La ordenación urbanística*

La creación, crecimiento o conservación de los núcleos de población genera otro tipo de actividad administrativa de importancia esencial en nuestros tiempos. De hecho esta actividad se desarrolla normalmente en tres etapas con diferentes denominaciones pero que responden, de forma prácticamente universal, a las siguientes notas:

- Una primera fase, de planeamiento, es decir de decisión pública sobre la forma y configuración del núcleo de población y que se centra en la determinación de los usos del suelo, sus posibilidades de edificación y la morfología de las futuras construcciones.
- Una segunda, de gestión urbanística, que consiste en la implantación y realización del equipamiento urbanístico esencial para el funcionamiento del tejido urbano. Dentro de esta etapa se integra también el conjunto de operaciones jurídicas tendentes a configurar el conjunto de fincas anteriormente existentes para su adaptación a los usos previstos en el Plan, bien mediante el mecanismo expropiatorio, bien mediante procesos de transformación parcelaria que, generalmente, suponen la cesión de determinadas superficies a la Administración y el reparto de las zonas edificables a los propietarios anteriores de las fincas incluidas en las unidades de suelo objeto de la propia gestión.

- Una tercera etapa, de edificación de las parcelas resultantes del planeamiento y las operaciones de gestión, que supone el nacimiento efectivo del núcleo de población, normalmente mediante la actividad privada sujeta a la autorización o licencia correspondiente.

Desde el punto de vista que nos ocupa, la ordenación urbana implica una profunda remodelación de los inmuebles o fincas afectadas por la misma. No se trata solamente de definir la edificabilidad y los usos de las fincas preexistentes, sino de reconfigurar dichos inmuebles de acuerdo con un criterio de idoneidad en cuanto a su tamaño y características físicas, lo que supone una alteración profunda del objeto de los «property rights» y de su tráfico posterior.

De acuerdo con todo lo expuesto, la finca tradicional, es decir la porción de la superficie terrestre o el espacio cúbico edificado o edificable, definido por su pertenencia a un propietario independiente va a ser objeto de diferentes descripciones literarias o gráficas nacidas del interés colectivo en el aseguramiento del tráfico, de la necesidad de conocer la riqueza imponible de los particulares a efectos fiscales o de facilitar la actividad directa de intervención de la Administración en la explotación rústica o urbana de los inmuebles y en su tráfico ulterior. Estas descripciones dan lugar a las «fincas registrales», a las «parcelas catastrales» y a las unidades rústicas o urbanas idóneas, según la respectiva ordenación del suelo. Al finalizar estos procesos descriptivos y configuradores, el ideal sería que tales descripciones o representaciones ideales de las fincas fuesen idénticas entre sí y que, además, respondieran a la descripción efectiva de los inmuebles en la realidad física. No siempre es así, como veremos a continuación.

En efecto, los procesos catastrales, registrales y de ordenación del territorio no suelen desarrollarse simultáneamente en las diferentes naciones. En ocasiones el Catastro ha precedido a la implantación del Registro. En otras ha ocurrido lo contrario. En determinados supuestos no existe un Catastro con finalidades fiscales específicas. En países concretos, que ahora se incorporan o se reincorporan al mercado inmobiliario privado, no existe todavía un desarrollo razonable de sistemas registrales aunque dispongan de buenos inventarios de la riqueza inmueble, especialmente en materia de edificios. Por último, los procesos de ordenación del suelo, sobre todo en el ámbito urbano se generan y concluyen normalmente por ramos de la Administración estatal o local no coordinados directamente con la actividad registral o catastral. Todo ello da lugar a un sinnúmero de cuestiones, cuyo examen específico excede evidentemente de esta conferencia, para las que cabe una aproximación centrada, en primer lugar, en el análisis conceptual de las características de la finca registral, de la parcela catastral y de las unidades resultantes de la ordenación del suelo y, en segundo término, a las

relaciones institucionales entre estos procesos públicos, tema al que dedicaremos un apartado especial.

III. EL CONCEPTO DE FINCA REGISTRAL

En los sistemas registrales de folio real a que hemos aludido antes, el primer problema que se suscita es el de la delimitación del objeto del derecho inscrito. De nada serviría el Registro si la finca cuya propiedad se pretende asegurar careciera de una suficiente descripción en las propias fichas o folios registrales, es decir si el inmueble cuya descripción constituye la base del Registro no es identificable en la realidad física o es susceptible de confundirse con otro inmueble. De forma técnica, esta adecuación entre la descripción de los inmuebles en el Registro y en la realidad se denomina «concordancia registral» y constituye una aspiración básica de cualquier sistema de publicidad inmobiliaria.

Admitida esta idea elemental, no ofrece problema afirmar que la «finca registral» es, en una primera aproximación, la transcripción literaria o gráfica de la propia finca civil, tal y como aparece esta última en la realidad física. Pero, desde el punto de vista de la técnica del Registro, también se puede afirmar que es esa misma descripción inmobiliaria en cuanto resulta susceptible de abrir, con número propio, una ficha o un folio en el Registro. En definitiva, en la realidad capaz de sustentar el historial de los derechos que sucesivamente se inscriben sobre la misma. Así, de forma completa, podría decirse que la finca registral es «cada inmueble susceptible de derecho de propiedad independiente, descrito de forma suficiente para su identificación en la realidad y capaz, de acuerdo con la legislación, para abrir folio o ficha con número propio en un Registro organizado según el sistema de folio real».

Si se parte de esta base, la cuestión está en distinguir el concepto de finca desde el punto de vista civil y desde el punto de vista registral. A primera vista son conceptos casi idénticos, cuya única diferencia consiste en que la finca registral constituye una descripción de la finca material o civil. Sin embargo la cuestión no es tan sencilla, si se piensa en las siguientes ideas:

A) EL NACIMIENTO DE LA FINCA REGISTRAL. LA INMATRICULACIÓN O PRIMERA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

La primera diferencia entre los dos conceptos que se estudian es una obviedad, que, no obstante tal carácter, conviene tener en cuenta. La finca en sentido civil existe desde el momento en que, sobre la realidad física, surge

una situación de propiedad independiente atribuida a un sujeto determinado o a una pluralidad de sujetos en régimen de comunidad. En cambio, la finca registral no existe hasta que se cumplan dos requisitos. De una parte, que la finca civil se describa con la suficiente exactitud para su identificación. De otra, que se abra el folio o la ficha correspondiente. Esta operación de entrada de la finca en el Registro se denomina en la mayoría de los sistemas «inmatriculación» o «matrícula» de la finca, tema al que dedicaremos algunas ideas al tratar del Catastro en su relación con la descripción de la finca inmatriculada. De todas formas, antes de entrar en ellas conviene precisar otro aspecto. La inmatriculación o matrícula de la finca constituye una operación previa o, todo lo más, simultánea a la inscripción de un derecho determinado sobre la misma. Por tanto, al menos desde el punto de vista conceptual, la inmatriculación es la operación registral de ingreso en el Registro del objeto de los derechos, mientras que la primera inscripción es el asiento en el que se refleja el primer derecho cuyo contenido y titularidad publica el Registro.

Como consecuencia de lo dicho, en el Registro inmobiliario constan dos tipos de datos completamente distintos. Por una parte, los destinados a precisar la descripción de las fincas que constituyen su unidad de cuenta. Por otra, los correspondientes a los derechos que el Registro publica, como consecuencia del acceso al mismo de los actos constitutivos, traslativos o extintivos de esos mismos derechos. En ambas modalidades de datos es posible que el Registro responda a la realidad o no responda, es decir que su contenido no se ajuste, o a la verdadera descripción de la finca en la realidad física, o a la titularidad verdaderamente existente y que haya de prevalecer frente a la publicada. Sin embargo, la diferencia esencial entre ambos tipos de inexactitud es la siguiente:

- En el primer caso, es decir cuando la descripción de la finca registral no se ajusta a la realidad física, como consecuencia de errores en los linderos o en su extensión superficial, en términos generales, la rectificación de los datos inexactos no puede operar más que en un sentido, el de la adaptación de los datos registrales a los realmente predicables del inmueble, tal y como éste se configura en la realidad.
- En cambio, cuando el dato inexacto se refiere a la titularidad o al contenido de los derechos inscritos puede ocurrir lo contrario, es decir que prevalezca lo inscrito, precisamente en base a la fuerza que la Ley atribuye, según cada sistema, a las presunciones que resultan del contenido del Registro. Así, cuando la Ley hace prevalecer la titularidad registral de un derecho concreto frente a quien pretende ostentar una situación de referencia, esta pretensión fracasa, lo que supone que la realidad jurídica debe adecuarse al contenido del folio registral.

B) LA MODIFICACIÓN DE LA FINCA REGISTRAL

Decíamos antes que la finca, en su sentido propio o civil, sufre alteraciones en tanto se modifique su régimen de propiedad. Así, si varias fincas colindantes se sujetan a una misma e idéntica titularidad, se consideran desde el punto de vista jurídico como una sola y, de la misma forma, una finca que se segregue de otra no llega a cobrar existencia independiente como objeto de derecho mientras su titular no la enajene o transmita a diferente propietario. En el caso de las fincas registrales la situación es distinta. Cada finca, o dicho de otra forma cada descripción de finca, tiene identidad propia en cuanto constituya el objeto de un folio o ficha específica, de forma que su segregación de otra o la agrupación de varias exige, según el caso de que se trate, la apertura de nueva ficha o folio o el cierre del correspondiente a las agrupadas, bien manteniendo el número de la mayor al que se agregan las otras, bien abriendo folio o ficha independiente a la agrupada.

En tal sentido, el carácter independiente de la finca en sentido civil depende de su titularidad, mientras que en las fincas registrales esta situación es puramente formal y está relacionada directamente con el número del folio o ficha de su matrícula. Otra consecuencia obvia de la distinción consiste en que una sola finca física o real puede aparecer en el Registro como una sola «finca registral» o representada por varias «fincas registrales». El supuesto se producirá, entre otros ejemplos, cuando estas últimas sean colindantes y pertenezcan a un solo propietario.

C) LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN

Al definir anteriormente la «finca registral» señalábamos que puede considerarse como tal cualquier descripción inmobiliaria capaz de abrir folio o ficha independiente en el Registro Inmobiliario. En un primer momento podría pensarse que siempre que la finca en sentido civil esté adecuadamente descrita es susceptible de convertirse en finca registral y viceversa, es decir que una realidad jurídica que no pueda identificarse con un terreno o edificación susceptible de dominio independiente no es capaz de abrir folio o ficha.

Esta observación lógica no siempre se mantiene. De hecho, casi todos los sistemas registrales excluyen de la inmatriculación de determinados terrenos o fincas en sentido civil. Así suele ocurrir con los destinados al dominio público, especialmente si se dedican al uso público, como las carreteras, ríos y sus márgenes, costas o determinados equipamientos. En definitiva, con objetos inmobiliarios excluidos por sus características del tráfico entre parti-

culares. Se trata de una situación cuya frecuencia tiende a disminuir por razones de toda índole, pero todavía se mantiene en bastantes ordenamientos.

Por otra parte, es relativamente frecuente que determinados objetos de derecho que no tienen el carácter de inmuebles en sentido físico puedan abrir folio registral. Un ejemplo concreto de esta situación en determinados países es el de la concesión administrativa, es decir la situación generada a través de un acto de la Administración que permite la explotación temporal de bienes pertenecientes al Estado, en cuyo caso es esa propia situación la que abre folio y no la descripción literal o gráfica del inmueble considerado en sí mismo.

D) LA MULTIPLICIDAD DE FINCAS REGISTRALES REFERIDAS A UN SOLO INMUEBLE

En la técnica registral más avanzada es relativamente usual que la traducción registral de un inmueble dé lugar a diferentes folios o fichas registrales. Se trata, generalmente, de aquellos supuestos de fincas urbanas, cada vez más frecuentes, en los que las propias características de la edificación obligan a distinguir, sobre una única construcción, espacios destinados a su explotación independiente y otros de carácter común, que pertenecen a los propietarios de los primeros de forma inseparable y en proporción a una cuota porcentual determinada. El caso más habitual es el de los edificios constituidos en «condominio» o «propiedad horizontal» en la terminología más utilizada. Hoy día existen en todas las ciudades y en algunas puede decirse que constituye la forma casi exclusiva de edificación, sobre todo en áreas del este de Europa y en algunas zonas del Mediterráneo.

Es más, la idea básica de la distinción entre elementos de naturaleza privativa y de carácter común, trasciende hoy de los edificios por pisos para alcanzar a otros supuestos, en los que también es posible esta situación por diferentes razones. Se trata de los conjuntos inmobiliarios, constituidos por realidades constructivas complejas que abarcan tanto a las urbanizaciones de segunda residencia, o «country clubs», como a grandes centros comerciales o a situaciones similares en las que determinados espacios que tienen un carácter común, como, por ejemplo, una piscina, un centro social o un garaje, pertenecen de manera indisociable a los titulares de unidades susceptibles de propiedad independiente.

En todos estos casos se abren folios registrales en el Registro de la Propiedad:

- Uno para la construcción compleja en el que se describen las unidades comunes y sus reglas de funcionamiento.
- Otros folios independientes, para cada unidad particular en las que el edificio se divide y todos ellos conectados al general.

E) LOS MECANISMOS O PROCEDIMIENTOS DE DESCRIPCIÓN
DE LAS FINCAS REGISTRALES

Antes de terminar con esta breve exposición sobre la finca registral, conviene tener en cuenta otra cuestión. En efecto, desde el punto de vista conceptual, lo relevante en materia de Registro es que la finca esté adecuadamente descrita y responda a la realidad física que se representa en el folio o ficha. En tal sentido, es indiferente que dicha descripción se lleve a efecto con un criterio literario o gráfico, e incluso mediante ambos procedimientos a la vez. Así, en los sistemas registrales clásicos el procedimiento más utilizado es el de descripción literaria, mientras que en los Registros del tipo «Acta Torrens» al folio o ficha registral se incorpora un plano del inmueble. Ahora bien, a los efectos que estamos estudiando, el hecho de que en el Registro se utilice una descripción gráfica no supone que la institución registral tenga objetivos catastrales, ni que exista una organización unitaria del Registro y del Catastro. Para ello es necesario que el plano utilizado se confeccione para los fines propios del Catastro y que divida el territorio en parcelas catastrales, tema que estudiamos a continuación.

IV. EL CONCEPTO DE LA DIVISION DEL SUELO DESDE EL PUNTO
DE VISTA CATASTRAL. LA PARCELA

Como decíamos antes, la imposición fiscal sobre la riqueza inmobiliaria de los particulares se inicia como fenómeno general en el siglo XIX, una vez desaparecidas las situaciones de privilegio de determinados estamentos sociales. La generalización de los impuestos sobre la tierra, su transmisión o su gravamen exige, a su vez, un control estatal cada vez más perfecto sobre la descripción de los terrenos y de su valor. lo que supone el nacimiento de una nueva institución, anterior, posterior o paralela al Registro. Se trata del Catastro parcelario, que viene a sustituir a las listas cobratorias, es decir a las relaciones de inmuebles valorados que pertenecen a un solo contribuyente, de forma que se convierte en la delimitación gráfica de la nación, como instrumento esencial al servicio las Administraciones públicas destinado a facilitar el cumplimiento de sus fines fiscales y de ordenación del territorio. Así, la diferencia básica entre la descripción registral y la catastral de los terrenos que pertenecen a un propietario se centra en las siguientes notas:

- La «inmatriculación» o «matrícula» de las fincas registrales se produce una a una, con la finalidad de constituirse en la base objetiva sobre la que han de inscribirse las distintas titularidades sobre derechos. Es verdad, como veremos luego, que la descripción de tales fincas puede apoyarse en datos catastrales, pero la verdadera naturaleza de la finca

regstral no se desvirtúa por ello, ya que exige siempre que sobre dicha descripción recaiga el acuerdo de los titulares del derecho de propiedad que ha de ser objeto de la publicidad regstral.

- En cambio, la descripción de las «parcelas catastrales» constituye una labor propia de la Administración, generalmente incardinada en órganos de naturaleza fiscal. Desde este punto de vista, los servicios catastrales grafían una determinada unidad de terreno, con la máxima exactitud en lo que se refiere a los elementos físicos de distinción, como curvas de nivel, ríos, arroyos, caminos, setos o zonas arboladas, cultivos o datos de distinción material. Sobre el plano obtenido, la Administración catastral grafía las distintas parcelas en función de su titularidad, o, al menos, intenta grafíarlas con la mayor exactitud posible. Lo característico de esta labor, a diferencia del criterio seguido en el Registro de la Propiedad, se centra en que se realiza sobre una extensión territorial previamente delimitada y de una sola vez, es decir de manera simultánea para todas las parcelas que componen la unidad.
- Además, existe una diferencia esencial en los datos que interesan en uno y otro caso. En el Registro, la finca se constituye en objeto de toda clase de titularidades, tanto de propiedad como de otros derechos limitados, especialmente el de hipoteca. En cambio, a la Administración catastral le basta con el dato sobre la propiedad. En este sentido, la disponibilidad de la finca, su régimen de gravámenes, la prioridad entre estos últimos y, en general, su caracterización jurídica responde a una técnica distinta de la catastral.

De acuerdo con estas notas diferenciadoras, aunque en ambos casos la finca regstral y la parcela catastral constituyen representaciones de las fincas en el sentido físico del término, dicha representación tiene finalidades distintas que no conviene mezclar. Por ello, el hecho de que el Catastro, en términos generales, utilice en la representación de la finca técnicas planimétricas y el Registro técnicas de descripción literaria no debe llevar a confundir cada institución con la técnica de que se sirve. Así, como decíamos antes, en los sistemas de «Acta Torrens», el Registro utiliza planos, pero no planos catastrales, sino mecanismos gráficos de descripción de «cada finca», que pueden o no ser situados en un plano matriz a la misma escala. En tal sentido, el plano constituye un elemento auxiliar de descripción, lo cual no puede entenderse como un supuesto de confusión institucional entre el Catastro y el Registro, puesto que lo fundamental en la diferenciación entre uno y otro ha de buscarse en su finalidad y no en la forma en que se lleva a cabo la descripción de los inmuebles.

La cuestión, por tanto, debe centrarse en como coordinar las representaciones literarias o gráficas de las fincas que utilizan ambas instituciones o que

sirven para distintos fines. Luego trataremos de este problema específico al estudiar el problema de la coordinación entre el Registro y el Catastro, así como las distintas posibilidades de que ambas instituciones se organicen como una sola dependencia de la Administración o como Organos de carácter independiente.

V. LA ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS EN LA CONFIGURACION DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. LA UNIDAD DE EXPLOTACION

Señalábamos antes que a la Administración pública le interesan dos aspectos. En primer lugar «como son» las fincas, tema que afecta al aseguramiento de su tráfico privado, es decir al Registro, y, a la imposición fiscal sobre los inmuebles, es decir al Catastro. En segundo término «como deben ser» los inmuebles, cuestión relacionada directamente con su explotación idónea, en tanto que es un bien económicamente escaso, cuyo titular ha de someter el ejercicio de su derecho a la función social del mismo.

Este esquema de organización moderna de la propiedad inmobiliaria ha dado lugar a un concepto que no aparece claramente precisado en las distintas legislaciones, pero que cada día tiene mayor importancia y que podríamos denominar «unidad de explotación». En efecto, las normas y planes de ordenación del territorio, tanto en el ámbito de la propiedad agraria como de la urbana, delimitan para el futuro unas dimensiones y una configuración idónea para los inmuebles que, en ocasiones, constituye una simple aspiración pero que en otras se establece con carácter vinculante para el propietario. Esta segunda posibilidad da lugar a un proceso de reorganización de la propiedad que recibe muy diferentes denominaciones, según cada país en concreto, pero cuya nota común consiste en que la Administración actúa sobre un esquema anterior de delimitación de los inmuebles que ha de ser objeto de transformación. De este modo, los objetos de derecho preexistentes sobre los que se vierte el tráfico se transforman, dando lugar a otros diferentes e, incluso, a una nueva titularidad pública sobre parte del suelo que se destina a viales o a equipamiento general. La «unidad de explotación» así entendida se caracterizaría por las siguientes notas:

- Mientras su delimitación se mantenga en el ámbito de la decisión administrativa, constituye un concepto de futuro, en definitiva un criterio normativo vinculante al que se deben acomodar las fincas incluidas en el proyecto de transformación.
- Durante ese período cabe la posibilidad de realizar transacciones sobre esa situación de futuro, pero será imposible que tales transacciones accedan al Registro y, por tanto, que gocen de una protección añadida

a la que simplemente proporciona el derecho civil de cada país en materia de contratos.

- Desde el momento en que el proceso de transformación se culmina, la nueva unidad ha de acceder al Registro para sustituir a la antigua finca, de tal forma que la propia unidad configurada por la Administración adquirirá el carácter de finca registral susceptible de titularidad y tráfico protegido por los principios de publicidad inmobiliaria.

Evidentemente no es cuestión de entrar en detalle sobre estos procesos. Baste decir que en estos casos la cuestión se centra en los mecanismos a través de los cuales las nuevas fincas y su configuración impuesta por la Administración accede al Registro o la correspondiente alteración de los Catastros. Se trata de un tema tratado en profundidad por el XI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Lisboa en octubre de 1996, sobre la base de proponer determinadas técnicas, cuya finalidad esencial consiste en evitar que se mantenga la antigua distribución inmobiliaria durante plazos largos que impidan o dificulten el tráfico y, sobre todo, el crédito hipotecario. Naturalmente también se han propuesto medidas concretas para la cancelación o cierre de las antiguas fincas, con el fin de que no se mantengan inscritas simultáneamente a las nuevas, criterio que todavía admiten algunos sistemas registrales, bien de forma general, bien para actuaciones específicas.

El problema que suele suscitar la transformación de objetos inmobiliarios por razón de la idoneidad de su tamaño y características es el de la falta de coordinación entre los órganos estatales o administrativos de quienes depende cada una de las funciones que se han expuesto. A las Administraciones responsables de la reordenación territorial no suele importarles demasiado la seguridad del tráfico privado o la delimitación catastral, puesto que se trata de cuestiones ajenas al ámbito de su competencia. Por el contrario, los Registros de la Propiedad y los Catastros operan con técnicas dirigidas a una finalidad distinta de la planificación territorial. Todo ello conduce a la conveniencia de que los distintos países contemplen unitariamente estos problemas para que no se produzcan situaciones de descoordinación.

VI. LA UTILIZACION DE DATOS CATASTRALES EN LA DESCRIPCION E IDENTIFICACION DE LAS FINCAS REGISTRALES

En este apartado del estudio prescindiremos de los últimos conceptos expuestos, es decir los relativos a la «unidad de explotación», para centrarnos en los correspondientes a la «finca registral» y a la «parcela catastral», puesto

que, en definitiva, la propia unidad prevista en los planes de ordenación agraria o urbanística concluye inevitablemente en integrar una o ambas de las categorías anteriores, una vez ultimado el proceso de transformación del suelo.

Por tanto, la cuestión que se suscita es la de la relación entre los dos conceptos estudiados antes, lo que nos lleva a estudiar si la finca registral y la parcela catastral deben definirse simultáneamente o, dicho de otra forma, si las instituciones del Registro y del Catastro deben funcionar unidas o separadas. Para ello examinaremos, en términos muy generales, los sistemas actuales, si bien con la advertencia de que nos es imposible entrar en los múltiples matices que presentan los distintos ordenamientos.

A) SISTEMAS REGISTRALES QUE APOYAN LA DESCRIPCIÓN DE LAS FINCAS EN DATOS CATASTRALES

Cuando la organización de los servicios catastrales de un determinado país antecede en el tiempo a la implantación del Registro de la Propiedad, lo lógico es que la representación o descripción de la finca en el Registro se apoye en la previa descripción catastral del inmueble e incluso en su propio número de identificación. Este es el sistema tradicional de algunos sistemas de folio real, especialmente los que se mueven en la órbita del sistema alemán. De forma muy general puede decirse que en estos casos, la inmatriculación o matrícula de las fincas en el Registro exige la previa determinación de su número y de su identificación catastral, de tal modo que los datos sobre la realidad física del inmueble los suministra el Catastro y los relativos a su régimen de titularidad el Registro.

Indudablemente, cuando el procedimiento funciona resulta el más conveniente, puesto que en la descripción del inmueble, dirigida a su plena identificación en la realidad física, coinciden la voluntad del propietario, y la actividad del Estado, en este último caso, a través de la formación del plano catastral que sirve de base para la matrícula registral.

Ahora bien, el hecho de que ambas instituciones coordinen sus datos en orden a la descripción de los inmuebles no supone que se trate de una sola. De hecho, incluso su dependencia orgánica es diferente. Así, el Registro se organiza como un servicio estatal dependiente del Ministerio de Justicia, mientras que la dependencia jerárquica del Catastro es diferente y normalmente se integra en departamentos ministeriales dedicados a funciones tributarias. Sin embargo, no siempre se sigue este criterio y, por ejemplo, en los distintos cantones suizos se produce una práctica identificación entre servicios catastrales y registrales.

De todos modos, lo que no cabe es identificar Catastro y Registro por el simple hecho de que el primero utilice sistemas gráficos de identificación.

Como reiterábamos antes, en el sistema australiano o de «Acta Torrens», en parte seguido por el Registro de titularidades británico o por algunos estados norteamericanos, la identificación de las fincas en el Registro exige la formación de un plano, pero la finalidad de este es puramente registral y no está dirigido en principio a determinar la riqueza imponible del titular de la propiedad del terreno.

B) SISTEMAS DE REGISTRO DE FOLIO REAL QUE NACEN Y SE DESARROLLAN
CON INDEPENDENCIA DE LA EXISTENCIA DE UN CATASTRO

Se trata de aquellos otros tipos de Registro que despliegan sus efectos en relación a inmuebles definidos y delimitados por las partes que intervienen en el título inscribible, es decir por los directamente implicados en la transacción y, por tanto, los primordialmente interesados en la adecuada identificación registral del inmueble. En realidad no existen ya ejemplos puros de este tipo de sistemas registrales, puesto que los que nacieron de acuerdo con este criterio, por ser la institución anterior a la formación de un Catastro, han evolucionado o están evolucionando rápidamente a métodos de coordinación de sus datos sobre los inmuebles inscritos con los que resultan de las instituciones catastrales, de acuerdo con el desarrollo técnico de estos, muy variable según la configuración territorial y los medios de cada país. Sus ejemplos más característicos están constituidos, entre los de Registro de titularidades, por el español y entre los de Registro de documentos, por los de tipo francés.

En realidad, la falta de adecuación con el Catastro produce sus consecuencias más perturbadoras cuando se trata de inmuebles cuya delimitación e identificación resulta difícil, ya que tratándose de fincas de gran dimensión, de inmuebles resultantes de procesos de ordenación del territorio o de unidades urbanas ya edificadas, su identificación no suele ofrecer grandes problemas. No obstante, por razones de seguridad jurídica resulta básico impulsar la coordinación de datos físicos descriptivos si se quiere que el Registro despliegue sin problemas todos sus efectos posibles.

De todas formas, esta clasificación por razón de la identificabilidad de los inmuebles plantea dos cuestiones importantes.

a) *La conveniencia del funcionamiento unitario del Catastro o Catastros y del Registro*

Se trata de un tema de estrategia en la organización administrativa que no afecta de forma determinante al régimen de seguridad de los que intervienen en el mercado inmobiliario ni en la limitación de costes de transacción. Lo

esencial para conseguir estas finalidades es el régimen de efectos de la intabulación de los «property rights», tema esencialmente jurídico, que ya hemos examinado antes.

En tal sentido, lo verdaderamente peligroso es confundir la plena identificación del inmueble con la protección jurídica de la titularidad y contenido de los derechos que recaigan sobre el mismo. Un magnífico sistema catastral que olvide estos últimos aspectos puede resultar muy útil para finalidades administrativas, fiscales o de otro tipo pero constituirá un fracaso económico en lo que se refiere a la protección y disminución de costes de transacción. Un sistema registral con un desarrollo técnico que permita la intabulación perfecta de la titularidad y contenido de los derechos sobre inmuebles conseguirá estas finalidades, si bien, en determinados casos puede sufrir perturbaciones no deseadas por una imperfecta descripción del inmueble que dificulte su identificación en la realidad física. Se trata de dos problemas graves, pero de importancia no comparable.

De forma similar a la expresada se pronuncia actualmente el Banco Mundial, que al estudiar el problema se inclina decididamente por la conveniencia de que no se condicione la implantación de Registros a la existencia de un Catastro perfecto. Lo verdaderamente trascendente para conseguir un mercado fluido y con costes de transacción moderados es que el Registro de la Propiedad funcione, si bien es conveniente que dicho funcionamiento tenga lugar en coordinación con los servicios catastrales, si bien como instituciones separadas.

b) *La posibilidad de implantación de un sistema de Registro de Titularidades en países carentes total o parcialmente de Catastro*

La respuesta a esta cuestión viene dada, en alguna medida, por las afirmaciones contenidas en el apartado anterior. No cabe duda de que el ideal es el desarrollo conjunto de ambas actividades, registral y catastral. Sin embargo, la opinión técnica más actual entiende como básica la organización de un adecuado sistema registral, aunque se carezca en el país correspondiente de un Catastro físico desarrollado y en tal sentido se ha pronunciado el XI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Lisboa en 1996.

En efecto, si la formación del Registro se condiciona al desarrollo del Catastro, labor económicamente más costosa, que exige un lapso de tiempo mucho más largo y cuya nota más característica es la de que no puede formarse finca por finca, sino de forma general para todo el territorio, el país que siga ese criterio carecerá durante un plazo temporal muy dilatado de un sistema jurídico que permita la protección de los derechos inmobiliarios y el desenvolvimiento del mercado inmobiliario. Es más, aunque exista una buena

planimetría territorial, si esta no distingue con claridad los distintos inmuebles susceptibles de derechos atribuibles a los ciudadanos, el sistema catastral no responderá a las demandas de mercado, lo que puede llevar a una confusión peligrosa, si se entiende erróneamente que se dispone de una herramienta que realmente es ineficaz, al menos a medio plazo, para cumplir su finalidad de apoyo descriptivo a un sistema registral de urgente implantación.

De acuerdo con esta idea, lo lógico es invertir los términos. Lo prioritario será el montaje jurídico de un sistema legal de derechos inmobiliarios suficiente y amplio y de un sistema registral de fuertes efectos, ágil y seguro. Simultánea o posteriormente, en la medida en que se cree o desarrolle la labor catastral de soporte suficiente, sus datos identificadores deben coordinarse con los que resulten del Registro, por el procedimiento más completo que sea posible, incluso, y muy deseablemente, mediante la utilización de códigos identificadores de los inmuebles de uso común a las dos instituciones y a las demás que actúen en el campo inmobiliario (Fiscales, de ordenación del territorio, urbanísticas o otros tipos).

Este criterio tiene fundamental importancia en aquellos países en los que la alteración de su situación política ha dado lugar a una masiva devolución al mercado libre de bienes inmuebles que tradicionalmente han permanecido en manos de las Administraciones y en los que es fundamental la organización jurídica de un sistema de seguridad que evite el fraude, el incremento constante de los costes de transacción y la frecuencia de la actuación abusiva.

De todas formas, en este tipo de países conviene introducir un matiz. Lo normal es que el Catastro se forme sobre la base de una realidad inmobiliaria previa de titularidad múltiple. En este sentido, cualquiera de los Catastros de los países en los que tradicionalmente ha existido una economía de mercado, la formación de las distintas parcelas catastrales ha debido seguir un proceso de información sobre su titularidad, que en determinados casos se ha apoyado directamente en datos registrales. Ahora bien, en las naciones que provienen del socialismo real, las circunstancias no son las mismas, ya que la totalidad o casi totalidad de los inmuebles parten de una única titularidad pública, lo que permite que la descripción catastral se lleve a efecto como un trabajo previo a su privatización, título ordinario de inmatriculación registral de la finca que se privatiza. Esta realidad permitirá o facilitará que los trabajos de implantación del Catastro parcelario y del Registro se verifiquen de forma simultánea, al menos parcialmente.

De todas formas seguirá siendo lógico que la institución registral tenga un régimen de funcionamiento independiente, pues una vez inmatriculada la finca, la cuestión no se agota. La aparición del primer titular favorecido por la privatización constituye una primera fase de la transformación del sistema, pero lo más importante viene después, cuando efectivamente comienza el

conjunto de transacciones sucesivas sobre la finca privatizada, tanto mediante su enajenación, como mediante la imposición de gravámenes sobre el inmueble. Para responder a las necesidades de este segundo momento es esencial un Registro con técnicas jurídicas propias, cuya finalidad y organización responda a un esquema completamente distinto del Catastro, en los términos que hemos visto a lo largo de la exposición.

Oslo, 16 de junio de 1997.

RAFAEL ARNAIZ EGUREN
Secretario General del Centro Internacional
de Derecho Registral

Derecho propio y reciprocidad en la compensación legal de créditos

SUMARIO I INTRODUCCION.—II LOS SUPUESTOS REGULADOS DE COMPENSACION LEGAL: a) EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN POR EL FIADOR. b) EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN POR EL DEUDOR SOLIDARIO c) LA COMPENSACIÓN Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS.—III. LOS SUPUESTOS NO REGULADOS LEGALMENTE: 1.º EL TERCERO QUE «PUEDE» PAGAR UNA DEUDA AJENA 2.º EL TERCERO QUE TIENE LA AUTORIZACIÓN, ORDEN O ENCARGO DE PAGAR LA DEUDA. 3.º EL TERCERO QUE TIENE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA DEUDA. 4.º EL TERCERO QUE TIENE DERECHO A PAGAR UNA DEUDA AJENA Y PAGANDO SE SUBROGA 5.º LA COMPENSACIÓN Y EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO.

I. INTRODUCCION

La definición misma de compensación presupone la idea de que dos personas son, al mismo tiempo, acreedoras y deudoras una de la otra. El artículo 1.195 del Código Civil expresa esta idea al decir que tendrá lugar la compensación cuando dos personas sean, por derecho propio, recíprocamente acreedoras y deudoras entre sí. Es manifiesto también que la idea de «*reciprocidad*» utilizada en el artículo 1.195 no se refiere a la reciprocidad de las obligaciones nacidas. La situación central de la compensación es la oposición de un crédito y de un contracrédito en la que la posición de las partes se encuentra invertida. Es decir, A es acreedor de B por una suma de dinero y, al mismo tiempo, B es acreedor de A, también por una suma de dinero.

El artículo 1.196 CC en su primer número insiste en la idea de que la compensación se produce en la situación anteriormente descrita, al decir que es preciso para que proceda la compensación legal, que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro.

Ello, no obstante, el propio Código, de acuerdo con la más antigua tradición, señala tres excepciones a estas reglas: la referida a la situación del fiador (art. 1.197), la creada por la cesión de créditos (art. 1.198) y la referente a la solidaridad (art. 1.143).

La existencia de estas tres excepciones a la regla de que la compensación sólo se puede dar entre deudor y acreedor, aconseja replantear la cuestión, examinar los problemas con carácter general y comprobar si las tres situaciones admitidas como excepción en el Código Civil lo son en efecto y si se puede todavía añadir alguna más.

Es evidente que el problema planteado tiene que examinarse adoptando alguna posición en el tema general de la naturaleza de la compensación y sobre el modo de producción de sus efectos, que sugiera decidir si la compensación en nuestro Código Civil es un fenómeno que se produce *ipso iure*, o por la fuerza misma de la ley o si, por el contrario, la situación de compensabilidad lo único que hace es atribuir a los interesados el derecho a producirla o provocarla. No obstante, no es el propósito de este trabajo tomar partido en esta difícil cuestión y los problemas que vayan surgiendo se analizarán a la luz de cada una de las dos posiciones señaladas.

La regla inicial es clara: la compensación se produce entre un mismo deudor y un mismo acreedor y no pueden entrar en compensación contracréditos de terceros, ni tampoco, claro está, compensar una de las partes la deuda de un tercero. Este es el motivo por el que se viene insistentemente diciendo que no puede oponerse en compensación al padre las deudas de su hijo (y viceversa), al marido las de la mujer (y viceversa), al tutor las del pupilo, a una sociedad (tenga o no personalidad jurídica) las del socio, y así sucesivamente.

En términos generales el problema planteado se puede desdoblar en los dos siguientes: si un tercero, ajeno a la relación obligatoria que, puede sin embargo pagar la deuda, por permitirlo de modo general el artículo 1.158 del Código Civil, en lugar de proceder a la ejecución de la prestación (o a la entrega de fondos cuando se trata de una obligación pecuniaria), puede compensar el crédito del acreedor o su propio contracrédito contra él.

La segunda pregunta es, por el contrario, si el tercero (que no dispone de contracrédito o no desea utilizarlo), puede ejercitar la facultad de compensar cuando ésta pueda producirse entre el acreedor y el deudor por existir un contracrédito del deudor contra el acreedor. Se trata, obviamente, del supuesto en que el deudor no lo haya hecho, al que puede añadirse el de la renuncia al derecho de compensar y el de la exclusión pactada del derecho de compensación.

A la primera pregunta, esto es, si un tercero que según el artículo 1.158 del Código Civil puede pagar, puede compensar con su propio contracrédito el crédito principal, la doctrina da una respuesta que es, por lo general negativa, y que se encuentra sólidamente fundada en las reglas de los artículos 1.195 y 1.196. Puede pensarse como fundamento de la solución, que la pretensión del tercero es un intromisión inadmisibles en la esfera jurídica ajena, sobre la que él nada tiene que decir y que es, sobre todo, una indebida

disposición (para extinguirlo) del derecho del acreedor principal. Lo único que sucede es que estos mismos argumentos se pueden utilizar contra cualquier acto de pago por un tercero, puesto que siempre es un tercero entrometido y que también el tercero que paga, al pagar extingue el crédito.

Mas si la regla general debe entenderse que es la de que el tercero no puede pretender la compensación de forma forzosa y obligatoria, lo que sí puede hacer es operar la compensación contando con el consentimiento del acreedor y, en este caso, habrá que plantearse si también necesita del consentimiento del deudor. Pero ésta ciertamente ya no es una compensación legal, única para la que el Código requiere el «*derecho propio*» y el carácter principal de créditos y deudas, sino convencional, aunque no es razón suficiente para dejar de examinar la cuestión.

En términos generales, puede entenderse que la compensación estudiada (pretensión de compensación de un tercero con su propio contracrédito), tiene que ser consentida por el acreedor del crédito a compensar, porque hay que reconocerle la libertad de decisión entre darse por pagado o conservar el crédito con todas sus consecuencias.

Producida en el caso descrito la compensación entre el tercero y el acreedor principal, hay que entender que ambos créditos quedan extinguidos y que, dependiendo de si ha habido o no autorización o consentimiento del deudor en el negocio de pago, todo lo más el tercero compensante tendrá un crédito de reembolso contra el deudor (al no haberlo hecho contra su expresa voluntad, según el art. 1.158) o un crédito de enriquecimiento en los demás casos.

Para el segundo de los supuestos planteados, el caso de que el tercero que puede pagar, puede hacerlo utilizando la excepción de compensación que el deudor no ha utilizado, la doctrina no ofrece una solución. No existe, en principio, motivo alguno para permitir que un tercero haga uso de un derecho de crédito ajeno. Las únicas excepciones legales que se contemplan a este supuesto son las del fiador y las del deudor solidario.

Ahora bien, como se viene diciendo a lo largo de este trabajo, la única manera de dar respuesta a estos interrogantes es la de observar desde todas las perspectivas posibles cada uno de los supuestos. Esto significa estudiar los casos de la fianza, de la cesión de créditos, de los terceros del artículo 1.158 del Código Civil que pueden pagar, de los que tienen orden de hacerlo (*delegatio solvendi*, mandato y orden de pago), de los que están obligados a pagar (*delegatio promittendi*, asunción de deuda), de los que tienen derecho a pagar y que pagando se subrogan (fiador real, acreedor del acreedor preferente), de la solidaridad y de las estipulaciones a favor de tercero, desde estas dos perspectivas: 1.^º) si el tercero puede pagar mediante la compensación de su propio contracrédito y 2.^º) si para hacerlo puede utilizar el contracrédito del deudor. Además, en cada uno de estos casos habrá que analizar si la permisión o prohibición deriva de la función que cumple la compensación (si

se trata de una función de pago abreviado, de autotutela del deudor frente a la reclamación del acreedor o de garantía del deudor frente a los derechos adquiridos por el tercero) y, por último, situarse en el caso de que se acepte la tesis de la automaticidad de la compensación, en la de los efectos retroactivos o en la casi no defendida de los efectos *ex nunc* de la declaración de compensación.

Como se puede ver el número de problemas, puntos de vista y perspectivas desde la que hay que tratar el problema de la posibilidad de compensación legal por los terceros hacen de ésta una figura mucho más compleja de lo que a simple vista parece. Sin embargo, creemos que deben ser resueltos mirando a su posible operatividad en la práctica y no a su cuadratura dogmática.

II. LOS SUPUESTOS REGULADOS DE COMPENSACION LEGAL

a) EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN POR EL FIADOR

Siguiendo el planteamiento trazado, hay que analizar la posibilidad de que el fiador ejercite la excepción de compensación correspondiente al deudor y, en segundo lugar, que compense su obligación de garantía con un crédito propio. Sin embargo, difícilmente se llegará a ninguna conclusión válida acerca de estas dos situaciones si no se sientan las bases del concepto de fianza que se baraja en este estudio.

Siguiendo las pautas de GUILARTE ZAPATERO (1), la fianza hay que observarla siempre desde su función de garantía respecto a la cual *«refuerza objetivamente la seguridad del acreedor en un doble sentido: primero, porque mediante la obligación del garante, cuya causa es distinta a la de la principal, la probabilidad de satisfacción del interés del acreedor se acrecienta al existir dos vínculos obligatorios, cuya finalidad es solventar el mismo interés, y segundo, porque a través de la obligación accesoria de garantía el patrimonio del deudor de la misma queda sometido a la eventual ejecución del acreedor si su titular no cumple aquélla»*, pero, y hay que subrayarlo, *«el fiador no es deudor de la obligación fiada, sino de la suya propia, y cuando éste paga, cumple su propia obligación, no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor»*. Y esto es importante, puesto que si es el fiador el que paga (aparte del problema de la forma en que lo haga), extinguirá su propia obligación y la relación del deudor principal con el acreedor, pero no la obligación de crédito originaria entre acreedor y deudor princi-

(1) Vid. «Comentario al artículo 1.822 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XXIII, Madrid, 1979, págs. 7 y 8

pal, puesto que el fiador se subroga en todos los derechos, además de tener un derecho de reembolso frente al deudor principal.

Pasando a la primera situación propuesta, a la facultad del fiador de oponer la excepción de un contracrédito perteneciente al deudor principal, la pregunta que ha de formularse no es acerca de la posibilidad de que lo haga, puesto que viene reconocida expresamente en el artículo 1.197 CC, si no sobre el fundamento y funcionamiento de tal excepción en este supuesto concreto.

El primer supuesto en el que el Código Civil rompe las reglas generales de la compensación (arts.1.195 y 1.196) es el contemplado en el artículo 1.197 en el que establece que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el fiador podrá oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal». Como se ha visto antes, el Proyecto de 1851 también regulaba la posibilidad de que el fiador opusiese en compensación el contracrédito del deudor principal, pero además advertía que éste último no podía hacerlo con el del fiador.

Se trata de una norma proveniente del Derecho romano en la que ya en Digesto XVI, 2, 5 aparece recogida en un caso concreto: «Entre tú y yo existían recíprocas razones de crédito. me diste un fiador que era acreedor mío, demandado en juicio el fiador, es conforme a la equidad que pueda elegir entre compensar lo que a él le es debido o aquéllo que se le debe al deudor garantizado, e incluso se retiene que se deba admitir que compense una y otra deuda hasta la concurrencia». Esta regla especial aparece en la *Summa* de ROGERIO de mitad del siglo XII, para el fiador y para el padre y el hijo menor de edad (2) y pasa a la Glosa de AZÓN: «Item compensat fidejussor quod sibi debetur, vel principali debitori, vel alterutrum ipsorum, vel utrumque, prout elegerit» (3) y a la de ACCURSIO, que, sin embargo, distingue si el fiador interviene antes o después de que el deudor se encuentre en situación de poder oponer la excepción de compensación y en éste último caso, si la garantía es o no sin límite o sólo por la cantidad debida. En el primer caso, el fiador está obligado con el deudor principal por el entero, y podrá como él, oponer la compensación. El motivo: la equidad. En el segundo caso, no está obligado por cuanto puede serle opuesto en compensación al deudor, sino por más. El caso viene formulado de la siguiente manera: «Debebas mihi X, alia X debebam tibi: petii a te fidejussorem, et, non opposita compensatione, dedisti mihi fidejussor. Tanto minus tenetur fidejussor, quantum tu potes retinere per compensationem». Efectivamente, cuando yo te pedí el fiador, sabía que podías oponerme en compensación tal crédito, por tal

(2) Vid. CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel Diritto privato italiano*. Milán, 1909, pág. 45.

(3) *Ibidem*, pág. 54.

suma, por lo tanto, se debe interpretar que yo te he pedido y que tú me hayas dado la garantía por el máximo de tu deuda. Sin embargo, los glosadores parece que siguen a AZÓN y que permiten de modo general y sin hacer distinciones la compensación del fiador con un crédito del deudor principal. Además extienden por analogía este supuesto al caso del padre y del hijo menor que pueden servirse de los contracréditos de ambos para compensar, al del amo que puede utilizar el contracrédito del esclavo, al *procurator in rem suam* y al socio (4).

Los comentaristas, por su parte, también afirman la regla general de la prohibición de compensar créditos ajenos, pero admiten que por motivos de equidad se hagan algunas excepciones. Así, CINO DA PISTOIA al analizar la norma «*an compensatio possit fieri de eo quod alius debet*», subraya las reglas especiales del fiador, del *procurator in rem suam*, de los socios, del padre y del hijo sujeto a patria potestad (5). CUTURI explica que los estudios realizados a partir del siglo XVI demuestran que los doctores fueron rigurosos con la regla «*compensatio non opponitur de debito quod diverso nomine debetur*», y que se opusieron siempre a los artificios forenses para reconocer en juicio el carácter de la reciprocidad cuando no estaba muy claro. Así, por ejemplo, niegan que el padre o el hijo utilicen los créditos indiferentemente para compensar sus deudas con terceros, salvo en supuestos muy especiales o que la compensación pudiera tener lugar en las relaciones entre el mandatario y los acreedores del mandante. Sin embargo, algunos de ellos, quisieron interpretar la frase «*ex eodem nomine*, como *ex eadem causa*». DE AMATO les respondió diciendo que no habían entendido ni a BALDO, ni a PIETRO degli UBALDI, porque estos no habían afirmado nunca que la compensación tuviera que producirse *de debito sub eodem nomine*, sino que, por razones de justicia habían introducido algunas excepciones (6). MANTICA analiza el supuesto de la compensación por el fiador del crédito del deudor principal, observando que generalmente se viene identificando con el mandato de crédito (en Digesto XLVI, 1 aparecen bajo la rúbrica *De fidejussoribus et mandataribus*). Sin embargo, el jurisconsulto advierte que para justificar esta regla que había pasado del Digesto a los glosadores hasta su época, bastan los principios de la fianza, porque cualquier modo de extinguir la deuda principal, extingüía también la accesoria del fiador. Esta razón era plenamente válida para aque-

(4) *Ibidem*, págs. 62, 63 y 64.

(5) *Ibidem*, pág. 80.

(6) Así, el socio, en calidad de administrador, que requiere a otro su aportación social, no puede sufrir la excepción de compensación por lo que éste le debe en negocios particulares, el prelado que exige un crédito de la Iglesia, no se le puede oponer en compensación lo que debe personalmente; ni la administración de un Banco puede ser obligada a compensar su crédito con la deuda personal de su administrador. Vid. CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel Diritto privato italiano*, op. cit., pág. 116.

llos que admitían la compensación legal. Teniendo en cuenta la diversidad de opiniones de la época, MANTICA añade la consideración de que la compensación, teniendo el mismo efecto que el pago, debe extinguir la obligación del fiador, porque los medios puramente personales de defensa del deudor pueden ser utilizados por el fiador, solo teniendo en cuenta que obtendría el mismo resultado por el derecho de regreso. Lo que en el fondo se corresponde con una de las finalidades de la compensación: la de evitar un inútil circuito de acciones. Ya BALDO había notado que si el fiador puede pagar con dinero del deudor principal, es lógico deducir que también podrá utilizar otros medios para extinguir la obligación (7).

Pasando ya a una época más reciente, se ha de observar que POTHIER, admitiendo la necesidad de que el crédito a compensar sea un derecho propio de quien lo opone, también observa la regla especial para el caso del fiador. La razón la encuentra en la existencia misma de la fianza porque en ella el fiador no puede estar obligado a más de lo que lo está el deudor principal. Si el deudor principal puede oponer la compensación por lo que el acreedor le debe, puede igualmente hacerlo el fiador (8). Esta es la regla que aparece recogida posteriormente en el artículo 1.294 del Code Napoléon y en el 1.197 de nuestro Código Civil.

Con la inclusión del art.1.197 qué duda cabe de que se está haciendo una excepción a las normas generales de la compensación, tanto es así que la norma comienza con una expresión inequívoca «*no obstante lo dispuesto en el artículo anterior*». Se rompe de esta manera el requisito del derecho propio y, en principio, también el del carácter principal de las deudas y créditos compensables e, incluso algunos autores afirman que también desaparece el requisito de la reciprocidad. Analicemos estas afirmaciones con algún detenimiento:

VALPUESTA FERNÁNDEZ fundamenta la inserción de esta regla especial por la naturaleza accesoria y subsidiaria de la fianza. Dice: «(..) *Ello supone en principio que el fiador, deudor secundario, puede extinguir su deuda con un crédito del que no es titular, con lo que se conculcarían también las exigencias recogidas en el artículo 1.195 de reciprocidad y derecho propio, que viene a confirmar las similitudes existentes entre estos términos (...). Precisamente este carácter accesorio que la fianza tiene respecto de la obligación que garantiza es el que parece que justifica una medida como la adoptada en el artículo que se comenta: el fiador que asume el cumplimiento de una deuda ajena, debe beneficiarse de las causas que extinguen esta obligación, para lo que no debe ser obstáculo su posición secundaria cuando, por incum-*

(7) *Ibidem*, págs. 122 y 123.

(8) Vid. *Tratado de las obligaciones*, París, 1952, III, n.º 595.

plimiento del deudor, se encuentre en situación de obligado a pagar. Desde un punto de vista técnico se ha explicado esta norma por el hecho de que el fiador, cuando el deudor principal no paga, se convierte en deudor principal. Pero, quizás la explicación se deba buscar en el efecto de la compensación que extingue ambos créditos en la cantidad concurrente, afectando también a la relación accesoria de fianza (..) En nuestro ordenamiento la compensación se ha de alegar ante los Tribunales para que pueda surtir su efecto judicialmente, en este caso por vía de excepción ante la reclamación del acreedor, excepción que, en principio, sólo podrá ejercer el deudor principal, ya que la causa de extinción se funda en un crédito del que es titular, pero para lo que también se legitima al fiador en el artículo 1853, que actúa por sustitución, ya que ejercita facultades ajenas. Por lo que en definitiva, el artículo 1.197 sólo viene a corroborar lo que el anterior precepto dispone con carácter general. En última instancia sólo se concede al fiador la legitimación para oponer la compensación cuando ésta ya se ha producido al concurrir todos los requisitos legales en los créditos y las deudas de que son titulares el acreedor y el deudor principal, alcanzando su efecto extintivo a la obligación accesoria de fianza y ello con independencia de la conducta del deudor principal que no puede renunciar a la compensación, pues para el fiador es un derecho propio que le reconocen los artículos mencionados, que no puede quedar afectado por el comportamiento del mencionado deudor. En todo caso tal renuncia tendría como límite el interés del tercero que establece el artículo 6.2.º CC».

No podemos compartir la tesis de la autora por varios motivos: en primer lugar, la naturaleza accesoria de la fianza ha de predicarse en relación a la obligación que garantiza, pero no respecto de la relación fiador-acreedor en la que éste se coloca en una posición obligatoria normal (es un obligado), aunque su finalidad sea la de garantía. Es decir, la accesoriedad, en el caso de la fianza, representa una cierta posición de subordinación, que se refleja, ante todo, en la necesidad de que exista y se encuentre válidamente constituida la obligación garantizada y en que las vicisitudes de dicha obligación repercuten inevitablemente en la obligación de fianza (9). La fianza, en lo que a su naturaleza jurídica se refiere, atribuye al acreedor de la relación jurídica principal un nuevo derecho de crédito frente a otra persona con un contenido patrimonial idéntico al que continúa ostentando frente a su deudor en virtud de aquella relación (10). La perspectiva tomada por VALPUESTA acerca de la fianza es la tradicional, según la cual en la fianza existiría una sola relación

(9) Vid DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996, pág. 415.

(10) «Comentario a los arts. 1.195 a 1.202 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, pág. 417.

obligatoria con dos deudores, uno principal y otro subsidiario. Sin embargo, a mi juicio, hay que tomar en consideración las modernas concepciones de la fianza (además de sus diversas formas) que ven en ella dos relaciones obligatorias, en la que lo accesorio de la obligación de garantía, como se ha dicho, es su subordinación o dependencia a la validez y existencia de la obligación garantizada y en la que lo que es subsidiario es la responsabilidad del fiador. Tampoco estamos de acuerdo con la propuesta de la autora de que la explicación de esta regla especial de compensación haya de buscarse en el efecto mismo de la compensación que si extingue ambos créditos en la cantidad concurrente, también afecta a la relación de fianza. Esta opinión podrían sostenerla los defensores del efecto *ipso iure* de la compensación, para los que, efectivamente, la deuda del deudor principal se habría extinguido en la cantidad concurrente con su propio contracrédito, y por consiguiente, también la obligación del fiador. Así, por ejemplo, CUTURI lo explica desde el punto de vista de la automaticidad de la compensación. Dado que la obligación del deudor principal se ha extinguido desde el momento mismo de la concurrencia de su deuda con el crédito compensable que tenía frente a su acreedor, es consecuencia lógica que, incluso aunque, el fiador haya renunciado al beneficio de excusión, podrá siempre alegar que la obligación se ha extinguido. Sin embargo, él mismo subraya que se trata de una norma superflua, porque en realidad no deroga el principio de la reciprocidad, sino que se vale de las reglas derivadas de las relaciones entre las obligaciones principales y accesorias. También advierte de la inutilidad de haber regulado expresamente que el deudor no puede servirse de la compensación con el crédito del fiador, porque efectivamente falta el requisito de la reciprocidad entre los créditos compensables. El legislador —a su juicio— debería haber dicho en vez de «oponer la compensación», «hacer valer la compensación» y en el caso del deudor principal haberse expresado con: «no puede pretender que la compensación haya sido producida» (11).

Ahora bien, volviendo a la tesis de la autora española hay que destacar que ni VALPUESTA FERNÁNDEZ es sostenedora del efecto automático, ni esta teoría sirve para resolver el problema de la fianza. ¿Por qué?, porque si en verdad la compensación operara automáticamente desde el momento en que se dan todos los requisitos legales, los contracréditos de acreedor y deudor principal se habrían extinguido ya en la cantidad concurrente y el fiador no tendría excepción de compensación alguna que oponer, puesto que su propia obligación habría quedado extinguida con la principal. Los defensores de la tesis de la automaticidad pueden argumentar —y es lo que hace CUTURI—, que precisamente lo que el acreedor le está exigiendo al fiador es una deuda extinguida por una

(11) Vid. *Trattato delle compensazioni nel Diritto privato italiano*, op. cit., pág. 232

compensación ya operada y que lo que el fiador le está oponiendo no es la operatividad de la compensación, sino la extinción de la obligación. En este caso estaríamos ante una excepción derivada de la propia naturaleza de la obligación de fianza, de la obligación de garantía (art.1.853 CC).

Sin embargo, parece que el sentido del artículo 1.197 no es ése. El fiador no está repeliendo la pretensión del acreedor porque entienda que se trata de una obligación ya extinguida, sino lo que está ejercitando es la excepción de compensación para lograr que se extinga su obligación viva. Como dicen MARTY-RAYNAUD-JESTAD (12), si al fiador se le está permitiendo oponer la compensación del crédito del deudor principal es porque la compensación no opera automáticamente. Los interrogantes que surgen cuando se pretende averiguar el fundamento de esta excepción que se hace en los Códigos y que desde sus más remotos orígenes se viene conservando son muchos:

1.º) ¿Por qué permitirle utilizar un derecho de crédito ajeno? El artículo 1.853, permite al fiador oponer las excepciones del deudor que sean inherentes a la deuda, pero no las personales del mismo y, sin embargo, el artículo 1.197 le permite utilizar el derecho de crédito del deudor principal para extinguir su obligación, ¿por qué?

2.º) ¿En qué situación queda la relación entre fiador y deudor principal si aquél utiliza el contracrédito del deudor principal que éste no ha opuesto?

3.º) ¿Para qué otorgarle al fiador la facultad de oponer la compensación de un crédito ajeno si posee el beneficio de excusión?

A primera vista, y sólo en una primera aproximación, parece que la norma contenida en este precepto es consecuencia lógica de la mala interpretación heredada del efecto automático de la compensación y en este punto hay que compartir la tesis de VALPUESTA FERNÁNDEZ. El Código Civil francés en su artículo 1.294 posee exactamente la misma regla que la nuestra pero con la amplitud de redacción que tenía el Proyecto del 51 (13).

Para LÓPEZ VILAS *«el contenido y significación de este artículo resulta de una lógica evidente: si el fiador es la persona a quien se le exige la prestación debida por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, es lógico permitir que ese mismo fiador pueda alegar, frente al acreedor, la compensación de aquellas deudas que éste tenga con respecto a aquél Al*

(12) Vtd. *Droit civil Les obligations*, tomo 2, París, 1989, pág. 231.

(13) Art.1.294 del Código Civil francés: *«La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal»*.

Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution

Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur».

reconocersele expresamente al fiador la posibilidad de oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal, el legislador está valorando y reconociendo algo tan elemental como es que el fiador sólo puede ser condenado a lo mismo que podría serlo el deudor principal, no pudiendo extenderse su responsabilidad más allá de la del deudor y manteniendo en sus manos las mismas ventajas que éste. De forma que si el deudor principal no es condenado por aplicación de la compensación, tampoco puede serlo el fiador, el cual podrá oponer al acreedor lo que éste debiere a la persona por la que se comprometió a responder (14) (...) La posibilidad que contempla el artículo 1.197 se traduce en el reconocimiento de la facultad del fiador para oponer la excepción de compensación frente al acreedor, de acuerdo con la posibilidad que lógicamente tiene el fiador de oponer a aquél todas aquellas excepciones que competan al deudor y no sean estrictamente personales (15)». La nota crítica que, a mi juicio y siguiendo el de GUILARTE ZAPATERO, debe hacerse a la explicación de LÓPEZ VILAS, radica en su concepción de la fianza. El fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia. Cuando paga, cumple su propia obligación y no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor. El fiador, así entendido, es un verdadero obligado, no un mero responsable por deuda ajena, lo que elimina la posibilidad de considerar la existencia de una sola relación obligatoria con dos deudores, como si el garante asumiera la misma deuda que el deudor principal (16).

DÍEZ-PICAZO relacionando este precepto con el artículo 1.853 CC (*El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las que sean puramente personales del deudor*) ve en la facultad que se le otorga al fiador de oponer en compensación los créditos del deudor principal una consecuencia indiscutible de la regla de la subsidiariedad de la fianza (17). Pero, me pregunto, si la nota de la subsidiariedad, como él mismo dice, significa un determinado orden de responsabilidad, puesto que la obligación ha de ser cumplida una sola vez, ¿por qué otorgarle además del beneficio de excusión, inherente a los derechos del fiador, el derecho de oponer compensación?, ¿no basta con el primero?, ¿es un recurso subsidiario del beneficio de excusión, para el caso de que lo hubiera renunciado?

(14) Vid. «Comentario al artículo 1.197 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, vol. XVI-I, Madrid, 1991, pág. 441.

(15) «Comentario a los arts. 1822 a 1853 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XXIII, Madrid, 1979, pág. 444.

(16) Vid. «Comentario al art. 1.822», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, pág. 1782.

(17) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 543.

Nosotros creemos que si la compensación actúa mediante declaración de voluntad del sujeto titular del crédito compensable, aunque sus efectos se retrotraigan al momento en que concurrieron legalmente los créditos, cuando el fiador es requerido para el pago, y el deudor principal no ha opuesto su contracrédito, no ha habido una extinción de ambas obligaciones, la de garantía y la garantizada, y por consiguiente, tampoco el fiador está haciendo uso de una de las causas de extinción de las obligaciones, no está exceptuando la extinción ya producida de su deuda. Cuando se le requiere, ambas obligaciones, la del fiador y la del deudor principal son válidas y existentes. Tampoco creemos que deba interpretarse el artículo 1.197 como desarrollo del 1.853, sino más bien como una excepción al mismo. La excepción de compensación posee un carácter personal y no real. No es inherente a la deuda, sino propia del sujeto titular del crédito compensable (18). Sólo si esto es así, el legislador ha hecho una excepción a las reglas generales permitiendo que el fiador se sirva de un derecho de crédito ajeno para liberarse de su obligación, pero ¿cuál es el fundamento? Tres son las posibles contestaciones:

1.⁹) Por las consecuencias finales que tiene la utilización de un crédito ajeno para compensar en el caso concreto de la fianza. Con la utilización del crédito compensable del deudor principal, no sólo se está liberando de su propia obligación, sino que también libera al deudor principal de la suya, sin consecuencias negativas o perjudiciales para éste. En el caso propuesto, si el fiador opone en compensación el crédito que el deudor principal tenga contra el acreedor, las consecuencias son la satisfacción del acreedor, y la liberación del fiador y del deudor principal de sus respectivas obligaciones, pero ¿se ha extinguido también la relación entre fiador y deudor principal? Creemos que éste es el único caso en el que el fiador ni se subroga, ni tiene derecho de reembolso y que, precisamente por esta razón, se le permite el uso de un derecho de crédito del deudor principal. Ahora bien, se podría pensar que nada se pierde si no existiera esta norma, puesto que el fiador pagaría y después repetiría del deudor principal lo pagado. Sin embargo, éste podría reprocharle que poseía un crédito compensable frente al acreedor (art. 1840) y que, por consiguiente, su pago no le ha sido de utilidad alguna.

2.⁹) Por la función de garantía que cumple la fianza. Esto significa que sería del todo punto contrario a esta función que el acreedor sabedor de que su crédito puede ser compensado con uno que tiene el deudor principal contra

(18) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 434. «el concepto de excepción puramente personal es probablemente más amplio. Excepción personal debe entenderse como una facultad de enervar el ejercicio del derecho de crédito, cuya atribución al deudor tenga carácter personalísimo o inherente a su persona, como dice el artículo 1.111. y en cuyo ejercicio, por consiguiente, no podrá ser sustituido por un tercero».

él, se dirija directamente al fiador, sin que éste tenga medio de defensa alguno. Si hubiera requerido al pago al deudor principal, éste podría haber compensado, si se dirige contra el fiador, verá satisfecho su crédito sin ningún género de dudas. La excepción de compensación es personal del titular del crédito compensable y la regla es que, en principio, el fiador no puede utilizarla. El Código Civil, necesariamente debe evitar, con la norma del 1.197, que el fiador se vea gravado de manera más onerosa que el deudor principal, porque de lo contrario quedaría en manos del deudor (que podría renunciar a la compensación) y del acreedor (que podría dirigirse directamente contra él). Se trataría de una norma tendente a la protección del garante frente a los abusos a los que puede verse expuesto por parte del acreedor y del deudor principal.

3.^a) Desde el punto de vista de la función de pago que cumple la compensación, hay que decir que esta norma se funda en la exigencia de que los garantes no pueden ser requeridos si tan siquiera el cumplimiento de la obligación garantizada se le puede exigir al deudor principal, por la propia naturaleza de la obligación fideiusoria. Si es contrario a la buena fe que un sujeto reclame lo mismo que él debe, también debe serlo que se lo reclame al fiador. Este parece que es el fundamento que ha movido a los ordenamientos germanos a configurar el supuesto del fiador, más que como la posibilidad de que él mismo oponga la compensación del deudor principal, como un derecho de rehusar el pago, mientras el deudor principal tenga derecho a compensar.

Llegado este punto, hay que preguntarse qué ocurre con las otras modalidades de fianza o más adecuadamente, de otras garantías personales como son las garantías autónomas o avals a primer requerimiento, las pólizas de afianzamiento y los seguros de caución.

En las garantías a primer requerimiento el fiador o avalista se obliga frente al acreedor a satisfacerle la obligación garantizada al primer requerimiento o primera demanda que le haga. Para la STS de 27 de octubre de 1992 *«entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente e inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud o a primer requerimiento, en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. Es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad, (...) de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado*

principal no ha cumplido, si bien en aras al principio de buena fe contractual (art. 1258) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del deudor principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista».

Pues bien, la pregunta que necesariamente hay que formularse es la de si en este caso el garante goza también de la posibilidad de oponer frente al requerimiento del acreedor la compensación del crédito del deudor principal, o lo que es lo mismo, si también en este supuesto rige el artículo 1.197 del Código Civil.

Parece que, en línea de principio, la respuesta ha de ser negativa, porque, la finalidad que cumplen estas garantías autónomas o independientes es la de reforzar la seguridad del acreedor de que verá con prontitud satisfecho su derecho de crédito. Con la práctica generalizada de estas figuras de garantía personal, lo que se pretende no es solamente hacer inmediatamente efectiva la obligación del fiador evitando la excusión, sino también eludir los trámites que para la efectividad de una fianza simple imponen las reglas del Código. ¿Qué diferencias existen con la fianza sin beneficio de excusión y con la fianza solidaria? Creemos que la nota que caracteriza este tipo de garantías es su ruptura con el principio de accesoriedad y de subsidiariedad presentes en la fianza regulada en el Código Civil. A la obligación de garantía no le afectan las vicisitudes de la obligación garantizada, ni el acreedor está obligado a perseguir en primer orden los bienes del deudor principal. En este sentido, el propio Tribunal Supremo ha sido claro a la hora de afirmar que no es necesario que haya habido incumplimiento por parte del deudor principal, basta con que se cumplan las condiciones legales para que el crédito sea exigible.

Si estos tipos de garantías personales se llevan a cabo para reforzar la seguridad del acreedor de que verá satisfecho su derecho de crédito sin dilaciones, parece claro que para que cumpla esta finalidad, la regla general debe ser la de no permitir al fiador a primer requerimiento hacer uso de la excepción de compensación perteneciente al deudor principal. Ahora bien, siguiendo la opinión de Díez-PICAZO, al excluir la oposición de excepciones, debe considerarse que las excepciones inoponibles son todas aquellas que permitiría el régimen ordinario de fianza. Sin embargo, hay que admitir que el garante pueda oponer con éxito al acreedor la *exceptio doli* cuando la ejecución de la garantía por parte de aquél revele una clara finalidad de emulación, como puede ser el obligar al deudor a reembolsar al garante y a repetir después del acreedor cuando se han visto constreñidos injustamente a pagar. Aquí, podría pensarse si igualmente en el caso de que el acreedor requiriese

al garante el pago, a sabiendas de que el deudor posee un contracrédito que compensarle, el garante podría oponerle con éxito la *exceptio doli*. Personalmente, creemos que al tratarse de garantías independientes el garante no puede hacer uso del derecho de crédito ajeno, puesto que restaría eficacia a la propia garantía.

En este punto también hay que plantearse si en el caso de que el garante a primer requerimiento sea efectivamente requerido puede o no oponer su propia compensación. Pero antes de entrar en este punto habrá que resolverlo de modo general para la fianza regulada en el Código Civil.

¿Puede el fiador oponer en compensación un crédito del que es titular contra el acreedor frente a la reclamación de la efectividad de la fianza por parte de éste último? No existe ninguna norma que lo prohíba expresamente, pero tampoco que lo permita. La mayor parte de la doctrina se ha decantado por la respuesta afirmativa, basándose en lo dispuesto en el artículo 1.847 del Código Civil: *«La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo y por las mismas causas que las demás obligaciones»*. Así, por ejemplo, se ha dicho que la solución permisiva *«se fundamenta, de una parte, en la lógica jurídica, pues si el fiador tiene que pagar no se entiende cómo no puede beneficiarse con lo que su acreedor le debe y, de otra, en los principios que informan la fianza y la compensación, porque cuando el fiador subsidiario es reclamado de pago por incumplimiento del deudor, hecho el beneficio de excusión, debe cumplir su propia obligación, y ésta se puede extinguir por las mismas causas que las demás obligaciones, entre ellas la compensación. Por lo que —para esta parte de la doctrina— se puede afirmar que el fiador que ostenta un crédito contra el acreedor cumple los requisitos exigidos legalmente de reciprocidad, derecho propio y carácter principal, pudiéndose operar en consecuencia la compensación que extingue la obligación de fianza, no la principal en la que se subroga el mencionado fiador»* (19).

Por el contrario, Díez-Picazo se aleja de esta afirmación absoluta explicando que *«en rigor, aplicando los artículos 1.195 y 1.196, no debería haber compensación, pues no se trata de deudor y acreedor principales. La aplicación del artículo 1.847 conduce a la conclusión de que debe admitirse la compensación si opera en favor del acreedor que compensa su crédito. Por consiguiente, cumple extinguiendo su propio crédito»*. Y pone un ilustrativo ejemplo: *«Primus es acreedor de Secundus por mil pesetas y la deuda de Secundus está afianzada por Tertius. Tertius es al propio tiempo acreedor por derecho propio de Primus. La aplicación del esquema propuesto nos llevaría a la conclusión de que si Primus reclama a Tertius la deuda de Secundus, el demandado Tertius puede oponer la compensación de lo que se*

(19) Vid. por todos, VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 1.197», op. cit., pág. 285.

le debe a él. En cambio, si fuera Tertius quien demandara a Primus el crédito de que él es titular, Primus no podrá oponer la compensación de la deuda que le es reclamada con el crédito que él tiene frente a Secundus» (20). Comparto con Díez-PICAZO la duda que late en su explicación acerca de la posibilidad de que el fiador pueda oponer su propio crédito frente al acreedor que le reclama el pago de la fianza. El problema, a mi juicio, debe resolverse, una vez más, teniendo en cuenta la función de garantía personal que cumple la fianza y el papel que se le debe atribuir a la compensación.

Ante todo, debe ponerse en duda que el mecanismo de la compensación previsto en los artículos 1.195 y siguientes contemple supuestos tan complejos como el que ahora se plantea. Los requisitos establecidos para su ejercicio son bien claros, y quizá su intención mucho más sencilla, y el legislador insiste en ellos: reciprocidad, derecho propio y carácter principal de las obligaciones, sin que quepa hacer más excepciones a estas reglas que las que el propio Código introduce. En este sentido, si el legislador sólo ha contemplado la posibilidad de que el fiador use el derecho de crédito del deudor principal para compensar, se puede pensar que excluye cualquier otra posibilidad.

En segundo término hay que pensar que si la fianza se constituye como garantía o refuerzo de la posición del acreedor, ¿dónde queda ésta si se le permite al fiador en vez de pagar, oponer la compensación de su crédito? Se puede argumentar que si se le permite en el artículo 1.197 utilizar el crédito del deudor principal por qué no dejarle hacer lo mismo con el suyo propio. La contrargumentación viene dada por la propia configuración de la fianza: no se le puede exigir al fiador más de lo que se le puede exigir al deudor, por encontrarse éste último en una situación de subsidiariedad. Entonces, si se le permite al fiador extinguir su deuda mediante compensación ¿para qué la constitución de la fianza? Con la compensación se extinguen las obligaciones, pero no se realiza el «pago» o satisfacción del acreedor. Si el fiador compensa, el acreedor no habrá visto satisfecho el crédito afianzado y el fiador habrá extinguido su obligación de garantía (21). Si, como se ha dicho al principio de este epígrafe, se considera la fianza como un refuerzo de la seguridad del acreedor de ver satisfecho su interés, ¿cómo es posible obligarle a aceptar la compensación de una deuda que trae su causa de una obligación diversa a la de la fianza? (se me contestará, con razón, que no existe en nuestro ordenamiento el requisito de que las obligaciones a compensar lo sean *ex eadem causa*). Pero es que además, habrá que preguntarles a los defensores de la admisión de esta situación si puede o no el acreedor, cuando el fiador le reclame su deuda personal, oponer en compensación la de la fianza. Díez-

(20) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 544.

(21) Vid. en este sentido, GRÜA, voz «Compensation», en *Recueil Dalloz*, 31 août 1990, pág. 9, n.º 118.

PICAZO niega esta posibilidad, porque sólo admite que el fiador pueda oponer su propio contracrédito si esto beneficia al acreedor. VALPUESTA FERNÁNDEZ criticando la postura de este autor dice que *«se debe tener en cuenta que la compensación produce sus efectos extintivos en beneficio de ambas partes implicadas, por lo que si concurren los requisitos legales la puede también oponer el fiador (22)»*. Parece más exacto pensar que si cuando el fiador reclame la deuda al acreedor, ya ha surgido su obligación de pagar la fianza, podrá el acreedor compensar.

GUILARTE ZAPATERO a la hora de estudiar la norma contenida en el artículo 1.847 tiene en cuenta todos los aspectos problemáticos del juego de la compensación en la fianza y distingue claramente la utilización del derecho propio del fiador para extinguir la relación de fianza, del uso del derecho de crédito del deudor por el fiador que extinguiría la obligación principal e indirectamente la de garantía. Para este autor, el fiador, por aplicación general del artículo 1.847, está en condiciones de oponer al acreedor el crédito que tenga contra él, siempre que reúna los caracteres fijados, al efecto, por el artículo 1.196. Advierte que *«sin embargo, pudiera entenderse lo contrario ya que el apartado 1.º de este precepto establece como primer requisito para que proceda la compensación que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez, acreedor principal del otro. Y parece obvio que en la situación planteada el fiador, si bien es acreedor principal de quien ostenta este mismo carácter respecto de la obligación afianzada, resulta simplemente deudor accesorio y subsidiario de éste. Esto no quiere decir, sin embargo, que el fiador carezca de la facultad de oponer la compensación cuya procedencia encuentra apoyo en varias razones. Debe estimarse lógico, en primer lugar, que si el fiador puede oponer la compensación de aquello que el acreedor debe a su deudor principal, con mayor motivo estará facultado para oponer lo que a él mismo se le adeuda. Debe notarse, en otro sentido, que, en realidad, cuando el fiador se ve en trance de pagar, su obligación adquiere frente al acreedor naturaleza principal: es decir, el acreedor no podrá impedir el funcionamiento de la compensación alegando la condición del deudor accesorio que concurre en el fiador, mientras que, por el contrario, en determinados supuestos, éste podrá oponerse a la compensación que aquél pretenda en virtud de la naturaleza distinta de la obligación en que aparece como deudor (por ejemplo, para evitar la excusión no podrá el acreedor oponer otro crédito que tenga contra el fiador). Por último, el propio art. 1.847, al no excluir ninguna causa de extinción de las obligaciones para operar el de la fianza, debe imponerse a la solución contraria, apoyada sólo en una interpretación excesivamente apegada a la letra del*

(22) Vid «Comentario al artículo 1.197 del Código Civil», op. cit., pág. 285.

art. 1.196». Hasta aquí todas las razones, todas ellas de peso, para admitir la compensación del fiador con su propio derecho de crédito.

A mi juicio, ver en la compensación una forma abreviada de pago en virtud de la cual ambas partes satisfacen sus propios intereses, es restarle importancia a esta figura. La compensación, ya se ha dicho al principio, es sobre todo un medio de autotutela de los intereses del sujeto obligado, porque trata de impedir que un sujeto que debe reclame su crédito, exponiendo a la otra parte de la obligación al riesgo de no ver satisfecho su derecho de crédito, cuando él ha cumplido su prestación. En este sentido, creemos que no se deben entremezclar las diversas relaciones jurídicas que se pueden plantear cuando existe intermediación de terceros y que en el caso ahora examinado el fiador sólo podrá oponer su propio contracrédito para extinguir su obligación. Si en la regla anterior del artículo 1.197 se observaba una finalidad protectora del legislador hacia la posición «subsidiaria y accesorio» del fiador, ahora no se ve el motivo de otorgarle esta protección, en contra de los intereses del acreedor garantizado, sino que le otorga la misma protección que a cualquier otro sujeto de una relación obligatoria. Si en la fianza existen dos obligaciones diversas con dos obligados diversos (deudores distintos) enlazadas por una función de garantía, se puede decir que la obligación de garantía está sometida a las mismas reglas que las demás obligaciones (art. 1847 CC) en lo que a su extinción se refiere, pero el hecho de que se extinga la obligación del fiador no lleva aparejada la extinción de la obligación garantizada. Y creemos que debe ser éste el sentido del artículo 1.847: El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor le deba y extinguir su obligación de garantía, sin embargo, con esta compensación el deudor no queda liberado, sino que el fiador se subroga en la posición del acreedor. En el caso de la fianza se puede predicar su accesoriedad en el sentido de que las vicisitudes que afectan a la obligación principal, afectan igualmente a la de garantía, pero no al contrario. La obligación del fiador, como obligación accesorio, se extingue con la extinción de la obligación principal (primera proposición del artículo 1.847), pero también puede extinguirse por sí sola por las mismas causas de extinción de las obligaciones (art. 1.847 en relación con el art. 1.156 CC).

Son muchas las dudas que este supuesto plantea en realidad y no es fácil ofrecer una respuesta plenamente satisfactoria al tema propuesto. Desde el punto de vista técnico se puede pensar que si el artículo 1.197 del Código Civil no incluye el supuesto de que el fiador utilice su propio derecho de crédito para compensar su obligación de garantía es porque cumple todos los presupuestos legales de reciprocidad, derecho propio y carácter principal de las deudas compensables, una vez que el acreedor se ha dirigido contra él. Esta postura vendría reforzada por el artículo 1.847 que establece que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo y por las mismas causas

que las demás obligaciones. Sin duda, los que para resolver este caso ponen su punto de mira en la compensación y no en la fianza, y ven en la compensación una manera de facilitar y abreviar el cumplimiento de las obligaciones estarán más conformes con la admisión de esta facultad por parte del fiador.

Por el contrario, se puede pensar que se trata de una injerencia del fiador en relaciones en las que sólo toma parte de forma accesorio y subsidiaria y que el artículo 1.197 en relación con el 1.195 y 1.196 no da pie al juego de la compensación en este caso. Se puede pensar que no se puede obligar a un acreedor garantizado mediante fianza a aceptar como medio solutorio, que no satisfactorio, la compensación de un crédito que tiene con el fiador por otra causa. No es como sucedía en el supuesto anterior en el que el fiador podía rechazar o rehusar el pago, porque el acreedor tenía otras vías de ver satisfecho su derecho de crédito y, por consiguiente, no podía ser compelido a realizar algo que el propio deudor principal podía rehusar. En este caso, y partiendo de la función de garantía que cumple la fianza, la compensación que puede ejercer el fiador con un derecho del que es titular servirá para extinguir su obligación como garante, pero no para liberar al deudor principal que seguirá siéndolo hasta que cumpla su obligación y pague, en vía de regreso, al fiador subrogado (siempre y cuando no pueda utilizar las excepciones a que hace referencia el artículo 1.840 CC y las que personalmente tenga frente al fiador).

Todavía hay que añadir una reflexión más referente a los efectos de la compensación. Los partidarios del efecto automático de la compensación aceptarán sin dudas la posibilidad de la compensación de su crédito con la deuda garantizada, puesto que se extingue en el momento en que se dan los requisitos legales para ello. Podrán pensar que es precisamente por este motivo por el que no aparece recogido en el artículo 1.197 relativo a la compensación por el fiador. Sin, embargo, en este caso concreto, no parece que exista ninguna diferencia práctica entre defender el efecto automático o el efecto retroactivo de la compensación, salvo que el propio deudor principal tenga a su vez un crédito compensable frente al acreedor, en cuyo caso deberán decir los primeros que el fiador realizó un pago de lo indebido si el contracrédito del deudor principal era anterior al suyo.

El momento en el que puede operar la compensación en el supuesto ahora contemplado es importante, puesto que si cuando el acreedor le reclame al fiador el pago de la obligación de garantía sólo existe una situación de coexistencia de créditos recíprocos entre ambos, el fiador no podrá oponerlos en compensación y deberá cumplir (y utilizar el beneficio de excusión) su obligación derivada de la fianza.

En cuanto a las garantías personales independientes o autónomas hay que preguntarse si el garante puede oponer al acreedor la compensación de un crédito que tiene frente a él para extinguir la obligación de garantía a primer

requerimiento. Hay que recordar que estos contratos se caracterizan no sólo por la ausencia de las notas de accesoriedad y subsidiariedad y lo que ello conlleva, sino que como afirma la STS de 27 de octubre de 1992 «*que el garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma*». Parece que la inoponibilidad de las excepciones hace referencia a aquéllas que podría utilizar el fiador en el régimen ordinario de fianza, y más concretamente las personales del deudor y las que se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada, pero no las suyas propias. En este sentido, se excluiría el juego del artículo 1.197 y 1.853, pero no las puramente personales y las derivadas de la obligación de garantía.

b) EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN POR EL DEUDOR SOLIDARIO (23)

Si el ejercicio de la compensación por el fiador planteaba complejos problemas, no acarrea menos su utilización por parte del deudor solidario. También este supuesto hay que desdoblarlo en dos situaciones: la oposición por parte del codeudor solidario del derecho de crédito perteneciente al otro codeudor y, en segundo lugar, el ejercicio de la compensación con su propio contracrédito.

El segundo de ellos no plantea dificultad, porque cumple todos los requisitos establecidos en los arts. 1.195 y 1.196 CC con la única peculiaridad que la extinción de la obligación que tenga lugar por la compensación de la deuda con un contracrédito del deudor solidario liberará a todos los demás codeudores frente al acreedor. El deudor en vez de pagar, compensa y, podrá reclamar a cada uno de los coobligados en vía de regreso su porción en el total de la deuda solidaria. Las discusiones y vivas polémicas las ha originado desde antiguo el primero de los supuestos. El ejercicio de la compensación por uno de los deudores solidarios con el contracrédito del que es titular otro de ellos.

No se encuentra entre los preceptos que el Código dedica a la compensación de créditos ninguna norma que expresamente contemple su ejercicio por los deudores solidarios, a diferencia de sus precedentes históricos (art. 1.127 del Proyecto de 1851) (24) y de lo que ocurre en los ordenamientos de su

(23) En este epígrafe se hablará de la compensación realizada por el deudor solidario, pero no cabe duda que todo lo que se diga vale igualmente para la solidaridad activa.

(24) Reza este artículo: «*Tampoco el deudor mancomunado puede reclamar compensación de lo que el acreedor debe a su co-deudor*». GARCÍA GOYENA comenta que «*el deudor mancomunado, según el artículo 1.067, no puede oponer las excepciones que sean personales de los demás co-deudores; y pidiéndose el todo, no se le pide sino lo que*

entorno y, por ello, hay que acudir a los artículos que regulan la solidaridad pasiva (especialmente los arts. 1.143, 1.148 y 1.252 CC).

En el Derecho romano se prohíbe la utilización del crédito de uno de los deudores solidarios por otro para compensar la deuda con el acreedor común «*si los promitentes solidarios no son socios entre sí*» (Digesto 45. 2, 10) (25), solución que fue aceptada unánimemente por los autores del Derecho intermedio (26). Esta prohibición pasa al Derecho codificado de diferentes maneras. En el Code Napoléon este supuesto viene regulado junto al del fiador (art.1294.3) (27) y no permite al deudor solidario oponer en compensación el crédito de su codeudor. DOMAT, alejándose del criterio general de prohibición, admite que si un codeudor tiene una excepción personal de compensación que extingue la deuda por su porción, ésta excepción servirá a los otros por esta misma porción. Así por ejemplo, si uno de los deudores es acreedor del acreedor común, sus coobligados podrían pedir la compensación hasta la concurrencia de esta porción. Y por el resto de lo que sería debido por su acreedor a este coobligado, ellos no podrían pedir la compensación, a no ser además que tuviesen el derecho de este coobligado (28). CAFFARENA estudiando el pensamiento de DOMAT observa la imprecisión de sus palabras, de las que parece desprenderse la idea de que la compensación extinguiría, en todo

él mismo debe, en suma, es deudor principal. Pero si uno de los co-deudores, demandado por el acreedor, le ha opuesto la compensación de lo que debe al mismo y ha vencido en el juicio, bien podrá otro co-deudor aprovecharse de la sentencia, pues que en este caso se reputa que opone la extinción de la deuda mas bien que una compensación»

En cuanto al artículo 1.067 dice: «*Se ha dudado acerca de la compensación. Pedro y Juan son deudores mancomunados á Pablo por la cantidad de mil duros; y luego resulta ser Pablo deudor de igual cantidad compensable á Pedro. Este podrá oponer la compensación á Pablo por toda la cantidad, pues que de toda era deudor, y después podrá repetir de Juan la mitad, ó séanse quinientos. ¿Pero podrá Juan oponer esta misma compensación por el crédito de Pedro? Según nuestro artículo, conforme con la citada ley 10, título 2, libro 45, no la excepción es personal de Pedro. Otros han querido que pudiera oponerla parcialmente hasta los quinientos, mitad de la deuda mancomunada. En la práctica esto parecia mas sencillo, porque evitaba el rodeo de que Juan reclamara luego de Pedro los quinientos, y los hiciera embargar en poder de Pablo, que no podria menos de desembolsarlos, viniendo á quedar como si no los hubiera recibido, la sencillez y equidad son preferibles á los ápices de derecho»* Vid. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Zaragoza, 1974, págs. 602 y 574, respectivamente.

(25) «*El deudor correal puede oponer al acreedor común el contracrédito de su codeudor, si los deudores están ligados por un vínculo de sociedad, si no lo están, de ningún modo podrá servirse un deudor del crédito que tenga un codeudor contra el acreedor común»*

(26) Vid. CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, pág. 183, a cuya obra nos remitiremos asiduamente, puesto que explica con gran claridad este supuesto, aunque algunas de sus conclusiones no se compartan.

(27) «*El deudor solidario no puede paralelamente oponer la compensación de aquello que el acreedor debe a su codeudor»*.

(28) Vid. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., pág. 184

caso, frente a todos los codeudores, la porción de la deuda en que el titular del crédito responde, y porque no se entiende lo que ha querido decir con *«por el resto de lo que sería debido no pueden compensar salvo que tengan el mismo derecho que el coobligado»* (29). Sin embargo, parece que la opinión de DOMAT es correcta en cuanto caracteriza, a mi juicio acertadamente, la excepción de compensación como una excepción de naturaleza personal y no real o derivada de la misma naturaleza de la obligación. Sin embargo, de sus palabras parece desprenderse que la compensación no actúa automáticamente, a pesar de ser un férreo defensor de la tesis de la automaticidad, puesto que de lo contrario no se entendería que DOMAT configurara esta excepción como personal del titular del contracrédito y no real, derivada de una compensación ya operada (30).

La regulación del Código Civil francés, tal y como ponen de manifiesto PLANIOL y RIPERT es incoherente con las reglas de la solidaridad y sobre todo con las de la compensación, que para la ley francesa produce su efecto automáticamente, lo que significa que desde el instante en que concurre la obligación solidaria con un crédito personal de uno de los coobligados frente al acreedor común, una parte de esa obligación solidaria (o toda) ha quedado extinguida por compensación. Sin embargo, POTHIER, que reconoce la utilidad de la solución de DOMAT, se muestra riguroso a la hora de negarle al codeudor la facultad de compensar un crédito perteneciente a otro. Si es el titular del derecho de crédito quien lo compensa, esta compensación aprovecha a todos los demás codeudores, pero si el demandado no ostenta ningún crédito frente al acreedor común no podrá servirse del de otro de sus coobligados. La razón estriba en que el deudor solidario frente al acreedor es deudor del total de la deuda, por lo tanto, él paga lo debido y no puede oponer sino lo que a él le es debido y no lo que se debe a sus codeudores (31). A pesar de ello, ya se ha dicho, POTHIER aconsejaba la solución de DOMAT porque, entre otras razo-

(29) Como dice CAFFARENA, se podría pensar que para DOMAT, la compensación implica la destrucción de la obligación solidaria que deviene parciaria. Sin embargo, leyendo a POTHIER parece que no quería llegar a tanto y que lo único que pretendía era destacar la posibilidad de que los coobligados opusieran la compensación que afectaba a un codeudor por la parte en que éste participaba en la deuda. Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 187.

(30) Como acertadamente critica CAFFARENA, *«al ser un rotundo partidario de la compensación automática, DOMAT admitía que un deudor solidario opusiera frente al acreedor la compensación que correspondía a otro. Sin embargo, es extraño el papel que la compensación juega en la solidaridad pasiva para DOMAT. En efecto, en el campo de las excepciones DOMAT distingue entre las comunes, que ayudan a todos los deudores, y las personales, que sólo ayudan al codeudor afectado por el hecho que las origina. Pues bien, la compensación es englobada dentro de las excepciones personales. Sin embargo, sus efectos son distintos de los de éstas. Tampoco sus efectos coinciden con los de las excepciones comunes»*. Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 186.

(31) Vid. *Tratado de las obligaciones*, op. cit., n.º 274

nes, simplifica la acción en vía de regreso y se evita el peligro de la insolencia de aquel codeudor que se encuentra en la posición de oponer la compensación. Otros autores franceses fundamentan la prohibición en la necesidad de impedir la intromisión de los deudores solidarios en los negocios de los demás. En los trabajos preparatorios del Código Civil parece que finalmente se introdujo esta regla, que no aparecía en el Proyecto, porque según BIGOT-PRÉMENEU «*si se pudiera oponer la compensación de lo debido a otro distinto de uno mismo, aunque este otro fuese un deudor solidario, se daría lugar a numerosas dificultades. ese tercero se encontraría enfrascado contra su voluntad en procesos desagradables: sería necesario examinar contradictoriamente con él si la deuda existe, en qué medida existe, si es susceptible de compensación, etc. Es natural que la compensación sólo tenga lugar entre dos personas que se deban directamente, la una a la otra*» (32). Para la mayor parte de la doctrina francesa se trata de una excepción a las reglas generales de la compensación (sobre todo a su automaticidad) y a las de la solidaridad, y además, de una excepción lógica si de lo que se trata es de impedir intromisiones en los negocios ajenos.

Sin embargo, no toda la doctrina de este tiempo era unánime en aceptar los motivos que guiaron al legislador francés a prohibir la compensación en este supuesto.

En este punto hay que destacar la postura solitaria de DEMOLOMBE para el que la previsión del Código Civil francés es plenamente coherente con la regulación que lleva a cabo del mecanismo de la compensación y también con la esencia de la solidaridad. DEMOLOMBE haciendo una lectura global del artículo 1.294 y sirviéndose del adverbio «*paralelamente*» utilizado en su redacción, explica que frente al acreedor todos los deudores son principales, aunque sean fiadores y, por ello, frente a él al igual que el deudor principal no puede oponer la compensación de lo que aquél debe al fiador, tampoco un deudor solidario puede oponer lo que el acreedor común debe a otro codeudor. En cuanto a la coherencia con las reglas de la solidaridad explica que de la misma naturaleza de la obligación solidaria se desprende que la posibilidad para cualquiera de los deudores solidarios de ser constreñido a pagar el total de la deuda pesa del mismo modo sobre cada uno de ellos (33).

Sea como fuere, y no existiendo tampoco en este punto unanimidad de opiniones, lo cierto es que existen grandes contradicciones en el sistema adoptado por el Código Civil francés para el supuesto que se está estudiando.

Me explico: si se establece el efecto automático de la compensación, como sin duda hace el francés (aún debiéndose a una interpretación incorrecta

(32) Vid FENET. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, pág. 162.

(33) Vid *Cours de Code Napoléon*, 26, pág. 336

de las fuentes romanas), lo más lógico es que la compensación llevada a cabo por la concurrencia de dos deudas que cumplen los requisitos legales, aproveche a todos los coobligados, puesto que la obligación solidaria se habrá extinguido en todo o en parte. Lo que, en realidad, no se acaba de entender es el porqué el legislador regula expresamente este supuesto, ya que siendo automática la compensación y habiendo establecido los requisitos necesarios de reciprocidad y derecho propio para que opere holgaba decir que el codeudor solidario no puede oponer el derecho de crédito de otro codeudor. En esta materia hay que distinguir entre una compensación ya operada por la simple fuerza de la ley, una compensación automática, y la situación objetiva de compensabilidad. Si para el legislador francés la compensación tiene lugar cuando se dan los requisitos exigidos, la norma del artículo 1.294.3.^o carece de sentido, salvo que, en realidad, no se esté refiriendo a la excepción de compensación, sino a la excepción de extinción de la obligación por una compensación ya efectuada, cosa que dudamos. El precepto citado al vetar la compensación del deudor solidario utilizando el contracrédito de su codeudor está equiparando la compensación a las excepciones puramente personales del artículo 1.208.2.^o del Code que únicamente son oponibles por el deudor en cuya persona se dan, sin que puedan los demás servirse de ella en ninguna medida. Pero si es así, ¿cómo cuadra con el principio de automatización de la compensación?

La incoherencia intrínseca en la regulación de la compensación en la solidaridad pasiva pudo ser debida a las discusiones doctrinales anteriores a la promulgación del Código Civil francés. Para algunos se trata de una norma excepcional que deroga el principio automático de la compensación (34), en cuanto que para que el codeudor no titular del crédito se sirviese de él para compensar, en un sistema como el francés, es necesario que exista una norma que expresamente lo prohíba, ya que la *ratio legis* de la compensación es precisamente la contraria. Otros autores, por el contrario, configuran la compensación como una excepción de naturaleza común en la medida de la concurrencia de la deuda del acreedor con la porción de deuda solidaria de la que responde el codeudor titular del contracrédito, y como excepción puramente personal por el resto (35).

En los sistemas de corte germánico (parágrafo 422 BGB) se rechaza la posibilidad de que el deudor solidario utilice el crédito de otro codeudor para compensar, pero se admite que si el titular del contracrédito lo opone en compensación al acreedor común, esta compensación ya operada favorezca a

(34) Vid. LAURENT, *Principes de Droit civil*, XVII, Bruselas, 1878, pág. 340.

(35) Vid. TOULLIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, VI, París, 1830, pág. 759 y MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, IV, París, 1873, pág. 503.

todos los demás deudores obligados solidariamente. Esta solución que no aparece expresamente contemplada en el B.G.B. se toma del texto del primer Proyecto alemán y es coherente con el sistema de declaración de la compensación que este ordenamiento ha adoptado. Como razonadamente explica CAFFARENA, para que los codeudores solidarios pudieran servirse de una compensación no producida, utilizando el crédito de uno de los codeudores solidarios, debería existir en este ordenamiento una norma que los legitimara para llevar a cabo esta declaración de compensación (36).

Como se puede observar, la regulación de la compensación en la solidaridad pasiva es distinta en ambos tipos de ordenamientos. Si para el francés, con su principio de automaticidad, sería perfectamente posible que el codeudor solidario compensara, introduce una norma de excepción que lo prohíbe de manera expresa. En el alemán, por el contrario, con su principio de declaración de la compensación, no necesita introducir regla expresa alguna, puesto que de las propias normas que informan esta institución, se deduce que no es posible que el codeudor solidario compense con un crédito del que no es titular (si quisiera hacerlo debería formularse una regla que lo permitiera). Hasta aquí, dos ordenamientos de principios distintos y que, sin embargo, niegan la posibilidad de que el deudor solidario compense usando el contra-credito de otro de los codeudores.

Pero todavía existe un tercer tipo de ordenamiento, representado esencialmente por el Código Civil italiano de 1942 que, a pesar de proclamar en su artículo 1.242 el efecto automático de la compensación (y, sin embargo, prohibir que el juez la declare de oficio), permite al deudor solidario oponer en compensación el crédito del codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de la que este último responde (art. 1.302). Se configura la compensación como una excepción personal en cuanto es oponible por el deudor titular del contracrédito sin límite alguno y por los demás codeudores por la parte de la deuda solidaria de que aquél fuere responsable. Para algunos autores esta norma es un reflejo obvio del artículo 1.298 que sanciona la división de la obligación en las relaciones internas entre los codeudores. Desde el mismo momento —dicen— en que cada uno de los deudores solidarios está obligado a pagar el todo de la deuda, salvo la acción posterior de regreso y *pro parte* contra los demás, se explica la razón por la que puede valerse del crédito que el deudor solidario podría oponer al acreedor común, oponiéndoselo él mismo por la parte de la que el deudor titular del crédito responde (37). Otros ven en esta solución el intento de evitar un inútil devenir de acciones, de tal manera que se ha procurado evitar el obligar a uno de los codeudores a pagar

(36) Vid. *La solidarietà de deudores*, op. cit., pág. 204.

(37) Vid. en este sentido, NATOLI, «In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile», en *Foro Italiano*, 1947, IV, pág. 64.

el total de la deuda al acreedor, para que después se valga de la acción de regreso contra el otro codeudor, que podría haber compensado, y obtener por una vía mucho más compleja el mismo resultado. Legitimando al codeudor a compensar la parte de la que responde el codeudor titular del crédito se consigue una notable simplificación en estas relaciones y también una equitativa distribución del riesgo de la insolvencia del acreedor (38).

A mi juicio, sin embargo, una justificación basada únicamente en la simplificación de las operaciones no es suficiente para permitir la intromisión y el otorgamiento de una facultad de disposición sobre un patrimonio ajeno. Si se piensa precisamente en los principios que inspiran la solidaridad, en su relación externa, es decir frente al acreedor, en la que cada deudor lo es por el entero de la deuda y éste es el riesgo que se asume cuando existe un acuerdo de solidaridad, no se encuentra un fundamento lo suficientemente sólido para permitir que los deudores solidarios intervengan en relaciones patrimoniales que no les son propias. Por otro lado, hay que tener en cuenta que aceptar la compensación *legal* (subrayo, porque en este trabajo se estudia aquella compensación que opera de forma forzosa, sin convención de las partes implicadas) con dinero ajeno como medio de pago produce una ruptura del principio de la autonomía de la voluntad. Además, significa además, hacer de los modos de extinción de las obligaciones (o mejor, subrogados del pago), que son formas *especiales* de pago, puesto que sustituyen la exacta y puntual ejecución de la prestación proyectada, formas generales de cumplimiento, repito sin necesidad de acuerdo *inter partes*. Pero todavía hay que apreciar una tercera cuestión, la relativa a los efectos que se producirían de admitir la posibilidad de compensar de la manera en la que lo hacen los italianos (y nuestro Código Civil, como se verá más adelante). Si el deudor solidario utiliza el crédito perteneciente a su codeudor y compensa legalmente por la parte en la que aquél es responsable, está convirtiendo a éste último en demandante en vía de regreso, lo que, choca con la equidad y el principio distributivo que alegan los italianos, además de no simplificar en absoluto las operaciones de pago.

CAFFARENA, sin embargo, frente a la tesis expuesta por PUIG FERRIOL (39) defiende con un ejemplo de cálculo la simplicidad de pagos a la que da lugar la admisión de este supuesto de compensación: «*Supongamos que A es acreedor de 90 de D1, D2 y D3, deudores solidarios que participan en la deuda por partes iguales (30 cada uno), y que D1 es, a su vez, acreedor también de 90 de A, cumpliéndose todos los requisitos para que la compensación se verifique. Vamos a suponer que A reclama a D2 el crédito y veamos cuántos*

(38) Vid SCHLESINGER, voz «Compensazione (Diritto civile)», en *Novissimo Digesto italiano*, vol. III, pág. 724

(39) Vid *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, en Libro homenaje a Roca Sastre, vol. II, Madrid, 1976, págs. 460 y ss

pagos (más bien, desplazamientos) se realizan teniendo en cuenta tres hipótesis distintas: 1.ª) que D2 no puede oponer la compensación que tan sólo puede servir a D1; 2.ª) que D2 puede oponer la compensación de D1, tan solo por la parte de la deuda en que éste responde; 3.ª) Que D2 puede oponer la compensación sin límite alguno.

En el primer caso (sin compensación), D2 pagará a A los 90 ; D1 y D2 pagarán de regreso a D2 30 cada uno y A pagará a D1 90. Se han realizado 4 pagos.

En el segundo caso (compensación por la parte), D2 pagará a A 60 y compensará 30; D3 pagará en regreso a D2 30 y A pagará a D1 60. Se han realizado 3 pagos, porque D1 se evita pagar en regreso a D2 los 30 de que responde en la deuda solidaria.

En el tercer supuesto (compensación por el total), D2 opondrá la compensación operada a A, D2 pagará en regreso a D1 30; D3 pagará en regreso a D1 30. Tan sólo se han producido 2 pagos» (40).

Ahora bien, a pesar de ser impecable la ilustración de CAFFARENA, a mi juicio, sólo tiene en cuenta una parte del problema, la simplificación de las operaciones de desplazamientos patrimoniales, que quizá en estos casos especiales (dado que derogan los requisitos generales de la compensación del artículo 1.195) es la que menos base tiene para justificar que un deudor pague con dinero ajeno y que se entrometa en los negocios ajenos. Pensemos ahora en la compensación no como «modo abreviado de pago», sino como medio de defensa ante reclamaciones extemporáneas o como modo de autotutela del deudor demandado. Hay que tener presente también el plano jurídico en el que se inserta la compensación como excepción a una reclamación entablada por el acreedor. Veamos por lo tanto cuántas reclamaciones, acciones y excepciones, tendrían lugar en el ejemplo puesto por CAFFARENA:

1.ª) Si se le permite a D2 compensar en la porción que corresponde a D1 en la deuda solidaria (30), resultará: que D2 paga (60), que D3 paga (en regreso 30) y que obliga a D1 a reclamar el resto (60) a A. Lo que hacen 4 reclamaciones seguras.

2.ª) Si se le permite compensar el total del contracrédito de D1 (90), resultará: que D2 no pagará nada a A, pero obligará a demandar en vía de regreso a D1 por 30 a D2 y a D3. Lo que hacen 3 reclamaciones seguras.

3.ª) Si no se le permite compensar de modo alguno, resultará que D2 pagará 90 y reclamará en vía de regreso a D1 (30) y a D3 (30), Lo que hacen 3 reclamaciones seguras, puesto que en este caso es indiferente la reclamación posterior de D1 frente a A, porque nada tiene que ver con la deuda solidaria, ni con las relaciones entre los codeudores, al tratarse de negocios

(40) Vid. *La solidaridad de deudores*, op cit , nota n.º 56, pág. 222

ajenos a su relación jurídica, pero si se quiere tener en cuenta, serán 4 reclamaciones seguras.

Llegados a este punto conviene preguntarse si efectivamente admitir la posibilidad de configurar la compensación como una excepción personal (no puramente personal) simplifica objetivamente el pago. Parece que el medio más simplificado, si es que de simplificación y brevedad se puede hablar en este caso, es el de permitir que el deudor solidario compense el total de contracrédito del codeudor, o lo que es lo mismo, permitir pagar su deuda con dinero totalmente ajeno.

Hasta aquí, se ha esbozado el planteamiento de los problemas que este supuesto origina en cualquiera de las soluciones propuestas por los tres tipos de ordenamiento analizados: francés, alemán e italiano. Veamos ahora qué sucede en el Código Civil español.

Dos son las normas del Código Civil que necesariamente se han de estudiar, el artículo 1.143 y el artículo 1.148, que se encuentran entre aquellas que regulan la solidaridad, puesto que, ya se ha dicho anteriormente, nada se dice en sede de compensación sobre este supuesto (aunque, hay que recordar que el Proyecto de 1851 prohibía la compensación). El primero de ellos establece que «la novación, *compensación*, confusión o remisión de la deuda, *hechas* por cualquiera de los acreedores solidarios o *con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación*, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146» y el segundo que «*El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda que éstos fueren responsables*».

Pues bien, tal y como pone de relieve CAFFARENA, existen dos líneas de pensamiento acerca de la relación existente entre ambos preceptos. Una parte de la doctrina se limita a transcribir e interpretar literalmente lo dispuesto en el artículo 1.143, sin entrar en mayores complejidades. Otro sector considera que el artículo 1.148 es un límite a la aplicación del artículo 1.143, en el sentido que la compensación tiene un efecto extintivo, al igual que el pago, entre el acreedor y el deudor solidario titular del contracrédito. Respecto de los demás deudores la compensación opera como una excepción personal oponible, tan sólo, en la parte de la deuda de que aquél fuere responsable (41).

Existe todavía una tercera línea de pensamiento, a la que CAFFARENA no puede referirse como ya existente porque es la que propone en su trabajo, es

(41) CAFFARENA reprocha a este sector doctrinal que no distinguan según que el acreedor se haya dirigido a un deudor solidario no titular del contracrédito antes o después de haberlo hecho frente al deudor compensante, Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 195.

su tesis. Según el autor, el artículo 1.148 si no fuera por su segunda proposición sería un precepto inútil. Decir que el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que sean personales es no decir nada o algo ya sabido por todos. Que el deudor solidario puede oponer las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación es evidente. Lo que ya no es tan evidente, lo que resulta difícil saber con exactitud, son los hechos que dan lugar a este tipo de excepciones, y esto es precisamente —a juicio de CAFFARENA— lo que nos dice el artículo 1.148. De este argumento extrae la idea de que *«el artículo 1.148 por sí solo no puede limitar en ningún modo, el artículo 1.143 Sino que es este precepto unido a los artículos que el Código dedica a la compensación los que deben determinar si este modo de extinción de las obligaciones da lugar a una excepción que se deriva de la naturaleza de la obligación o a una excepción personal. Seguramente —explica—, los autores que comprenden la compensación entre las excepciones personales del 1.148 y que entienden limitado el artículo 1.143 por este precepto parten de la idea, que en el Código está perfectamente clara en el artículo 1.195, que la compensación sólo puede darse entre dos personas que sean por derecho propio recíprocamente acreedores y deudores la una de la otra. Esto no puede ponerse en duda».*

Hasta aquí compartimos absolutamente la tesis de CAFFARENA. A continuación dice : *«Está claro que ningún deudor, que no sea el titular del contracrédito, puede ser una parte compensante. Sin embargo, ello no impide para que en una serie de casos excepcionales señalados por la ley, haya una serie de personas ajenas en principio al fenómeno de la compensación a los que ésta afecta de manera muy directa. Un ejemplo de esto lo tenemos en el artículo 1.197, que faculta al fiador para oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal (...) Ahora bien, ello no quiere decir que el fiador sea parte compensante, no, partes compensantes son el acreedor y el deudor principal, titulares pasivo y activo en otra obligación. El fiador lo único que hace es alegar la extinción de la fianza, total o parcial, producida como consecuencia de la obligación principal. Y otro ejemplo lo encontramos en las obligaciones solidarias donde los deudores solidarios se aprovechan todos de la extinción operada entre el acreedor y el deudor solidario titular del contracrédito. Esto nos parece evidente. Lo que nos plantea dudas es el momento de operarse la compensación, pero una vez que ésta se haya operado no hay duda de que la obligación solidaria se habrá extinguido y que nos encontramos ante un hecho que da lugar a una excepción que deriva de la naturaleza de la obligación al igual que si se hubiese pagado, siendo oponible por todos el todo».* Aquí es donde se ha de discrepar de CAFFARENA en cuanto que si se lleva a cabo una comparación con el régimen establecido para la fianza, habrá que pensar que si el legislador no

permite al deudor principal oponer lo que el acreedor debe al fiador, tampoco debe dejar al deudor solidario utilizar el crédito del otro codeudor para compensar su obligación, que es principal y no subsidiaria y accesorio (de garantía) como sucede en el caso del fiador. Pero es que además, no se puede estimar que de lo que el artículo 1.197 habla, conforme a lo que se expuso en el epígrafe anterior, sea de una compensación ya operada, como dice CAFFARENA, porque en ese caso nada tendría que tratar la compensación, sino que se trataría de una excepción real de extinción de la obligación. Si se quiere asemejar la compensación a alguna figura quizá pueda hacerse a las garantías independientes y a los avales a primer requerimiento, en los que, como se ha visto, no se admite la excepción de compensación. No se entiende porqué motivo el civilista critica a los autores que confunden en sede de solidaridad el modo de operarse la compensación con los efectos de la compensación ya operada y él afirma que la facultad que el 1.197 otorga al fiador es la de alegar la extinción de la fianza por compensación con el crédito que el deudor principal tenía con el acreedor.

Pero la tesis de CAFFARENA ha de destacarse por diferenciar los distintos supuestos a los que puede aplicarse el régimen de la compensación en la solidaridad de deudores. Así, si el acreedor reclama en primer lugar al deudor solidario titular del contracrédito, puede ocurrir que éste le oponga la compensación o que no la excepcione. En el primer caso, se entiende que la obligación solidaria se ha extinguido, en la medida que sea, para todos los codeudores y que el acreedor común no podrá reclamar a ninguno de ellos, dándose paso a las relaciones internas: cada deudor deberá pagar al compensante su respectiva cuota de la deuda (42). Si el deudor titular del crédito compensable no lo opone en compensación, hay que distinguir si paga o no paga. Si lo hace, no se plantean mayores problemas que los que planteaba el supuesto anterior, pero si no lo hace, no parece que deba afectar a los demás deudores, que no pueden verse perjudicados sin su consentimiento (43). Sin embargo, a mi juicio, la solución no está tan clara como parece extraerse de las palabras de CAFFARENA. Esta pasa por decidir la naturaleza de la excepción de compensación. Depende de cómo se caracterice la compensación: puramente personal: en cuyo caso el deudor solidario a quien se le reclame posteriormente el pago, en ningún caso podrá alegarla; o personal: en cuyo caso parece que la renuncia hecha por el deudor titular del crédito a compensar

(42) Vid *La solidaridad de deudores*, op cit., pág. 208.

(43) *Ibidem*, págs 209 y 210: «Mayores son los problemas si la conducta pasiva del deudor solidario no va acompañada del cumplimiento de la obligación. En este supuesto parece que lo correcto es pensar que esta reclamación ha seguido un cauce judicial, habiendo demandado el acreedor a este deudor solidario, éste no se ha servido de la compensación habida y se ha llegado a una sentencia condenatoria *quid iuris?* Debe aplicarse las reglas del efecto de cosa juzgada.

debe afectar también a los demás. En este punto, hay que dejar apuntada una idea: si bien es cierto que el código admite algunos supuestos especiales la compensación por los terceros con créditos propios, y de los que no lo son con créditos ajenos, derogando de este modo las reglas generales de la compensación, estas excepciones no deben llevarse más allá de las que el propio ordenamiento admite. Y si éste configura, como parece que lo hace, la compensación como una excepción de carácter personal, no se puede variar esta naturaleza dependiendo del supuesto del que se trate. El que el artículo 1.148 permita a un deudor solidario utilizar en cierta medida las excepciones personales de otro codeudor, no significa que en este caso concreto esté variando la naturaleza de las excepciones.

Para finalizar su tesis CAFFARENA trata el caso de que el acreedor común reclame a cualquiera de los deudores solidarios no titulares del derecho de crédito. Según el autor, en nuestro Derecho, de acuerdo con el modo de operar la compensación, automáticamente, y de acuerdo con la eficacia extintiva que a ésta se le concede en el artículo 1.143 extiende, como lo hace también con los demás subrogados del pago, a toda obligación solidaria, parece que hay que concluir que el deudor demandado no titular del contracrédito podrá oponer la compensación habida sin límite alguno, del mismo modo que podría hacerlo si la deuda hubiese sido ya pagada. Pero este principio viene limitado por la extensión de cosa juzgada, que impide que, habiendo habido ya juicio entre el acreedor y uno de los deudores solidarios en el que no se opuso esta excepción, otro deudor pueda oponerla con posterioridad.

Hasta aquí, las interpretaciones que nuestra doctrina ofrece de los artículos 1.143 y 1.148 del Código Civil. A mi juicio, y aunque en materia de compensación estamos ya habituados, ninguna de ellas es plenamente correcta y no satisface enteramente los interrogantes que el tema plantea. Cabe todavía otra interpretación de estos preceptos y es la siguiente:

En primer lugar, hay que recordar los antecedentes históricos inmediatos en los que, a imagen y semejanza del ordenamiento francés, se prohibía la compensación por el deudor solidario con un contracrédito del que era titular otro de los codeudores. El artículo 1.143 fué tomado del artículo 707 del Código Civil argentino (44) en el que la norma viene redactada de forma casi igual a la nuestra y que los autores argentinos conectan con el artículo 830 de su ordena-

(44) «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación» y el artículo 830: «El deudor solidario puede invocar la compensación del crédito del acreedor con el crédito de él, o de otro de los codeudores solidarios». Vid. en cuanto a los antecedentes PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Anteproyecto del Código Civil (1882-1888)*, artículo 1.160, Madrid, 1965, pág. 362

miento en el que parece que, optando por adoptar la tesis de MARCADÉ, acepta la compensación hecha por cualquiera de los deudores solidarios, alejándose así de la prohibición establecido en el resto de los ordenamientos.

En segundo lugar, estas teorías acerca del artículo 1.143 parten de una lectura errónea del precepto (45). Este, hay que fijarse, dice: «...*compensación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación*», pero no dice: «...*compensación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios o por cualquiera de los deudores solidarios, extingue la obligación*» y lo que a primera vista puede parecer un trabalenguas no lo es. Si se observa detenidamente la norma, parece que los actos de la novación, compensación, remisión o confusión, hacen referencia a actos realizados por el acreedor y no por el deudor. Habla, así, de que el acreedor compense con cualquiera de los deudores solidarios, pero no de que cualquier deudor solidario compense con el acreedor común. De este modo se está facultando al acreedor común (y al acreedor solidario) a operar la compensación, pero no a los deudores solidarios. Y esta interpretación tiene sentido si se lee el precepto en su conjunto. El segundo párrafo establece que «*el acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás, de la parte que le corresponde en la obligación*». Parece, por consiguiente, que se trata de una norma pensada para la solidaridad activa, y no para la pasiva. ¿Por qué permitirle sólo al acreedor compensar?, porque la compensación del acreedor cumple todos los requisitos del artículo 1.195, además de no afectar a los intereses de ninguno de los deudores solidarios, ni de los acreedores solidarios, puesto que prevé su responsabilidad frente a los demás. Esto quiere decir, que si el acreedor solidario compensa su deuda con el deudor común, responde por su parte frente a los demás acreedores, como si le hubiera sido pagado el crédito común. Y también ha de entenderse que si compensan acreedor común y deudor solidario titular del contracrédito (cumpliéndose, por consiguiente los requisitos del artículo 1.195) se habrá extinguido la obligación solidaria en su totalidad, salvo siempre el derecho de regreso del deudor compensante frente a los demás codeudores, pero esto no por la regla del artículo 1.143, sino por la general de la compensación (art. 1.195). En todo caso, además hay que observar que se trata de un acto de compensación ya realizado (el precepto dice expresamente «*compensación hecha*»), que, como tal, aprovecha a todos los codeudores. En mi opinión, que será segu-

(45) Vid., por todos, CAFFARENA cuando dice: «*en la parte que a nosotros interesa el precepto dice que la compensación hecha por cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación*», partiendo ya de la idea de que la norma se está refiriendo a la compensación realizada por los deudores solidarios, *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 194

ramente aislada, de esta norma no parece que pueda extraerse una regla atinente a la facultad de compensar de los deudores solidarios no titulares del contracrédito. El hecho de que los argentinos gocen de una norma expresamente redactada en el ámbito de la compensación (art. 830 del Código Civil argentino) que lo permita, no debe decirnos todo sobre la regulación de este supuesto en el ordenamiento civil español, puesto que si bien es cierto que el 1.143 fue tomado del 707 de aquél, también lo es que no se acogió expresamente el 830. A pesar de que el Código Civil argentino adoptara el criterio de la permisibilidad de la compensación por los deudores solidarios con un contracrédito de otro de los codeudores, alguno de sus juristas más reconocidos expresaron su desagrado por la adopción de esta norma. Así, BIBILONI se muestra absolutamente contrario al precepto, porque *«cuando el acreedor persigue al deudor y le reclama el pago, debe éste hacerlo con lo que le pertenece. No puede tomar el dinero, los ganados y los inmuebles ajenos. De ellos no dispone y no conviene que disponga, porque sería insoportable la situación jurídica de los obligados con esta intromisión de un tercero en la administración de sus bienes. Admitir compensación con lo ajeno es, exactamente, como pagar con el bolsillo de otros»* (46).

En tercer lugar, se puede pensar que el artículo 1.148, sobre las excepciones oponibles por el deudor solidario, no limita ni desarrolla la aplicación del artículo 1.143. Puede pensarse que está tratando de supuestos distintos y que nada o poco tiene que ver con lo regulado anteriormente. Si el 1.143 se refiere a los actos del acreedor solidario, el 1.148 se refiere a las defensas del deudor solidario. También, hay que admitir la posibilidad de que si ya ha tratado la compensación, y los demás modos de extinción de las obligaciones en el primero de los preceptos aludidos (art. 1.143), la regla del segundo (art. 1.148) puede estar haciendo referencia a excepciones de otro orden.

Por consiguiente, la interpretación propuesta es la de que el artículo 1.143 está regulando los actos de extinción de la obligación realizados por el acreedor solidario y su relación con los demás acreedores y con los deudores solidarios. Que se trata de actos que ya han tenido lugar, por consiguiente, en lo que a la compensación importa, se podrá hablar de una excepción real de extinción de la obligación, oponible por cualquiera de ellos (bien cuando cualquier otro de los acreedores solidarios reclame el pago, bien cuando el mismo acreedor compensante exija el cumplimiento a otro de los deudores solidarios).

Si hasta aquí, la tesis es correcta, habría que comenzar de nuevo, y preguntarse acerca de la mejor interpretación del artículo 1.148, que es el que regula las excepciones oponibles por el deudor solidario frente a la reclamación del acreedor común.

(46) Vid CAFFARENA, *La solidaridad de deudores*, op. cit., nota 73, pág. 224.

En este punto, el problema de aceptar o no la posibilidad de que un deudor solidario utilice un crédito perteneciente a otro de los coobligados para compensar la deuda, o parte de ella, frente al acreedor común, va más allá de una mera interpretación de esta norma. Son dos los puntos que hay que abordar como *pruus* a una posible respuesta: el primero es averiguar si la compensación es de naturaleza real o personal y el segundo es decidir si opera automáticamente o es necesaria una declaración a tal efecto.

CAFFARENA configura la compensación, en lo que a los deudores solidarios se refiere, como una excepción común, derivada de la misma naturaleza de la obligación. Para llegar a esta solución parte de la siguiente premisa: El artículo 1.143 resalta la unidad de la obligación solidaria en el momento de su extinción. *«El precepto nos está diciendo que cada deudor solidario es deudor principal por la totalidad de la deuda, y como tal sólo hay una obligación, una vez ésta se extinga en relación a uno se habrá extinguido para todos.*

Si la compensación —continúa explicando— se produce sin necesidad de declaración por las partes compensantes, de manera automática, si esta compensación se extiende a la totalidad de la deuda solidaria, sin ninguna consideración a la real participación de los deudores en la obligación solidaria, parece lógico concluir que la compensación da lugar a una excepción derivada de la naturaleza de la obligación. Ello no quiere decir que todos los deudores solidarios sean partes compensantes, sólo lo será el titular del contracrédito, los demás lo único que hacen es servirse de un hecho que habiendo producido la extinción de la obligación solidaria privó de su fundamento a la reclamación del deudor. Por ello, por no ser partes compensantes, deberán abonar al deudor titular del crédito, las partes de la deuda que a cada uno le correspondía. El fundamento de ello es el mismo que hace nacer la acción de regreso en el deudor solidario que pagó la totalidad de la deuda evitar enriquecimientos injustificados. Desde este prisma igual será que el acreedor se dirija al deudor solidario titular del contracrédito que reclame a otro deudor, uno y otro podrán esgrimir que la obligación se extinguió por la compensación y en uno y otro caso nacerá para el deudor titular las acciones de regreso necesarias. Esta es en nuestra opinión la mejor interpretación que cabe hacer del problema en nuestro Código Civil» (47).

Inevitablemente se ha de coincidir con la conclusión de CAFFARENA y con ello se defiende la compensación *ipso iure* o mediante declaración. ¿Por qué?, porque no está resolviendo el problema que se ha planteado acerca de la posibilidad de que el deudor solidario compense mediante la utilización del contracrédito de su codeudor. Soluciona el supuesto (ya regulado en el artículo 1.143) de una compensación ya realizada. En este sentido, no cabe por

(47) Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 211.

menos que repetir lo que aquí se ha dicho. Si la compensación ya se ha operado, bien por la simple concurrencia de los créditos, bien porque el deudor titular del contracrédito ha realizado la declaración a tal efecto, se ha extinguido la obligación solidaria, se ha pagado mediante compensación y, consiguientemente, los demás deudores solidarios gozan frente al acreedor común, que pretenda posteriormente otro pago, la excepción real, común o derivada de la misma obligación, de extinción de la obligación, pero no de compensación. Pero ello no quiere decir ni que la compensación tenga el carácter de excepción real, ni que la compensación opere automáticamente, ni que el deudor no titular pueda oponer en compensación el contracrédito de otro de los deudores solidarios.

Los antecedentes del artículo 1.148 demuestran que al deudor solidario sólo se le permite oponer las excepciones comunes y las personales suyas, pero en ningún caso las personales de los demás deudores (salvo, ya se ha visto, el nuevo Código Civil italiano de 1942, el argentino y el español). GARCÍA GOYENA, ya se ha dicho, aclara que en lo que a la excepción de compensación existían dudas acerca de su naturaleza, pero las incluye dentro de las personales. Posteriormente, la doctrina ha matizado el concepto de excepciones en este caso, abriéndose la clasificación a tres tipos distintos: las estrictamente personales, simplemente personales y comunes. Las primeras derivan de hechos concernientes a un sólo deudor y sólo a éste le pertenecen, no pudiendo los codeudores utilizarlas frente al acreedor de ninguna manera. Las segundas pertenecen al deudor en cuya persona se da el hecho del cual derivan, pero se permite a los codeudores servirse de ellas por la parte o cuota en que aquél participa en la deuda. Las terceras son «aquellas que se derivan de la propia naturaleza de la obligación» en el lenguaje del Código, pertenecen a todos los deudores y afectan a la totalidad de la deuda.

Parece claro que la redacción del artículo 1.148 lleva a afirmar que se han aceptado estos tres tipos de excepciones, aunque la doctrina mayoritaria ve en él únicamente excepciones comunes y personales, de las que de las primeras se pueden servir ilimitadamente todos los deudores y de las segundas, pueden ser utilizadas por su titular sin límite alguno y los codeudores en la medida en que aquél tomara parte en la deuda (48). Para PUIG FERRIOL, sin embargo, si el legislador introdujo las excepciones simplemente personales junto a las comunes y las estrictamente personales fué para admitir la posibilidad de que la compensación pudiese ser alegada por un codeudor no titular del contracrédito, acabando así con la incongruencia del Proyecto del 51 que no lo permitía pero reconocía el efecto automático de la compensación (49).

(48) Vid. CAFFARENA, *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 44.

(49) Vid. PUIG FERRIOL, *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*. Libro homenaje a Roca-Sastre, vol. II. Madrid, 1976, pág. 458.

Otra tesis importante de destacar en lo que a nuestra cuestión se refiere es la de DELGADO ECHEVARRÍA, para quien hay que acercar la figura de la solidaridad a la de la mutua fianza. En este sentido, como explica CAFFARENA apoyando parcialmente esta postura, la solidaridad pasiva es una institución que cumple, en la relación acreedor-deudores, una función de garantía al igual que la fianza. Haciéndose eco de esta idea, el legislador ha establecido la facultad del deudor solidario de oponer las excepciones personales de sus coobligados con el límite de la cuota en que éstos toman parte de la deuda. Para el civilista es evidente que late la idea de la solidaridad pasiva como mutua fianza. Todos los deudores solidarios son fiadores en aquella parte de la deuda en que no son verdaderos deudores según la relación interna. Mientras otra cosa no se pruebe y a los efectos de este artículo, habrá de entenderse que todos los deudores solidarios participan en la obligación en la misma medida, debiéndose reputar que la deuda está dividida en tantas partes iguales cuantos deudores haya. El que otra cosa alegue, sea el deudor demandado, sea el acreedor demandante, habrá de probarlo (50). Se pone de manifiesto la falta de coherencia del precepto en sí, puesto que si se pretende la igualdad de todos los deudores solidarios en la responsabilidad de la deuda, se tendría que limitar también el uso de las excepciones personales sólo en la medida en que el titular respondiese en la deuda solidaria y no en su totalidad o bien permitir que utilizasen las excepciones personales de los coobligados en toda su medida.

Para CAFFARENA, sin embargo, es necesario matizar la función que cumple la solidaridad de deudores, puesto que no es simplemente de garantía: *«Esta institución encuentra su sitio en los códigos respondiendo a una situación distinta a la de la mera fianza. Fundamentalmente hay en ella también, además de garantía, un interés común por parte de todos los deudores implicados. Esta idea última de la comunidad de interés inspira todo el aspecto interno de la relación solidaria, e influye de algún modo en el régimen en su aspecto externo, primordialmente estructurado en torno a la idea de garantía, reforzando ésta a favor del acreedor y en perjuicio de los deudores.»*

De otro lado, nos encontramos ante un precepto, el 1.148 que, entendido de forma literal, estrictamente nos lleva, en primer lugar, a un relajamiento de la garantía que la solidaridad pasiva intenta cubrir, acercándola a la regulación de la fianza, y en segundo lugar, nos conduce a una situación privilegiada del deudor solidario respecto a la del fiador. Lo primero parece inevitable. Lo segundo es inadmisible. No hay ninguna razón que apoye este tratamiento privilegiado del deudor solidario. Y admitirlo supondría reconocer que nuestro legislador dicta las leyes por mero capricho.

(50) Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 50.

Así —concluye CAFFARENA— *es necesario interpretar el artículo 1.148 teniendo muy presentes tanto el artículo 1.143, que de manera clara excluye la compensación de las excepciones personales, contra lo que piensa PUIG FERRIOL, como los arts. 1.302, 1824 y 1.853, que nos obligan a distinguir entre las excepciones personales y las puramente personales. Además, esta interpretación del artículo 1.148 tiene la ventaja, frente a la tesis mayoritaria, de encontrarse menos alejada de la tradición histórica y de las soluciones del Derecho comparado, donde el deudor solidario tiene aún más recortadas que el fiador las posibilidades para oponer excepciones concernientes a otro deudor. En verdad, no se explica el giro dado por nuestro legislador en este tema. Nos parece, por tanto, absurdo tener en cuenta estos datos como apoyo de la opinión aquí mantenida» (51).*

No parece razonable la solución de otorgarle a la excepción de compensación una naturaleza común. ¿Cómo es posible calificar como común la titularidad de un crédito ajeno?, hacerlo es tanto como permitir que se paguen las deudas con dinero de otro. A mi juicio, establecer cierta analogía entre la solidaridad pasiva y la fianza puede ser de alguna utilidad. Que la solidaridad cumple una función de garantía para el acreedor nadie lo duda. Sin embargo, a la hora de llevar a cabo el paralelismo no se puede equiparar a los deudores solidarios con los fiadores. Son todos ellos deudores principales frente al acreedor común (en la relación externa). En este sentido, los deudores solidarios, como deudores principales, deberán acatar la regla que prohíbe al deudor principal cuando ha sido demandado por el acreedor, compensar con los contracréditos de los fiadores (en este caso, deudores solidarios) y no aplicarles la norma que permite a los fiadores oponer en compensación lo que el acreedor debe al deudor principal.

Todos los ordenamientos de nuestro entorno otorgan a la compensación, como no puede ser de otro modo, la naturaleza de excepción personal. No creemos que la compensación que se puede llevar a cabo en virtud de la titularidad de un derecho de crédito pueda tener otro tipo de naturaleza. Cosa distinta es que cada ordenamiento haya optado o no por permitir a los demás coobligados utilizar en parte este crédito ajeno para compensarlo. Se trata de una opción de política legislativa, que poco o nada tiene que ver con la naturaleza jurídica de la compensación como excepción. En este trabajo se ha defendido que la compensación es una forma especial de extinción de la obligación. Ha de entenderse por tal cualquier modo de extinción que no sea el cumplimiento, puesto que sólo éste produce tanto la satisfacción del acreedor como la liberación del deudor. Pues bien, si la compensación está prevista para algunos casos en los que debiéndose dos personas recíproca y principalmente, por derecho propio sendas deudas, es

(51) Vid *La solidaridad de deudores*, op. cit., págs 52 y 53

útil que las compensen para evitar múltiples pagos, un circular de acciones y fraudes entre uno y otro, puesto que quien paga primero puede verse expuesto a la insolvencia del otro. Son pocas las excepciones a la regla general de compensación legal que hace el Código Civil (entre otras cosas porque se trata de una compensación forzosa u obligatoria para quien la padece) y, en el caso de la solidaridad, no se encuentra, en rigor, norma alguna que haya previsto la facultad de compensación por titular distinto al del contracrédito compensable. Los precedentes nos demuestran que esta opción ha sido descartada insistentemente por los códigos napoleónicos, que prefieren no abreviar los pagos a que el deudor solidario se vea sometido a intromisiones en sus negocios y en su patrimonio por parte de sus codeudores. Este motivo debería, a mi juicio, ser suficiente para no aceptar que el deudor solidario compense con crédito ajeno. Ya se ha visto que ni se abrevian pagos, ni se simplifican las reclamaciones desde el punto de vista procesal. Si a ello se le añade que se da carta libre para utilizar derechos de crédito ajenos, que se sitúa al deudor titular del contracrédito en la situación forzosa de reclamar en vía de regreso a los demás codeudores, a pesar de no haber sido demandado inicialmente, que el acreedor puede verse también constreñido a recibir un pago parcial y que al deudor no se le debe reconocer el derecho de liberarse de un pago en perjuicio de aquel otro deudor que puede invocar la compensación (52), ¿qué virtud y para quién la tiene el aceptar esta compensación? A pesar de ello, hay que reconocer que ésta no ha sido la solución adoptada por nuestro legislador que parece que admite que el deudor solidario utilice el contracrédito del titular en la medida de la deuda en que éste último sea responsable. Lo que no se sabe a ciencia cierta es si lo ha hecho para dotar de coherencia al sistema automático de compensación (cosa que se duda no sólo por la sistemática y el tenor literal de artículo 1.148), y que sólo admite la compensación hecha por el acreedor del artículo 1.143, excluyendo la compensación, y demás modos de extinción contemplados en él, de las excepciones a que se refiere el artículo 1.143, o si, por el contrario, ha hecho una regla especial del principio general de la compensación automática, permitiendo que los deudores solidarios declaren y produzcan la compensación, no sólo con sus propios derechos de crédito, sino también con los de sus codeudores por la parte o porción a la que hace referencia.

Ya se ha visto como para los defensores de la tesis de la automaticidad de la compensación no debe tener sentido alguno la regla del artículo 1.294.3.^º del Código Civil francés, puesto que sería una regla inútil, la compensación se habría operado desde el momento mismo de la concurrencia de los créditos

(52) Vid en este sentido, VAZ SERRA, «Compensação», *Boletín Ministerio da Justiça*, pág. 45.

compensables y los efectos de esta compensación al menos aprovecharía al deudor titular del contracrédito frente al acreedor común. Se trataría de una excepción de extinción de la obligación (por compensación operada) y no de una compensación propiamente dicha. En el sistema de compensación automática, como se puede ver, todo es contradictorio y confuso. Quizá, se pueda pensar que como opera por sí sola, sin necesidad de intervención alguna por las partes de la relación obligatoria, cualquier tipo de compensación, bien sea la del fiador, bien la del deudor solidario, la del cedido, etc., son excepciones de este tipo, es decir, referentes a una extinción ya realizada y no por realizar. Los problemas y sinsentidos de esta tesis son de muchos órdenes, pero quizá los que más deben preocupar son aquellos que rompen los principios de la teoría general de las obligaciones, como el de la autonomía privada y la responsabilidad patrimonial, puesto que estamos ante una compensación nacida de la ley y no del contrato o del arbitrio judicial, ¿por qué obligar al deudor solidario a verse envuelto en una compensación que no desea?, ¿a ver compensado su derecho de crédito cuando ni siquiera le ha sido reclamada la deuda a él por el acreedor común?

La solución adoptada por los Códigos que exigen la declaración de compensación y le otorgan naturaleza de excepción personal es mucho más coherente. Negar al deudor solidario la compensación del crédito de su codeudor es congruente no sólo con sus sistema de compensación sino también con el fundamento de la misma, puesto que no es sólo una forma de pago abreviado (si es que la compensación legal cumple este papel, cosa que se duda), sino sobre todo y ante todo una garantía. Y si se miran despacio las cosas, ¿qué garantía se le ofrece a los sujetos compensantes si se permite legalmente que un tercero utilice un derecho de crédito ajeno para extinguir la obligación?, ¿por qué sacrificar el interés del deudor titular del contracrédito y del acreedor común que habrán ambos de soportar la compensación en pro de un deudor solidario?

A mi juicio, no se puede obviar la norma del artículo 1.148, que permite la compensación del deudor solidario con el contracrédito del codeudor limitadamente a la parte de la deuda en que éste último responde. Sin embargo, la opción tomada por el legislador parece altamente criticable, porque no vemos en ella fundamento suficiente para dejar a un lado todos los principios a los que hemos aludido anteriormente y permitir, legalmente, que un tercero, deudor solidario pero al fin y al cabo tercero, se entrometa en los negocios ajenos, fuerce al acreedor común a una compensación y, además, pague de este modo con dinero procedente de otros bolsillos que no son los suyos. Si a todo ello se le añade el problema a que da lugar la interpretación del artículo 1.252 sobre el efecto de cosa juzgada cuando existe pluralidad de sujetos en la relación obligatoria, se obtendrá sin duda un cierto rechazo a esta opción legislativa.

c) LA COMPENSACIÓN Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS

El artículo 1.198 del Código Civil establece que *«El deudor que hubiere consentido la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente*

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión».

Siguiendo la línea de análisis que hasta ahora se ha mantenido, se deben plantear dos tipos de situaciones distintas en lo que se refiere a la relación entre cesión del crédito y compensación. En primer lugar, la posibilidad de compensación, una vez llevada a cabo eficazmente la cesión, de la deuda cedida con una deuda del cesionario. En segundo término, la oposición por el deudor cedido al cesionario de la compensación que le correspondería contra el cedente. El primero de los supuestos planteados no aparece recogido en el Código Civil, el segundo sí.

La compensación llevada a cabo entre cesionario y deudor cedido, con sus respectivos contracréditos, una vez realizada de manera eficaz la cesión del crédito, no hace surgir mayores problemas. Se trata de una compensación normal, que sigue las reglas generales de los artículos 1.195 y siguientes del Código Civil. Se dan en ella los requisitos de reciprocidad, derecho propio y carácter principal de los sujetos en la relación obligatoria y, por consiguiente no se ha de dudar de la posibilidad de que opere la compensación. Por el contrario, es la segunda de las situaciones, regulada en el precepto antes citado, la que acarrea problemas en torno a su exégesis y sobre todo, para explicar las razones que hayan podido influir en el legislador para permitir al deudor cedido, rompiendo los principios generales de la compensación, en ciertas circunstancias y con ciertos requisitos, oponer frente al cesionario la compensación que hubiera podido efectuar frente al cedente.

PANTALEÓN PRIETO y ROJO AJURIA han tratado este problema detalladamente y, por ello, sus respectivos estudios son de obligada referencia (53). Pero

(53) PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 1 033 y ss.; ROJO AJURIA, *La compensación como garantía*, Madrid, 1992, págs. 83 y ss. Vid. también DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., págs. 544 y 545; LÓPEZ VILAS, «Comentario al artículo 1.198», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, op. cit., págs. 445 y ss.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 1.198», en *Comentario del Código Civil*, vol. II, op. cit., págs. 286 y ss.

antes de pasar a analizar las posturas de ambos autores sobre el particular, es necesario ofrecer un panorama general del supuesto al que se está haciendo referencia.

Con esta finalidad, cabe traer aquí la exposición del problema que de forma global hace VALPUESTA, puesto que pone de manifiesto el intento del legislador de conciliar todos los intereses que están en juego en el caso de la compensación cuando se ha producido una cesión del crédito. Conflictos de intereses que pueden surgir entre el cedente, el deudor cedido y el tercero cesionario. Estos pueden consistir, *«de una parte, en el interés del deudor cedido de compensar su crédito con lo que él le debía al cedente. de otra parte en el interés del que tiene el tercero cesionario de cobrar el crédito adquirido sin que se le pueda oponer la compensación por la deuda que tenga el cedente y, finalmente, en el que pueda tener éste último en la transmisión del derecho, que en algún caso puede utilizar para evitar, precisamente, la compensación de su crédito con lo que él le debe al deudor cedido, conducta que podría suponer un fraude al derecho de éste último. En la práctica se puede plantear este supuesto porque la transmisión de un derecho de crédito no requiere para su efectividad el consentimiento del deudor, ni siquiera su conocimiento (54). La mención que al mismo hace el artículo 1.527 CC tiene únicamente la finalidad de proteger al deudor que realiza la prestación sin conocimiento de la cesión, como una manifestación más de la protección que el ordenamiento jurídico depara al que actúa de buena fe, por lo que puede darse el caso de que un deudor no se pueda beneficiar de la compensación porque ha variado la persona del acreedor por la cesión del derecho de crédito.*

Para la resolución del conflicto planteado —observa VALPUESTA— el artículo 1.198 cuenta con dos piezas clave: el conocimiento de la cesión por el deudor y su aceptación y oposición a tal cesión. Pudiéndose apreciar cierta preferencia por el deudor cedido, al que se le dispensa un tratamiento más favorable en la medida que los efectos de la cesión se supeditan en gran parte al comportamiento de éste último frente a la transmisión del derecho. Ello parece que es consecuencia de la función de garantía que, a juicio del legislador, tiene la compensación para el deudor que en última instancia puede satisfacer su crédito con lo que él debe al cedente, función que se frustraría con la cesión del crédito. En esta línea, el difícil equilibrio entre

(54) La doctrina mayoritaria tradicionalmente viene afirmando que el contrato de cesión es eficaz entre el cedente y el cesionario con el simple acuerdo de voluntades, pero para que surta efectos frente al deudor cedido es necesario que éste conozca, o que le sea notificado, el contrato de cesión. Vid., en este sentido, Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 545, donde al explicar el párrafo 3º del artículo 1.198 CC atribuye el sentido de esta norma a que la cesión no notificada es ineficaz en relación con el deudor cedido.

los efectos de la compensación y los de la cesión del crédito se resuelven en gran medida a favor del deudor cedido cuando desconoce tal cesión o manifiesta su oposición a la misma» (55). Los fundamentos de las tres reglas que regulan las relaciones entre la cesión y la compensación son diversos. Según la autora, en el caso de la cesión consentida por el deudor, la finalidad de la norma es la de enervar los efectos de la compensación legal ya producida y se explica por la posibilidad de renuncia que tiene los sujetos de la compensación con el límite del interés del tercero, renuncia que puede ser tácita o presunta (56). En el supuesto de una cesión no consentida, se trata —según entiende VALPUESTA— de una excepción a las reglas de la compensación en cuanto que permitiría su aplicación a un supuesto en el que los acreedores y los deudores no son recíprocos, solución que se explica por el comportamiento del deudor que ha mostrado su disconformidad a la cesión del crédito, y se justifica en la protección que merecen los intereses del deudor frente al cedente y al cesionario que, acaso, han querido burlar las expectativas que el deudor tenía en la compensación (57). El tercero de los supuestos regulados por el precepto, el de la cesión no conocida por el deudor cedido, cumple la función de evitar que éste se vea sorprendido por un acto del acreedor sobre el que no ha podido manifestar su parecer (58). Nosotros no creemos que la finalidad de las normas contenidas en el artículo 1.198 revelen una especial preferencia del legislador hacia el deudor cedido, ni una mayor protección de sus intereses frente a los del cesionario. Tampoco que se trate en el primer supuesto de una compensación ya producida a la que el deudor renuncia, ni en el segundo que la disconformidad con la cesión sea motivo suficiente para otorgarle una protección especial en contra de la libre circulación de los créditos, ni, por último que el desconocimiento de la cesión por el deudor cedido deba ser merecedor de favor alguno por parte del ordenamiento. ¿Por qué? Porque en principio, los créditos son transmisibles sin necesidad de conocimiento y, mucho menos, de consentimiento, del deudor cedido. El problema que se plantea en este artículo, se refiere únicamente a la compensación de créditos y a la posibilidad de oponerla cuando no existe uno de los requisitos legalmente establecidos para que opere legalmente: la reciprocidad. La pregunta que debemos formularnos es la de ¿por qué permite el legislador oponer la compensación de un contracrédito frente a aquél que no es recíprocamente acreedor/deudor de quien se lo opone?, ¿por qué se establece una regla que rompe con el requisito de la reciprocidad?, ¿por qué

(55) Vid. «Comentario al artículo 1.198», en *Comentarios del Código Civil*, op. cit., pág. 286.

(56) *Ibídem*, pág. 287.

(57) *Ibídem*, pág. 287.

(58) *Ibídem*, pág. 288.

obligar a un acreedor a ver compensado su crédito con una deuda de la que no es titular? Creemos que no se puede entender este artículo sin acudir, como se hará más adelante, a sus fuentes y creemos también que hay que tener en cuenta tres datos importantes para interpretarlo: la norma procede del Derecho francés, se encuentra situada en sede de compensación de créditos y no de cesión de derechos y habrá que remitirse necesariamente al efecto automático de la compensación para colocarse en la mente del legislador. Recurrir a los precedentes históricos y legislativos, tener en cuenta su interpretación sistemática o, en definitiva, utilizar los criterios hermenéuticos que se nos ofrecen para interpretar la norma no significa que, al final del recorrido, nos contentemos con los resultados, sino únicamente que estaremos situados en una mejor posición para intentar darle a la norma una interpretación acorde con las necesidades actuales y con el régimen legal de la cesión de créditos.

LÓPEZ VILAS (59) subrayando lo que parece ser una regulación que hace inconciliable la función de la cesión de créditos con la finalidad de la compensación, resalta un dato que en esta materia es importante: el factor tiempo. *«¿Cómo conciliar, pues la estructura y dinamismo de la cesión con el esquema dual o bilateral de la compensación y la finalidad de garantía que subyace en ésta, como causa o modo de extinción de las obligaciones, con la*

(59) Para este autor *«en la medida en que la cesión de un derecho o de un crédito significa, por definición, el negocio jurídico en virtud del cual el acreedor cedente transmite al cesionario la titularidad del crédito cedido, resulta evidente que al producirse aquélla (la cesión) de algún modo quedarán alteradas o afectadas las posibilidades de oponerse la compensación entre los créditos inicialmente enfrentados, pues aunque la cesión de un crédito no altera ni modifica su naturaleza y carácter y, por consiguiente, el cesionario del mismo se subroga en el lugar del cedente, sin que adquiera otros derechos, ni quede sujeto a otras obligaciones que las propias de éste, es evidente que no permanece, ni se mantiene el requisito de la reciprocidad de créditos y deudas entre los mismos titulares, exigencia inexcusable para la compensación*

Pero es que además la innegable estructura trilateral de la cesión, el sentido dinámico de la misma y el hecho de que el acreedor no necesite el consentimiento de su deudor para ceder el crédito, parecen difícilmente conciliables, en principio, con aquellos presupuestos de reciprocidad y titularidades rigurosas propias del fenómeno compensatorio, en cuanto exigencias necesarias para que ésta pueda producirse.

E incompatible parece ser también, al menos inicialmente, la idea de cesión y cambio en las personas con la finalidad de garantía que late en la compensación, ya que ésta en cuanto equivalente económico del pago, significa que el acreedor retiene para sí de modo definitivo lo que a él a su vez se le debe. El acreedor que puede compensar, podrá realizar su crédito sin necesidad de reclamaciones y sin temor a que en la ejecución de aquél se produzcan demoras, obstáculos o tercerías de mejor derecho que hagan peligrar o impidan la satisfacción del interés del acreedor. Y por su parte, el deudor que tiene la facultad de compensar extinguirá su deuda sin ningún tipo de desembolso, o lo que es lo mismo, sin efectuar materialmente la prestación correspondiente, y desde que se den las condiciones para que se opere la compensación» Vid «Comentario al artículo 1198», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, op. cit., págs 446 y 447.

posibilidad de que uno de los acreedores pierda fraudulentamente la seguridad que en sí mismo y en su propia deuda tiene cuando se encuentra «en situación» de compensación? La respuesta a esta pregunta —a juicio de LÓPEZ VILAS— obliga a resaltar la importancia que en el juego combinado de cesión y compensación tiene el tiempo en que ésta se produce. Es decir, hay que dejar sentada la importancia de distinguir entre la compensación ya causada antes de que la cesión se verifique y aquella otra que, si bien arranca de obligaciones que se causaron antes de ésta, no se produce, sino después de que la misma tenga lugar: ya sea porque hasta entonces las deudas no estaban vencidas, o no eran líquidas, o no eran aún exigibles o, en suma, faltara alguno de los requisitos necesarios para la compensación». Si bien se ha de compartir la preocupación del autor ante lo que parece ser una incongruencia manifiesta entre las funciones que cumplen ambas figuras, cesión y compensación, y la regulación que de ellas se hace en el artículo 1.198, no se puede hacer lo mismo con los fundamentos que ofrece de esta norma. Para LÓPEZ VILAS, el primer supuesto contemplado en ella, la cesión consentida por el deudor cedido, encuentra su razón de ser en una renuncia por parte de aquél a oponer la excepción de compensación y a la quiebra del requisito de la reciprocidad que falta en este caso (60). En el segundo, el del deudor que conoce la cesión y no la consiente, el fundamento está en consonancia con el efecto automático de la compensación, puesto que los créditos que el deudor tuviera contra el cedente ya habrían quedado compensados, pudiendo alegar la compensación en cualquier momento, tanto frente al cedente como frente al cesionario. Pero desde el momento —dice LÓPEZ VILAS— en que al deudor le es notificada la cesión, el cedente se desvincula, deja de ser acreedor y pasa a ser tercero en la nueva relación creada entre deudor y cesionario. «Si el párrafo 2.º del artículo 1.198 enseña que sólo los créditos anteriores pueden haberse compensado, es porque sólo antes de la cesión el acreedor cedente es aún «acreedor principal del otro», como dice el artículo 1.196.1.º. En cambio, el deudor no podrá oponer las posteriores ya que, notificada o hecha saber la cesión, el cesionario es quien pasa a ser acreedor» (61). El tercero y último de los supuestos regulados por la norma, la cesión realizada sin el conocimiento del deudor cedido, tiene su razón de ser en la ineficacia de la cesión frente al deudor cedido. «Esta ineficacia —según el autor— es la sanción adecuada a la negligencia o, en su caso, a la malicia del cedente y del cesionario que no hacen saber la cesión al deudor. En consecuencia, el deudor podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos que tuviera frente al cedente, antes de efectuarse la cesión, y también la de aquellos

(60) Vid. «Comentario al artículo 1.198», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, op. cit., págs. 448 y 449.

(61) *Ibidem*, págs. 450 y 451.

que nacieran con posterioridad a ella, ya que mientras el deudor no tiene conocimiento de la cesión, ésta no produce los efectos debidos» (62).

Hasta aquí las tesis que mayoritaria y tradicionalmente vienen defendiendo nuestra doctrina y jurisprudencia. En este trabajo, sin embargo, no se comparten plenamente porque no explican satisfactoriamente todos los interrogantes que surgen de esta regulación de las relaciones entre compensación y cesión de créditos. ¿Se trata de una excepción al principio de automaticidad de la compensación?, ¿por qué el legislador pone su punto de mira en el conocimiento y consentimiento por el deudor de la cesión de su deuda?, ¿es que el conocimiento y el consentimiento del deudor a la cesión es elemento constitutivo para la eficacia de la misma?, ¿a qué créditos y deudas se refiere la norma cuando se refiere a los anteriores y posteriores?, ¿se trata de una regla basada en el *favor debitoris*?, ¿qué finalidad se persigue con facultar al deudor cedido a oponer en compensación un crédito que ostenta con quien ya no es su acreedor, sino sólo su deudor y sólo en lo que respecta a unas determinadas deudas? A nuestro juicio, ya se ha dicho, para comprender la *ratio* de esta norma, que sin duda es de difícil inteligencia, es conveniente acudir a las propuestas hechas en sendos trabajos por PANTALEÓN PRIETO y ROJO AJURIA, porque para resolver los entresijos de esta complicada regla del artículo 1.198 del Código Civil se sitúan en un plano distinto al tradicional.

Comenzando por PANTELÓN, porque su estudio cronológicamente es el primero que trata de este tema, hay que subrayar dos ideas iniciales que ayudarán a entender mejor los problemas ahora planteados.

La primera se refiere y critica la afirmación que hace la mayor parte de la doctrina española de que la cesión que no es conocida por el deudor cedido sólo es eficaz entre cedente y cesionario, pero no frente a aquél. De ella extraen que el deudor cedido puede compensar hasta el momento en que tenga conocimiento de la cesión y, por consiguiente, encuentran en esta idea, como se ha visto, el fundamento a las proposiciones del artículo 1.198 CC. Sin embargo, tiene razón PANTELÓN cuando niega rotundamente que para que la cesión sea eficaz, sea necesaria la notificación, y mucho menos, el consentimiento del deudor cedido, como ocurre en los ordenamientos civiles francés e italiano. El artículo 1.526.1.º de nuestro Código procede del artículo 1.457 del Proyecto de 1851 que, como informa GARCÍA GOYENA, se separó en este punto de su modelo francés para resumir el artículo 1.193 del Código Civil de Vaud. El Código Civil español habla —como advierte PANTELÓN— de «conocimiento de la cesión» por parte del deudor cedido y no de «notificación» al mismo de la cesión. Los preceptos españoles sobre la cesión de créditos, que en este trabajo han de relacionarse con la compensación (arts. 1527 y 1.198 CC), hablan de conocimiento de la cesión por el deudor cedido,

(62) *Ibidem*, págs. 451 y 452.

nada más. Esto quiere decir que no existe en nuestro Código dato normativo alguno que sirva para apoyar la tesis de que la notificación de la cesión al deudor cedido sea elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, antes bien todo lo contrario. A juicio de PANTELEÓN, es una grave incongruencia (en la que incurren parte de nuestros autores más reconocidos) afirmar, por un lado, la inmediata eficacia traslativa de la cesión entre el cedente y el cesionario (esto es, que desde el instante de la celebración del contrato de cesión el cesionario es el verdadero y único acreedor) y retrasar, por otro lado, la eficacia de la cesión respecto del deudor cedido al momento en que la misma le sea notificada o tenga conocimiento de ella (es decir, que hasta ese momento sigue siendo deudor del cedente). Debe afirmarse de manera rotunda que la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor cedido, sin necesidad de que le haya sido notificada, ni de que haya tenido conocimiento de ella por cualquier otro medio.

En este orden de cosas —dice PANTELEÓN— si el artículo 1.527 CC libera al deudor cedido si paga al cedente, una vez realizada eficazmente la cesión, no es porque pague a quien sigue siendo para él el verdadero acreedor, sino que se libera porque, aunque paga a quien ya no lo es, lo está haciendo a un acreedor aparente. En la hipótesis del artículo 1.527 corresponde al cesionario probar que el deudor tuvo conocimiento de la cesión con anterioridad al pago al cedente, pues la demostración *prima facie* de la buena fe del deudor cedido, la prueba de la situación objetiva de apariencia en la que legítimamente pudo confiar, viene ya dada por el hecho de que no ha pagado a un «extraño» a la relación obligatoria, sino a la persona a quien, en principio, tenía perfecto derecho a seguir considerando su acreedor, siendo absurdo imaginar la existencia de un deber o carga del deudor de investigar si el crédito contra él ha sido cedido o no. El artículo 1.527 se explica como medida de protección del deudor cedido, que resulta necesaria precisamente por el hecho de que, como se deduce *a contrario* del artículo 1.526 CC, la cesión de créditos puede ser plenamente eficaz *erga omnes* sin la notificación de la misma al deudor, ni el conocimiento de ella por éste. La importancia práctica de esta interpretación de la finalidad del artículo 1.527 que lleva a cabo PANTELEÓN la explica él mismo: es la afirmación del carácter facultativo de dicho precepto, por lo que al deudor respecta. En el sentido de que, conocida la cesión, será libre de acogerse a la protección que la norma le brinda y quedar liberado frente al cesionario, o de renunciar a ella y continuar siendo deudor del cesionario (63).

Otra idea que subraya este autor y que, a mi juicio, hay que tener muy presente para entender la regulación del artículo 1.198 CC es la de que en la cesión de créditos el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho

(63) Vid. PANTALEÓN PRIETO, *Cesión de créditos*, op. cit., págs. 1063 a 1068.

que el suyo y el deudor no puede resultar perjudicado por el contrato de cesión, que no requiere para su validez y eficacia —insiste en ello— el consentimiento de aquél. De este principio se deduce necesariamente que el deudor cedido podrá oponer al cesionario que, con anterioridad al contrato de cesión, el crédito había quedado extinguido por compensación ya opuesta o declarada entre deudor y acreedor originario (64). Por otra parte, también podrá oponerle todas las excepciones que deriven de la aplicación, directa o analógica del artículo 1.527, es decir, que opuso la compensación al cedente en el momento que va desde la perfección del contrato de cesión, hasta que tuvo conocimiento de la misma (65).

Pues bien, siempre teniendo presente estas dos ideas, PANTELEÓN analiza las reglas del artículo 1.198 CC del siguiente modo:

En primer lugar, el deudor cedido *no consentidor* de la cesión podrá oponer al cesionario una situación de compensación que existiera entre aquél y el cedente *antes de la cesión* (art. 1.198.2.^º y 3.^º). La justificación de esta regla se encuentra en el último de los principios comentados: el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho que el suyo y el cedido no puede resultar perjudicado por el negocio de cesión en el que no ha participado. En este supuesto, PANTELEÓN hace alusión a aquella situación objetiva de compensabilidad de los créditos del cedente y del deudor cedido. A créditos que antes de realizarse el contrato de cesión eran perfectamente compensables, porque reunían todos los requisitos del artículo 1.196 CC. En este caso, parece que si el deudor podía compensar y el acreedor cedió su crédito, éste debe poder hacerlo con su nuevo acreedor, porque de lo contrario el negocio de cesión le ha perjudicado claramente. Se trata de una norma de protección de los legítimos intereses del deudor cedido.

En segundo lugar, el deudor cedido podrá oponer al cesionario una *situación putativa* de compensación entre aquél y el cedente, esto es, una situación de compensación que habría existido efectivamente entre cedente y deudor cedido, de no haber sido eficaz la cesión hasta que éste último tuvo conocimiento de ella. Lo importante es que el contracrédito del deudor haya llegado a ser objetivamente compensable con el crédito cedido antes de que aquél haya tenido conocimiento de la cesión. En este supuesto se trata de que los contracréditos no eran objetivamente compensables en el momento en que se llevó a cabo el contrato de cesión, pero hubieran podido serlo de no haber

(64) Para los defensores de la tesis de la automaticidad de la compensación éste sería un buen fundamento para explicar la oponibilidad de la compensación por el deudor cedido al cesionario, una vez que se ha producido la cesión. Sin embargo, lo que no explicaría sería las diferentes distinciones que hace la norma dependiendo del conocimiento o no del contrato de cesión, puesto que si la compensación opera por la misma fuerza de la ley, sería indiferente el conocimiento o no de la cesión por el deudor cedido.

(65) *Ibidem*, págs 1116 y 1119.

existido éste. Para que el deudor cedido pueda compensar es necesario que la situación objetiva de compensabilidad tenga lugar antes de que tenga conocimiento de la cesión de su deuda. Se está protegiendo, para algunos de forma desmesurada, las expectativas de compensar del deudor cedido. Para PANTELEÓN no es desmesurado en tanto en cuanto no hay que olvidar el perjuicio que podría sufrir el deudor cedido, inicialmente no cumplidor, que, una vez vencido su contracrédito deja de preocuparse de allegar medios con que cumplir la deuda cedida, de buscar o conservar otras vías de defensa distintas a la compensación, o de intentar de inmediato el cobro de su crédito contra el acreedor originario, que a lo peor deviene incobrable. Ha de tenerse también presente el supuesto del deudor que, tras un período de tiempo sin cumplir y desconocedor de la cesión del crédito por parte de su originario acreedor, adquiere un crédito contra éste que acaba de vencer, con la exclusiva intención de extinguir su deuda por compensación.

Llegados a este punto, PANTELEÓN va más allá de la norma y afirma que del principio de protección de la legítima confianza del deudor cedido en el mantenimiento de la posición acreedora, que inspira tanto el artículo 1.198.3.^º como el 1.527 CC, ha de deducirse que el deudor cedido podrá además oponer la compensación de un crédito que sólo haya llegado a ser objetivamente compensable con el crédito cedido tras el conocimiento de la cesión por el deudor, siempre que el hecho o negocio fuente del contracrédito se haya realizado con anterioridad a la obtención de dicho conocimiento y que el vencimiento, liquidez y exigibilidad del contracrédito no sean posteriores a los del crédito cedido. Se trata de proteger a quien consintió en devenir acreedor de su acreedor en atención a la cobertura que su deuda representaba, a su razonable expectativa de, en su caso, «*cobrase por compensación*». O a quien consintió en devenir deudor de su deudor precisamente en atención a la cobertura que su crédito representaba, a su razonable expectativa de «*pagar por compensación*».

Por el contrario, PANTELEÓN no encuentra motivo alguno que justifique que se le permita al deudor cedido oponer al cesionario la compensación de un crédito contra el cedente, que derive de un hecho o negocio realizado con posterioridad al momento en que el cedido tuvo conocimiento de la cesión. Tampoco si se ha realizado antes, pero el crédito tiene un vencimiento posterior a dicho conocimiento y al vencimiento del crédito cedido (66).

Hasta aquí, la interpretación de PANTALEÓN del artículo 1.198 CC que, a mi juicio, se destaca por explicar satisfactoriamente alguna de las contradicciones que a primera vista parecen desprenderse de la regulación de la compensación en la cesión de créditos y por ser armónica con los principios que ambas instituciones jurídicas poseen. Como se puede observar, este autor no

(66) *Ibidem*, págs. 1119 a 1123.

recurre a la diferencia entre la tesis de la automaticidad de la compensación y la de la necesaria declaración de compensar. Las claves para entender esta regulación se encuentran en el momento de la cesión y del conocimiento de la misma por el deudor cedido (derivada del principio de protección de la confianza legítima del deudor en el mantenimiento de la posición acreedora) y en el momento en el que los créditos han devenido compensables.

Estos dos tiempos diferentes, el de la cesión (en sus variables *momento de la perfección del contrato* y *momento de conocimiento de la cesión por el deudor cedido*) y el de la compensación (en sus dos variables: *momento de compensabilidad de los créditos* y *momento de oposición de la compensación*) son también los puntos de partida de la interpretación de ROJO AJURIA a las reglas contenidas en el artículo 1.198 CC (67), aunque parte del principio de la protección de la norma a la situación objetiva de compensabilidad. Es decir, en las reglas prescritas por el legislador en el artículo 1.198 se denota una preferencia a la protección de aquella situación de compensación que tiene lugar cuando los contracréditos reúnen todos los requisitos legales de compensación contra los intereses del cesionario.

El primer supuesto analizado por este autor es el de que *la situación objetiva de compensabilidad tiene lugar después de la cesión del contrato pero antes de que el deudor cedido tenga conocimiento del mismo* (antes de la cesión del crédito simplemente existía una concurrencia de créditos que no cumplían los requisitos legales para la compensación). ¿Puede compensar el deudor cedido frente al cesionario? Estamos en presencia de la regla 3.^a del artículo 1.198 y no ante el 1.527. En el caso planteado el deudor ni ha pagado, ni ha opuesto la compensación, no ha hecho nada. Por ello hay que preguntarse —dice ROJO— si ha de premiarse la mera inactividad del deudor. ¿Por qué razón lo hace, por ejemplo, el artículo 1.198 CC? Tradicionalmente se ha alegado el funcionamiento automático de la compensación y que los contracréditos habrían quedado compensados antes de que el deudor cedido tuviera conocimiento de la cesión del crédito. En realidad, este conflicto de intereses entre el cesionario y el deudor se resuelve en favor del deudor porque, dentro de las distintas hipótesis posibles, se opta por dar relevancia al momento de compensabilidad y al momento de conocimiento de la cesión por el deudor. No es relevante que el deudor no haya opuesto la compensación ya que ésta tiene efectos automáticos. Sin embargo, como ROJO hace notar, más allá del recurso al *ipso iure compensatur*, la solución descansa fundamentalmente en la tutela de la situación objetiva de compensación y en la asimilación de la compensación al pago (cuando se puede pagar se puede compensar) (68).

(67) Vid. *La compensación como garantía*. op. cit., págs. 83 y ss.

(68) *Ibidem*. págs. 84 y ss.

El segundo supuesto tratado por Rojo es el de *que la situación objetiva de compensabilidad tiene lugar después del conocimiento por el deudor de la cesión del crédito, y antes sólo existía una mera coexistencia de créditos* (porque no cumplían los requisitos legales para compensarse). ¿Podrá el deudor cedido oponer en compensación frente al cesionario el crédito que tenía contra el cedente, a pesar de que los requisitos de compensación se han dado después de conocer la cesión? Para Rojo la respuesta ha de ser negativa, aunque es consciente que la solución no será del gusto de todos. Para aquellos que tomen el problema desde la perspectiva de la compensación como garantía estimarán que el deudor, desde el momento en que coexisten ambos créditos, tiene una seguridad en sí mismo y en su propia deuda. En este sentido, esta insatisfacción aumenta si se considera que puede perder «fraudulentamente» tal seguridad mediante la cesión del crédito a un tercero. Ahora bien, si se prescinde de este punto de partida, la seguridad de la compensación es una mera esperanza, porque si un acreedor, en su legítimo derecho, transmite su crédito, la compensación no se producirá (69).

Rojo, en su explicación del artículo 1.198 CC parte de un dato que a su juicio es necesario recalcar: se trata de una norma que surge para resolver una cuestión planteada por la propia regulación de la compensación. La cesión de créditos es un acontecimiento externo cuya incidencia sobre la compensación se ha de determinar y no a la inversa: no es una norma sobre la oponibilidad de excepciones en la cesión de créditos (70). En el caso de que la situación objetiva de compensación fuese anterior a la cesión y a su posterior conocimiento por el deudor ¿se le dirá a éste que ya es demasiado tarde para oponer la compensación, porque se ha roto la reciprocidad?, ¿o le contestamos al cesionario que el crédito ya se había extinguido antes de la cesión? El artículo 1.198, buscando un equilibrio entre las posiciones del deudor cedido y del cesionario, establece como criterio para resolver el conflicto de intereses el consentimiento de la cesión por el deudor. Si se da tal consentimiento, se tutela al cesionario y el deudor no puede oponer la compensación. Si no hay consentimiento prevalece la tutela de la situación objetiva de compensabilidad.

En el análisis *del primer párrafo del artículo 1.198 CC* (consentimiento a la cesión por el deudor cedido) que hace Rojo, pone de manifiesto como casi toda la doctrina encuentra su explicación en una renuncia del deudor a la compensación. Renuncia que se plantea como necesaria para salvar la incoherencia de esta norma presente en todos los ordenamientos en los que se establece el efecto automático de la compensación (porque de lo contrario la compensación se habría producido y se habría producido la cesión de un crédito inexistente). Sin embargo, esta perspectiva —a juicio de Rojo— os-

(69) *Ibidem*, págs. 87 y ss.

(70) *Ibidem*, págs. 90 y ss

curece el verdadero interés tutelado por la norma: la posición del cesionario. Para explicar el verdadero sentido de la norma es preciso invertir los términos. La renuncia ha de planterse como un medio para evitar el perjuicio del cesionario y no como un fin. El silencio del deudor cedido hace referencia a la compensación: el deudor que consiente pura y simplemente la cesión que su acreedor hace a otro, y no se reserva ni hace mención alguna de la excepción de compensación que le asistía, no puede después oponerla, porque con su conducta ha generado una confianza en el cesionario que es preciso proteger. ¿En qué puede confiar el cesionario? En que el deudor no va a utilizar un crédito suyo contra el cedente para extinguir el crédito del cesionario. Se trata, según ROJO, de una regla excepcional y más dura con el deudor cedido, porque la confianza que ha suscitado la aceptación de la cesión por el deudor, resolviendo el conflicto de intereses entre el deudor y el cesionario en el caso concreto de la compensación, se limita a establecer que quien ha aceptado la cesión no puede alegar la extinción de tal crédito utilizando otro crédito que el deudor tenía contra el cedente (obsérvese que en esta explicación el autor se deja llevar por la tesis de la automaticidad de la compensación) (71).

En los dos últimos párrafos del artículo 1.198 CC se regula el supuesto en que *el deudor no consiente la cesión*. En el párrafo 2.º la cesión y el conocimiento son simultáneos y en el 3.º el conocimiento de la cesión es posterior a su perfección. Para ROJO el tercer párrafo del precepto tutela las situaciones objetivas de compensabilidad producidas antes del conocimiento de la cesión por el deudor que se justifica desde el efecto automático (pero también desde el efecto retroactivo) y desde la lógica de la compensación como pago al acreedor aparente con efectos liberatorios. La reciprocidad como requisito de la compensación en los supuestos de artículo 1.198.2.º y 3.º se mantendría hasta el momento de la cesión del crédito, pero hasta el momento de su conocimiento por el deudor cedido estaríamos ante una reciprocidad aparente para el deudor de buena fe, que confía en que el cedente es su acreedor. La situación objetiva de compensabilidad se basa entonces en una *apariencia de reciprocidad* para el deudor de buena fe o, si se prefiere en una situación putativa de reciprocidad (72). «*La lógica del pago y la eficacia operantis de la compensación en nuestro ordenamiento* —afirma ROJO— *explican suficientemente el artículo 1.198. Basta con que en algún momento el deudor haya podido creer de buena fe que se ha producido una situación de compensación entre él y su originario acreedor y que, consiguientemente, ya no tendrá que preocuparse del pago de su deuda o del cobro de su crédito. Sería absolutamente ilógico privarle posteriormente de la posibilidad de oponer tal compensación, además de una fuente de fáciles fraudes. bastaría la cesión*

(71) *Ibidem*, págs. 92 y ss.

(72) *Ibidem*, págs. 97 y ss

del crédito para perjudicar ostensiblemente al ocioso deudor que dormía en los laureles del ipso iure compensatur (73).

Hasta aquí, las tesis mantenidas hasta el momento por los autores que han tratado de dar una explicación satisfactoria a esta nueva excepción a las reglas generales de la compensación.

Nosotros, sin embargo, creemos que la *ratio* de la norma es una sola para las tres reglas. El problema al que hay que dar solución, si es que la hay, es al del motivo que ha guiado al legislador a facultar a un deudor a oponer en compensación a su acreedor (que es ya el cesionario) un contracrédito que ostenta frente a otra persona (el cedente). En realidad, las excepciones al principio de la reciprocidad como requisito de la compensación sólo aparecen en el párrafo 3.º del artículo 1.198, puesto que parece claro que cuando existe una cesión de créditos, existe un cambio de acreedor y, por consiguiente, a partir de ese momento no se podrá oponer una compensación que no cumpla los requisitos legales. Con la notificación de la cesión al deudor cedido se le está permitiendo optar entre oponer o no la compensación del contracrédito que hasta ese momento ostenta contra el cedente. Si acepta la cesión está claro que renuncia a la compensación, puesto que de lo contrario la opone y extingue el crédito cedido. Ahora bien, tampoco el párrafo 2.º del artículo 1.198 «*si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella pero no de las posteriores*», parece que plantee un problema de gran envergadura, ya que regula la otra cara de la moneda del primer párrafo. Si al conocer la cesión no la consiente, no desea continuar el vínculo obligatorio con un nuevo acreedor, puede extinguirlo oponiendo en compensación la deuda que en ese momento tiene frente al cedente. En este caso, al igual que en el anterior en realidad el momento de la cesión coincide con el momento del conocimiento. En ese preciso momento es en el que el deudor puede, si no está de acuerdo con la cesión, con ser deudor de un nuevo acreedor, utilizar el mecanismo de la compensación para liberarse de su obligación y no continuar vinculado a la nueva persona del acreedor cesionario. Si no opone la compensación, posteriormente no podrá hacerlo (1.198 1.º CC), porque se habrá entendido que la consintió. En el último párrafo del precepto es también el momento del conocimiento de la cesión el criterio para permitir al deudor cedido oponer o no en compensación el contracrédito que tuviese contra el cedente. En el tercer párrafo (no se pone en conocimiento del deudor la cesión hasta después de realizada) el legislador vuelve a insistir en la misma idea: con el conocimiento de la cesión el deudor podrá optar entre oponer la compensación del crédito que tenga frente al cedente o no oponerla.

(73) *Ibidem*, pág. 100.

Lo dicho hasta ahora quiere servir, no para negar las posturas de los autores sobre la interpretación adecuada y la *ratio* de esta norma, sino simplemente para hacer ver que en realidad el criterio establecido por el legislador en sede de compensación es el del conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido. En los dos primeros párrafos éste conoce la cesión simultáneamente a su perfección y, se le permite compensar con el contracrédito que ostenta frente al cedente. Aquí, es donde se discrepa de parte de la doctrina que estima que las deudas a que hace referencia el precepto son a las nacidas antes del conocimiento de la cesión, aunque no reúnan todavía los requisitos de compensabilidad. A mi juicio, para que el deudor cedido pueda compensar es necesario que en el momento en que conozca la cesión pueda legalmente hacerlo. La norma, como afirma ROJO AJURIA, es una norma sobre compensación y, por consiguiente, protege las situaciones de compensación. El deudor puede compensar todo crédito que ostente contra el cedente y que esté en situación de compensarse en el momento en que tenga conocimiento de la cesión. La regla del último párrafo es clara a este respecto: Las anteriores a la cesión y las posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión (74).

El problema al que ahora hay que enfrentarse es al de por qué razón el legislador ha puesto su punto de mira, ha establecido como criterio límite del ejercicio de la compensación en el conocimiento del deudor de la cesión. Una razón puede ser, como afirma PANTELEÓN, la de que con la cesión del crédito no se puede transmitir mejor derecho que el que tenía el acreedor originario, ni perjudicar al deudor cedido, por ello, en cuanto conozca o se le haga saber la cesión (que son dos cosas distintas) y ésta le perjudique, podrá liberarse de la obligación compensando. Otra razón, puede ser la que pone de manifiesto ROJO de que el legislador opta por hacer prevalecer la situación de compensabilidad frente a otro tipo de intereses. En este punto, se coincide plenamente con el autor en que también se protegen los intereses del cesionario de no encontrarse posteriormente con una compensación desconocida (75). También hay que tener en cuenta, la finalidad de estas reglas de evitar que el deudor cedido vea frustrada su facultad de compensar, con un crédito que reúne todos los requisitos, por una cesión fraudulenta de su deuda. Incluso, hay que volver a subrayar que si bien en lo que se refiere a la cesión de créditos nuestro Código Civil se separó de la regulación francesa para adoptar la del Código de Vaud, la norma en examen, es decir, el artículo 1.198 sobre la compensación en la cesión de créditos sigue el 1.295 francés. Por ello, se puede pensar que si el precepto habla de hacer saber la cesión, por un lado, y de tener conocimiento de la cesión, por otro, es porque, tomada la norma del Código Civil francés, en éste la

(74) *Ibidem*, págs. 102 y ss.

(75) *Ibidem*, págs. 92 y 93.

notificación de la cesión es un requisito constitutivo para la eficacia de la misma. Sea como fuere, y teniendo todas estas razones en cuenta, lo cierto es que lo que no se puede compartir de la teorías anteriores es que exista una renuncia implícita a la compensación en el primero de los supuestos. Si existe una renuncia es explícita. El deudor cedido a quien se le hace saber la cesión y no compensa, pudiendo hacerlo, ha renunciado a la compensación. Es igual que sin existir cesión, puede compensar y no lo hace. Si decide compensar, podrá compensar deudas compensables anteriores, porque posteriormente no se dan los requisitos legales para la compensación. Si el deudor desconoce que se ha producido la cesión, porque cedente y cesionario no han cumplido con la carga de notificárselo (notése que digo carga y no obligación), es justo que se siga protegiendo la situación de compensabilidad hasta ese momento. Posteriormente no podrá oponer la compensación, ni siquiera de créditos que nacidos con anterioridad a la cesión o a su conocimiento por el deudor, reúnan los requisitos de compensabilidad después de conocerla. En ninguno de estos casos, a diferencia de lo que opina Rojo, creo que se esté en presencia de una compensación como pago, sino más bien ante una compensación como garantía. El deudor que confía en ejercitar en cualquier momento la compensación, no puede verse privado de esta posibilidad por un hecho al que él es ajeno y en el que nada tiene que decir. Si efectivamente la cesión de créditos es eficaz desde la perfección del contrato, es justo o por lo menos equilibrado para los intereses en conflicto que no vea mermados los derechos que poseía con anterioridad, ni que se vea perjudicado por un negocio en él que no toma parte. Estas reglas favorecen a las tres partes en conflicto: al deudor cedido porque se le otorga la posibilidad de liberarse de su obligación mediante la compensación; al cesionario, porque, a partir del momento en que el deudor conozca la cesión, no podrá oponer en compensación un contracrédito del que aquél (el cesionario) no es deudor; y al cedente, porque también desde ese instante se resuelven los problemas que tenía para transmitir su crédito. Quizá, por todos estos motivos el haber fijado el criterio delimitador en el conocimiento por el deudor de la cesión (que en las manos del cedente y del cesionario queda el poder adelantarlo mediante una oportuna notificación) sea el más justo para resolver los conflictos que la cesión plantea en orden a la posibilidad de compensar.

III. LOS SUPUESTOS NO REGULADOS LEGALMENTE

Hasta este momento se han analizado los tres supuestos en los que el Código Civil hace una excepción a los requisitos necesarios para la compensación de créditos: la del fiador (art. 1.197), la situación creada por la cesión del crédito (art. 1.198) y la de la solidaridad pasiva (art. 1.143). Ahora, de acuerdo con el planteamiento que se había propuesto al inicio de este trabajo,

se debe comprobar si estas tres situaciones admitidas como excepción en el Código lo son en efecto o se puede todavía añadir alguna más.

Siguiendo este orden de ideas, hay que estudiar el supuesto general del *tercero legitimado para pagar una deuda ajena* y preguntarse si este tercero que puede pagar porque está legitimado en el artículo 1.158 CC, puede compensar con un contracrédito que ostente frente al acreedor; y, en segundo lugar, si ese mismo tercero (que no dispone de contracrédito o no desea utilizarlo) puede ejercitar la excepción de compensación cuando ésta puede producirse entre el acreedor y el deudor por existir un contracrédito del deudor contra el acreedor (porque el deudor no lo haya hecho, haya renunciado o convencionalmente hayan pactado su exclusión). Este supuesto general de pago por tercero debe estudiarse necesariamente diferenciando los siguientes casos: A) el del tercero que *puede* pagar la deuda ajena, aunque no tenga ningún interés en el cumplimiento, es decir, que libre y espontáneamente paga la deuda ajena; B) El del tercero que tiene la *autorización o encargo* del deudor para pagar la deuda (mandato de pago, orden de pago y de delegación de pago); C) El tercero que *está obligado* al cumplimiento: 1.^o) asunción de deuda por el tercero que, consentida por el acreedor, libera al deudor originario y la asunción de deuda cumulativa; 2.^o) La delegación promisorio o de deuda; D) Aquellos supuestos en los que el tercero *tiene derecho a pagar* y pagando se subroga en la posición crediticia, que se dividen a su vez en: 1.^o) el supuesto del tercero, constituyente de prenda o hipoteca en garantía de deuda ajena (fiador real), que paga al acreedor pignoraticio o prendiario; y 2.^o) el del acreedor que paga al acreedor preferente. E) Por último, se debe examinar el caso del *contrato a favor de tercero*. En este último cabe preguntarse si el promitente puede oponer al beneficiario la compensación de lo que le debe el estipulante y también si puede hacerlo con un crédito que ostente frente al beneficiario por otra causa.

Antes de pasar a estudiar cada una de las situaciones propuestas hay que hacer una advertencia. Si hasta este momento el análisis de la compensación contaba con cierto respaldo legal (se podía acudir a las normas del Código Civil) y con el de los trabajos doctrinales y la elaboración jurisprudencial, ahora nos encontramos ante un terreno yermo del que nada se dice en los textos legales y poco se profundiza en los estudios de los autores que han tratado el tema. Sucede que aquellos que se dedican a profundizar la compensación se ciñen a los supuestos previstos en el Código Civil y demás leyes especiales y no amplían el campo de estudio a la posibilidad de que se pueda extender el ejercicio de la compensación legal a otros supuestos. Los que, por su parte, profundizan sobre las figuras que aquí se pretenden estudiar, es decir, pago por tercero, mandato de pago, asunción de deuda, delegación, etc., no analizan el caso concreto del ejercicio de la compensación, sino todo lo más hablan en general de la oponibilidad o no de las

excepciones. Por todo ello, se hace conveniente advertir que en este trabajo sólo se pretende llamar la atención sobre la necesidad de extender a estos supuestos el planteamiento tradicional de la compensación, puesto que en estos casos parece que la práctica del tráfico jurídico ha ganado la mano a la dogmática.

Ya se expuso al inicio de este trabajo la necesidad general de revisar los postulados sobre los que se asienta la figura de la compensación, porque la realidad del tráfico jurídico y las bases económicas sobre las que se asienta no son las mismas que aquellas sobre las que se edificó su regulación. El funcionamiento del tráfico hoy en día es mucho más complejo e intervienen en él una pluralidad de sujetos que entretejen la más variada gama de relaciones jurídicas. El crédito actualmente es un bien, como el derecho real, que tiende a circular y que exige su transmisión para hacerlo un instrumento eficaz del comercio y de desarrollo de la economía. Sirva como ejemplo el que utiliza Miccio para ilustrar esta exigencia en materia de exportación e importación internacional de mercancías puesto que se desarrolla generalmente de manera triangular. El empresario A, residente en Roma ha vendido una determinada mercancía a B, empresario londinense, adquiriendo al mismo tiempo una determinada mercancía de C, residente también en Londres, por una misma suma de dinero. Es evidente que una orden de A a B de pagar directamente a C el importe de su deuda con A constituye la manera más simple, rápida y económica para extinguir las dos relaciones obligatorias (76). Sin embargo, como explica este mismo autor, si bien la utilidad económica de este tipo de operaciones es clara, no es igualmente fácil y simple justificar jurídicamente la sustitución de las partes de una relación de crédito nacido originariamente entre dos sujetos bien determinados. Existe en este sentido una clara diferencia entre el derecho real y el derecho de crédito, puesto que el objeto del primero es un bien que pertenece de modo absoluto a un determinado sujeto, quien puede disponer de él a su gusto, e incluso, enajenarlo, sin embargo el objeto del derecho de crédito es un bien que para realizarse definitivamente necesita no solo del comportamiento de otro sujeto (el deudor), sino de un sujeto determinado. La relación de crédito es personal y con el cambio de los sujetos se altera sustancialmente, en cuanto que deviene diverso del originario. De esta inadaptabilidad de la relación de crédito a la circulación de su contenido se ha culpado desde siempre a la ciencia jurídica de los romanos y que los Códigos napoleónicos han heredado. Sin embargo responsabilizar por entero a estas concepciones antiguas del vínculo obligatorio no es del todo justo. Como afirma Miccio, las razones de orden práctico también deben ser tenidas en consideración, puesto que aceptar sin más un cambio de los sujetos o cualquier mutación de una relación que

(76) Vid. *I diritti di credito*, vol. I, Turín, 1971, pág. 382.

originariamente estaba plenamente identificada en todos sus elementos, que era cierta, consensuada y bilateral, es aceptar una deformación de todo el negocio. Aceptar el pago de una suma de dinero de un tercero en vez de del deudor puede que no sea del todo indiferente para el acreedor o la sustitución del acreedor puede contravenir el interés del deudor (77).

Pues bien, son estas las premisas de las que se parte en el análisis de estas nuevas hipótesis que se han propuesto de compensación por terceros. No hay duda que, cuando un tercero hace su aparición en una relación obligatoria, bien obligándose a pagar, bien asumiendo una orden de pago, bien en virtud de un mandato o de una delegación, etc., son por regla general las partes implicadas las que pactan los límites a su actuación. Si el tercero puede compensar o no con su propio contracrédito o con el de la persona por la que paga es algo que, en principio, queda al arbitrio de la autonomía de la voluntad, a la libertad de pactos de las partes. Sin embargo, creemos que no está de más estudiar, si además de admitirse en estos casos una compensación convencional, puede hablarse de una compensación legal. Nadie duda de que estos terceros a los que se hace referencia, bien *ex lege*, bien *ex pacto*, pueden, deben o tienen derecho a pagar la deuda ajena, pero ¿pueden compensar?

1.º) EL TERCERO QUE «PUEDE» PAGAR UNA DEUDA AJENA

El supuesto que ahora se contempla es aquel en el que paga la deuda el tercero, que no tiene relación alguna con la obligación contraída por el deudor, ni grado alguno de participación en ella. Se trata de un *solvens* que no es codeudor, ni fiador, ni delegado, ni mandatario, ni acreedor del mismo deudor. Se trata de un *solvens* que no tiene interés en el cumplimiento, sean cuales sean los móviles que le lleven a querer pagar la deuda ajena.

Pues bien, para resolver el problema que nosotros planteamos, es decir, si en vez de pagar puede compensar, hay que tener en cuenta —como acertadamente explica Díez-PICAZO— que la justificación de la regla general de la admisibilidad del pago por un tercero y de su excepción radica en la idea del cumplimiento, entendido como satisfacción del interés del acreedor: si el interés del acreedor encuentra satisfacción con una prestación objetiva, la deuda debe quedar pagada, quien quiera que sea el *solvens*. Pero esta consideración no puede oscurecer el hecho de que el tercero que pretende llevar a cabo el cumplimiento se interfiere en una relación jurídica que rigurosamente le es ajena (78). No se debe olvidar que la regla que permite el pago por cualquier persona, extraña o no a la relación obligatoria, constituye una

(77) Vid. *I diritti di credito*, vol. I, op. cit., pág. 383.

(78) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 481.

excepción al carácter personal de las relaciones de crédito, cuyos efectos y relevancia está limitada a las partes. La circunstancia de que el tercero, al fin y al cabo, se inserta en el lado pasivo de la relación atenúa, pero no destruye, el hecho de que está disponiendo de una deuda que ha surgido entre otros y que debería pagar el deudor que la ha contraído. Se trata además, ya se ha dicho, de una intervención espontánea y autónoma, en el sentido de que el tercero actúa por su propia cuenta y en su propio interés y no se puede pensar que el pago del tercero sea un subrogado del cumplimiento porque se concilia mal con la regla que excluye la necesidad del consentimiento del acreedor. Si en verdad se tratase de realizar el interés del acreedor en un modo distinto al previsto en la obligación (subrogado del cumplimiento), no se podría prescindir de ese consentimiento (79). En este orden de cosas cabe preguntarse si el acreedor podría refugiarse en la norma del artículo 1.161 y negarse justificadamente a una compensación con el contracrédito del tercero.

Si se consideran estas dos ideas: que se permite pagar en atención al interés del acreedor de ver satisfecho su derecho de crédito, aunque ello signifique una intromisión en los asuntos ajenos, habrá que preguntarse si compensar satisface igualmente el interés del acreedor, de tal manera que permita eludir el hecho de la intromisión por el *solvens* en relaciones jurídicas de las que no forma parte. La compensación, se dice generalmente que es un modo abreviado de pago o un pago sin desplazamiento, sin embargo, parece más bien que estos tópicos están pensados para los casos en que la compensación se lleva a cabo entre dos sujetos que son recíprocamente acreedores y deudores. En nuestro caso, el *solvens* es un tercero, ajeno a la relación obligatoria, que pretende utilizar el contracrédito que ostenta frente al acreedor para liberar al deudor de su obligación. ¿Se debe permitir que el *solvens* ejercite la compensación como pago? No está de más recordar que se habla de una compensación legal y no convencional, que se trata de que el tercero emita una declaración de voluntad de compensar para que, sin contar con el consentimiento de deudor y acreedor, se entiendan extinguidas las deudas (la del acreedor con el tercero y la del deudor con el acreedor). ¿Se puede afirmar que el tercero que puede pagar puede *obligar a compensar* al acreedor y a liberarse al deudor?

En este punto se debe hacer hincapié en un dato que, a mi juicio es revelador: el artículo 1.158 CC legitima a «*cualquier persona*» a pagar una deuda ajena, y sin embargo, la regla general que se extrae del artículo 1.195 del CC es que un tercero no puede compensar con un crédito propio una deuda ajena. Si la compensación fuera equivalente o tuviera la misma finalidad ¿no se legitimaría igualmente con carácter general a cualquier persona a compensar su crédito para liberar de su deuda al deudor? ¿Se puede afirmar

(79) Vid Miccio, *I diritti di credito*, vol. I, Turín, 1971, pág. 164.

que la compensación es igual al pago? ¿Se puede decir que si se puede pagar una deuda ajena, se puede compensar?

Para contestar estos interrogantes no está de más recordar que es necesario distinguir la función compensatoria de la solutoria o lo que es lo mismo la compensación del cumplimiento. En este orden de cosas, se comparten plenamente las palabras de PERLINGIERI cuando critica las tentativas de los autores de identificar la compensación con el pago y que agotan todo el concepto y la función de la compensación con la simple afirmación de que se trata de una forma especial de pago, de un pago ficticio, de un autopago, etc. Compensación y cumplimiento no son equivalentes. Mientras que el cumplimiento ejecuta la obligación y, por lo tanto, la extingue, la compensación la extingue evitando el cumplimiento. Es una extinción «satisfactiva» porque lleva a cabo, por decirlo de alguna manera, un cambio recíproco de extinciones, en tanto en cuanto un sujeto evita cumplir y es liberado, pero pierde el derecho a exigir del otro el cumplimiento por la cantidad concurrente de la que es a su vez acreedor. Si se mira desde esta perspectiva, y creemos que así hay que hacerlo, se deben rechazar esas asimilaciones entre la compensación y el pago que es tan propensa a hacer la doctrina y la jurisprudencia. La función de la compensación es extintiva. Se lleva a cabo mediante la extinción recíproca de dos obligaciones en las que los sujetos detentan una situación de obligados principalmente entre ellos. Se trata de que con su ejercicio se satisfaga el interés de cada uno de los sujetos implicados. De este modo —dice PERLINGIERI— a la extinción de la deuda de uno le corresponde la extinción de la deuda del otro. No existe una extinción de la obligación, y basta, ni extinción de una obligación con la constitución de otra nueva que pretende ocupar el puesto de la primera (que sería el caso del tercero que sin tener interés en el cumplimiento paga la deuda ajena), sino de la extinción de una obligación frente la extinción de la otra recíproca. Hay extinción de una porque, y en tanto en cuanto, hay extinción de la otra (80). Vistas así las cosas, ¿se puede decir que permitiendo al tercero compensar se da la satisfacción recíproca de los dos sujetos obligados recíprocamente? No lo parece.

Pues bien, aunque se defendiera que en algunos casos la compensación es asimilable al pago, aunque se pudiera afirmar como se viene haciendo (y seguramente más por su utilidad académica que por el fondo de verdad que pueda haber en esta aseveración) que la función de «pago» que cumple la compensación es innegable en algunos supuestos (a mi juicio, única y exclusivamente en los que reúnen los requisitos del artículo 1.195), creemos que, ni es su finalidad más destacada, ni es igual al pago sino solamente asimilable

(80) Vid. PERLINGIERI, «Modi di estinzione della obbligazione diversi dall'adempimento», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Bianca*, Roma-Bolonia, 1975, págs 269 y 273, y MICCIO, *I diritti di credito*, vol. I, op. cit., pág 464.

a éste, y subrayo, única y exclusivamente en aquéllos supuestos (aunque también es defendible que hay extinción sin pago, como ocurre en los demás modos de extinción de las obligaciones a que se refiere el artículo 1.156 CC). El pago cumple esencialmente la función de satisfacción del interés del acreedor, que tiene lugar mediante la exacta y tempestiva ejecución de la prestación. La compensación, por su parte, es un medio solutorio, un modo de extinguir las obligaciones diverso del pago o cumplimiento. Con la compensación no se cumple, pero se extingue la obligación, ¿por qué?, porque se considera inútil obligar a un sujeto a pagar una suma que luego debe recibir de la misma persona a quien se la ha dado. Se trata de evitar operaciones y desplazamientos inútiles, nada más. Es preferible para evitar rodeos y reclamaciones que ambos sujetos como acreedores se den por pagados y como deudores vean extinguidas sus respectivas obligaciones. Sólo desde esta perspectiva recíproca, de «recíproco cumplimiento» se puede hablar de compensación como pago, pero no se puede extender la analogía, o más bien, la ficción, más allá.

Algún autor italiano que ha tratado este tema al estudiar el pago por tercero afirma que en la hipótesis que aquí se ha planteado, suponiendo que el tercero estuviera facultado para compensar con su propio contracrédito la deuda ajena sólo se podría dar la compensación en un sentido meramente descriptivo con el fin de evidenciar que su mecanismo es similar al negocio compensatorio consistente en la extinción de dos obligaciones sin que exista ningún tipo de desplazamiento patrimonial. Sin embargo, desde un punto de vista constructivo esta figura se aproxima a la *datio in solutum* del tercero (81), entendida ésta en sentido amplio. El tercero no estaría cumpliendo la prestación pactada, sino que estaría satisfaciendo al acreedor con un *aliud*.

Desde este punto de vista, desde la afirmación razonada de que en realidad la compensación no es igual al pago o cumplimiento, no parece oportuno admitir que cualquier persona, que no tiene interés en la obligación, pueda interferirse en una relación jurídica ajena y libere al deudor (que puede conocer, desconocer, aprobar o desaprobado tal operación), obligando al acreedor (que es su deudor por otra causa) a compensar el crédito que tiene frente al deudor con lo que le debe al tercero.

Pero si, además, se considera la función de autotutela que tiene la compensación se llega a la misma conclusión. No es sólo que puede estar quitándole al deudor la posibilidad de compensar un crédito que él ostente frente a su deudor (y que, por ejemplo, deba esperar a que sea líquido o a que venza el término), sino que puede estar obligando al acreedor a renunciar a una situación crediticia que le puede convenir o, simplemente puede preferir continuar siendo deudor del tercero pero acreedor del deudor cuya obligación

(81) Vid. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Camerino, 1936, pág. 254.

se pretende extinguir mediante compensación. La función de seguridad o de garantía que cumple la compensación es clara: mientras un deudor ostente un crédito frente a su acreedor tendrá un medio de defensa frente a las reclamaciones extemporáneas de éste. Ahora bien, en el caso de que se admitiera la posibilidad de compensar de un tercero ajeno a la relación obligatoria, esta garantía desaparecería y además, el deudor no se vería en caso alguno liberado de su obligación, sino obligado frente a una persona distinta a la originaria con la que ni siquiera ha tenido relación alguna (caso de ignorancia o desaprobación del pago por tercero), bien por un derecho de reembolso, bien por una situación de subrogación en los derechos y acciones que el acreedor originario ostentaba frente a él, bien por la acción de enriquecimiento que asiste al *solvens* para el caso de que hubiera pagado contra la voluntad expresa del deudor. ¿Conviene entonces admitir que el tercero, dado que puede pagar según lo dispuesto en el artículo 1.158, puede compensar?, ¿los efectos son los mismos?, ¿se cumplen las previsiones acerca de la finalidad de la compensación?, ¿y las del pago por tercero? En nuestra opinión, al menos se debe negar la posibilidad de que «cualquier tercero» que no tenga interés en el cumplimiento de la obligación ajena pueda compensar y liberar de este modo al deudor sin su consentimiento.

Hasta ahora se ha hablado de un tercero que carece de interés en el cumplimiento de la obligación y que no goza de la autorización del deudor para realizar el pago/compensación. Sin embargo, esta afirmación debe revisarse tanto en el caso de que el tercero tenga interés en el cumplimiento (delegación de deuda, asunción de deuda, fiador real o acreedor ordinario que paga a un acreedor preferente) como en el supuesto de que tenga el consentimiento, la autorización o una orden del deudor para pagar (mandato de pago, delegación de pago, orden de pago o simplemente que conozca la intención del tercero y lo apruebe tácita o expresamente).

2.º) EL TERCERO QUE TIENE LA AUTORIZACIÓN, ORDEN O ENCARGO DE PAGAR LA DEUDA

Se plantean ahora los supuestos en que el tercero ha recibido el *mandato de pago* por parte del deudor, ha recibido una *orden de pago* del deudor o ha existido una *delegación de pago*. Para resolver los problemas que en estas relaciones triangulares origina el ejercicio de la compensación es imprescindible distinguir de antemano estas tres figuras, porque en muchas ocasiones, tienden a confundirse. La característica esencial que une a estas figuras, que por ello se tratan unitariamente en este epígrafe, es la de que la intervención del tercero no modifica subjetivamente la relación obligatoria, no existe un cambio de deudor o una novación del sujeto pasivo, sino la aparición de un

solvens que en virtud de un mandato, una orden o un *iussum* del deudor asume el encargo de pagar o cumplir la obligación. En estos tres supuestos el tercero no se constituye en obligado frente al acreedor, sino que debe ejecutar una prestación a su favor.

Tal como dice BIGIARI, existe *delegación* cuando Cayo (delegado) por invitación de Ticio (delegante), que toma a su cargo las eventuales consecuencias pasivas de la operación, asume en nombre propio una determinada obligación frente a Sempronio (delegatario) a quien se le da a conocer de un modo u otro la delegación hecha por Ticio, o bien efectúa una prestación en favor de Sempronio, quien la recibe como si proviniese de Ticio. En el primer caso, nos encontramos ante una delegación de deuda (*delegatio promittendi*) y en el segundo, ante una delegación de pago (*delegatio solvendi*). De este modo, si, por ejemplo, Ticio (delegante) es acreedor de Cayo (delegado) y deudor de Sempronio (delegatario), con una sola prestación (la de Cayo a Sempronio) se extinguen dos relaciones obligatorias, llevándose a cabo la llamada «prestación indirecta», o bien si así lo han querido los interesados, la eventual obligación de Ticio con Sempronio se sustituirá (por efecto de la novación) o se unirá una obligación de Cayo con Sempronio (delegación liberatoria y delegación cumulativa) (82). Sin embargo, no es necesario que entre las partes de la delegación exista algún vínculo obligatorio preexistente, salvo naturalmente entre delegante y delegatario que serán entre ellos deudor y acreedor respectivamente (83).

En este epígrafe lo que nos interesa es la *delegación de pago* (*delegatio solvendi*) en la que el delegado no asume la posición de obligado frente al delegatario, sino que sólo se compromete con el delegante a ejecutar la prestación o lo que es lo mismo a pagar por él la deuda.

La diferencia entre *mandato de pago* y *delegación de pago* viene tradicionalmente explicada de la siguiente manera: existe mandato solo cuando una determinada persona se ha obligado a llevar a cabo un determinado negocio o prestación por cuenta de otra, de tal modo que si no cumple la obligación asumida, el mandante puede ejercitar la *actio mandati directa*. En la delegación,

(82) Como pone de manifiesto Díez-PICAZO, la delegación es un importantísimo instrumento de crédito que es susceptible de desempeñar funciones y cometidos muy diversos. En la delegación encuentran su fundamento último figuras tan notorias como la letra de cambio y los títulos al portador, las tarjetas de crédito y otra serie de variantes que permiten un rápido funcionamiento económico porque tienden a concentrar dos prestaciones entre tres personas: si el delegante es acreedor del delegado y deudor del delegatario, con una sola prestación, la del delegado al delegatario, se extinguen dos relaciones obligatorias; igualmente la obligación del delegante hacia el delegatario puede quedar sustituida o unida (según que el efecto sea extintivo o cumulativo) por una obligación del delegante frente al delegatario. Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., págs. 867 y 868.

(83) Vid. BIGIARI, «La delegazione», Padua, 1940, págs. 3 y 4.

sin embargo, el delegado no está obligado (como tal) a efectuar (por cuenta del delegante) la prestación que éste último le ha invitado a realizar y, por ello, no está sujeto a la *actio mandati directa*. En el primer caso nos encontramos ante un contrato (de mandato) y en el segundo ante un negocio unilateral recepticio (*iussum*) (84). También se ha dicho que quien recibe un mandato cuida el interés del mandante, actúa por y para el mandante, sin embargo, la delegación o la autorización que ésta implica se confiere en interés del delegado o autorizado, que actúa en nombre propio y en su propio interés (85). Para BIGIAVI, sin embargo, el foso que separa ambas instituciones es tan grande que no puede saltarse únicamente con estas diferencias. La delegación es un poder de disposición (o un permiso) mientras que el mandato es la confianza de un encargo para cuyo desarrollo podrá ser necesario un poder. En el primer caso, el mandatario está *obligado* a cumplir el encargo, mientras que en el segundo simplemente está *autorizado* y sólo se podrá hablar de asunción del encargo cuando efectivamente lo haya realizado.

Nosotros también creemos que las diferencias entre el mandato de pago y la delegación de pago son importantes. En primer lugar es cierto que la delegación es un negocio jurídico que se crea en virtud de una declaración unilateral recepticia (realizada por el delegante, recibida por el delegado y aceptada por el delegatario) por la que se invita a un tercero a realizar una prestación en favor del acreedor del delegante. En el mandato de pago existe un contrato en virtud del cual el mandatario se obliga frente al mandante a efectuar en interés y por cuenta del mandante el pago al acreedor. En la delegación el delegatario puede exigir al delegado el cumplimiento o pago, siempre que haya aceptado la delegación. Es más parece ser doctrina dominante la idea de que, precisamente por el hecho de que ha aceptado la delegación debe requerir el pago primero al delegado y posterior y subsidiariamente al delegante. En el mandato de pago, el mandatario responde de su falta de cumplimiento ante el mandante, pero es éste quien está obligado frente al acreedor. En el mandato hay un contrato del que surge una única relación entre mandante y mandatario. En la delegación hay un negocio jurídico trilateral en su formación del que nacen tres relaciones jurídicas diversas (la de *valuta* entre delegante y delegatario, la de *provisión* entre delegante y delegado y la *final* entre delegado y delegatario). En la delegación de pago el delegado ha sido autorizado por el delegante a pagar su deuda y el delegatario ha aceptado servirse de esta delegación para ver satisfecho su derecho de crédito. Se habla, por ello, de una autorización con dos vertientes: la existente entre delegante-delegado y la posterior entre delegado-delegatario. Sin embargo, en el mandato de pago el acreedor no forma parte (no

(84) Vid. BIGIAVI, «La delegazione», op. cit., pág. 140.

(85) Vid. BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione*, *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, 1933, II, pág. 143.

emite declaración de voluntad alguna) del negocio contractual. El mandatario actúa por cuenta del mandante y el acreedor deberá recibir el pago como si de cualquier tercero se tratara. Como se puede apreciar las diferencias son muchas, aunque también en la práctica hay que reconocer que tienden a diluirse.

Pues bien, empezando con la *delegatio solvendi*, hay que advertir que a diferencia de lo que ocurre en algunos de los Códigos civiles de nuestro entorno, el español calla acerca de la posibilidad de que en la delegación, el delegado oponga la excepción de compensación al delegatario para ejecutar la delegación de pago. Así, por ejemplo, el artículo 1.271 del Código Civil italiano es claro al respecto: «*El delegado puede oponer al delegatario las excepciones relativas a sus relaciones con éste. Si las partes no han pactado otra cosa, el delegado no podrá oponer al delegatario, aunque éste las hubiera conocido, las excepciones que habría podido oponer al delegante, salvo que sea nula la relación entre delegante y delegatario. El delegado no puede tampoco oponer las excepciones relativas a la relación entre el delegante y el delegatario, si las partes no han hecho especial referencia a ello*». Según la doctrina italiana, la *ratio* de que se le permita al delegado oponer al delegatario la excepción de compensación derivada de sus propias relaciones con él (es decir, «no te pago las mil como delegado de Ticio porque tú me debes otro tanto») responde al carácter autónomo de la relación delegado-delegatario, una vez que el delegatario ha aceptado la delegación. Desde ese momento, el delegatario podrá exigirle el pago y el delegado, consiguientemente, podrá oponerle todas las excepciones que se deriven de sus relaciones con aquél. También, la prohibición, salvo pacto, de que el delegado pueda oponerle la compensación derivada de la relación de provisión (delegante-delegado), incluso si el delegatario conocía esta posibilidad, es una consecuencia clara del carácter autónomo de las relaciones que surgen en la delegación. El único límite que se establece a la inoponibilidad de excepciones derivadas de la relación de provisión es el de la nulidad de la relación de valuta (delegante-delegatario), siendo obvio que si la relación de valuta es nula, la deuda que ha surgido de ella, delegada o no delegada, también lo es, puesto que de afirmarse lo contrario el delegatario estaría consiguiendo un lucro indebido. Los mismos motivos han de encontrarse en la prohibición, salvo pacto de las partes, de que el delegado oponga en compensación el crédito que el delegante tiene frente al delegatario (86).

Estos mismos principios están presentes en el ordenamiento y en la doctrina francesa, para los que, aunque con la delegación no se haya producido una novación subjetiva y la delegación sea simple, la obligación que nace del negocio es autónoma e independiente y, en consecuencia, salvo pacto en

(86) Vid. Miccio, *I diritti di credito*, op. cit., págs. 410 y ss., y BIGIATI, «La delegazione», op. cit., págs. 278 y ss.

contrario, el delegado no podrá servirse de otras excepciones que no sean las atinentes a su propia relación con el delegatario (87).

Pues bien, aunque nuestro ordenamiento calle respecto al supuesto de la delegación de pago, existen tres motivos por los que es conveniente aceptar los dictados de la experiencia extranjera: el primero es que las normas relativas a la compensación de créditos establecen como requisito imprescindible para que se opere la compensación el carácter principal de los sujetos obligados, la reciprocidad de la relación entre acreedor y deudor y el derecho propio de los créditos que se pretenden compensar. Esto significa que en el caso de la *delegatio solvendi* sólo se puede aceptar la compensación por el delegado de su propio contracrédito, pero no que se sirva de las relaciones y créditos ajenos. El segundo motivo ha de encontrarse en la utilidad última del fenómeno delegatorio que como explica Díez-PICAZO, y ya se ha mencionado anteriormente, es un instrumento importantísimo de crédito en el que encuentran su fundamento figuras tan notorias en la práctica como la letra de cambio, las tarjetas de crédito y otra serie de variantes que permiten un rápido funcionamiento económico (88). El tercer y último motivo es el de la eficacia de la delegación, ya sea perfecta o imperfecta (novatoria o no), como una eficacia descausalizada, en el sentido de que las vicisitudes de las relaciones de valuta no afectan al mecanismo delegatorio. El delegante queda vinculado frente al delegado y frente al delegatario merced a la estricta declaración de voluntad de autorización. A su vez el delegado queda vinculado por la estricta declaración de voluntad de aceptación o por la promesa dirigida frente al delegatario. Como consecuencia de todo ello, el delegante tendrá que permitir frente a él que la delegación produzca su efecto y el delegado soportar la acción del delegatario, aun cuando las relaciones subyacentes o de base hayan desaparecido en un momento posterior. En resumen, decir que la eficacia de la delegación está descausalizada, o es independiente de la relación subyacente, significa admitir la inoponibilidad por el delegado, frente a la acción del delegatario, de las excepciones que derivan de las relaciones anteriores o subyacentes, que existen entre delegante y delegatario o delegante y delegado (89).

En el *mandato de pago*, sin embargo, el mandatario asume el encargo de pagar por cuenta y en nombre del mandante. No es necesaria, qué duda cabe, la aceptación del acreedor (puesto que estamos hablando de obligaciones pecuniarias que posteriormente se intentarán compensar y no de obligaciones de hacer no fungibles o de dar cosa cierta y determinada). El acreedor en este

(87) Vid. GRÜA, voz *Compensation*, op. cit., pág. 8; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, París, 1989, págs. 93 y ss.; BILLIAU, *La délégation de créance*, París, 1989, pág. 332.

(88) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, op. cit., vol. II, pág. 867.

(89) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., págs. 871 y 872.

caso, ya se ha dicho, deberá recibir el pago (lo que no significa aceptar que deberá admitir la compensación, puesto que, como ya se ha defendido en este trabajo, no se puede equiparar de manera absoluta la compensación al pago). Se puede afirmar con LEÓN ALONSO que el contrato de mandato se encuentra a caballo entre la mera cooperación y la sustitución. De estas dos situaciones surge el matiz de la autorización en cuanto manifestación de una voluntad recepticia, expresa o tácita, mediante la que una persona faculta a otra para realizar en nombre propio, en su propia esfera jurídica, actos sin cuya legitimación carecerían de eficacia. De esta forma debe predicarse que la naturaleza jurídica del contrato de mandato (a nuestros efectos, del mandato de pago) es aquella de un contrato de cooperación y gestión realizadas por cuenta ajena y con plena eficacia en la esfera de quien lo encomendó (90).

Para saber si el mandatario, que ha recibido la instrucción por parte del mandante de pagar su deuda, puede o no utilizar el mecanismo de la compensación y con qué límites (es decir, si puede utilizar un contracrédito que él mismo ostente frente al acreedor del mandante y si, también puede oponerle el que tenga el mandante con el acreedor) habrá que investigar cuáles son los límites del mandato (art.1.714) en relación con las instrucciones recibidas por el mandante (art.1.719). La cuestión se simplifica si el mandante ha excluido la posibilidad de que el mandatario cumpla el encargo utilizando el mecanismo compensatorio, bien expresamente, bien tácitamente mediante actos concluyentes (por ejemplo, le ha provisto de fondos para realizar la gestión). Pero si únicamente le dió la instrucción de pagar la deuda, *quid iuris?* Nosotros creemos que podrá utilizar su propio contracrédito frente al acreedor para extinguir la obligación del mandante, porque al fin y al cabo el mandato que ha recibido es el de extinguir la obligación y la ley le otorga la subrogación. Dice el número 2.º del artículo 1.210 del Código Civil que se presumirá que hay subrogación cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor. Por consiguiente, si el mandante no dió unas instrucciones específicas al mandatario en orden al modo en que debía realizar el pago, no le dió provisión de fondos para que llevara a cabo la gestión, pero al fin y al cabo le dió el encargo expreso de pagar, habrá de presumirse que el mandatario puede utilizar su propio contracrédito para liberar al mandante de la obligación que pesa sobre él. El artículo 1.719 dispone que a falta de instrucciones del mandante, el mandatario hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia. En este punto hay que pensar naturalmente en el caso de que el mandatario no pueda consultar con el mandante esta posibilidad. No parece, por consiguiente, que se estuviera extralimitando en el mandato, si para libe-

(90) Vid. «Comentario al art. 1 709 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. II, pág. 1524.

rarle utiliza un contracrédito propio. Sin embargo, la cuestión no es tan fácil si se mira desde la posición del acreedor. Dos son las razones que existen para dudar de esta posibilidad. En primer lugar, porque compensar y pagar no es lo mismo, no son sinónimos, no cumplen la misma función (recuérdese la función de autotutela que posee la compensación y la diferencia entre la satisfacción del crédito y la liberación de la obligación). Esto significa que si efectivamente el acreedor no podría negarse a recibir el pago que le ofreciera el mandatario sin incurrir en mora credendi, sí podría hacerlo si lo que le está exigiendo es la compensación. En segundo lugar, porque de la regulación que el Código hace de la compensación se extrae el principio de que nadie puede ser obligado a compensar lo que le deba a otra persona distinta del deudor y esto significa que el acreedor no puede ser forzado a compensar su crédito con lo que a su vez debe a persona distinta de su deudor. Por consiguiente, como estamos hablando de una compensación legal, y de un mandatario que actúa por cuenta ajena, difícilmente se podrá afirmar que, aunque el mandatario no se extralimitara en el mandato si utilizase su propio contracrédito para compensar y cumplir así el encargo recibido, pero el acreedor, por el contrario, no estaría obligado a hacerlo. Si éste aceptase el mecanismo de la compensación como modo de pago y de extinción rápida de dos obligaciones (mandante-acreedor y mandatario-acreedor), seguramente se trataría de una compensación convencional y no de una legal, puesto que, a pesar de no reunirse los requisitos para hacer valer ésta, las partes han pactado o aceptado hacerla valer igualmente.

Por último, cabe preguntarse si sucedería lo mismo si el mandatario para cumplir el encargo de pago, opone en compensación al acreedor un contracrédito que el mandante ostente con éste último. No cabe duda de que si el mandatario está actuando como representante del mandante (se le ha otorgado un poder de representación) podrá oponer al acreedor el contracrédito del mandante en compensación de la deuda que aquél tiene frente a éste. Sin embargo, si el mandato es simple y en las instrucciones de pago que el mandante ha hecho al mandatario no ha expresado nada acerca de esta posibilidad, estaríamos en presencia de una extralimitación del mandato, puesto que estaría disponiendo de un bien, o mejor, de un derecho de crédito ajeno (art. 1.713 CC).

La *orden de pago*, por su parte, es un acto jurídico (91) en virtud del cual el deudor legitima a un tercero a pagar a su acreedor una cierta cantidad de dinero. La relación que une al deudor con el tercero (*solvens*) suele ser, por

(91) En realidad los mercantilistas, que son los que han estudiado a fondo la naturaleza jurídica de los títulos que incorporan órdenes de pago, mantienen ya una larga disputa acerca de si se trata de un acto jurídico, un negocio jurídico o un simple hecho jurídico. Vid., en este punto, PAZ-ARES, «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1986, págs. 131 y ss.

regla general, una relación jurídico mercantil, de naturaleza cambiaria. Al ser en este ámbito del Derecho mercantil donde cotidianamente se desarrollan los órdenes de pago, mediante la emisión de títulos-valores, nos remitiremos a su doctrina para resolver los problemas que plantea el ejercicio de la compensación plantea en este supuesto (92). Tomemos como ejemplo la letra de cambio. El librador del título (deudor de la relación subyacente) con su libramiento da orden al librado (solvens-tercero en la relación subyacente) de que pague una cantidad determinada al tenedor del mismo (acreedor en la relación subyacente). Mientras el librado no acepta la letra, no asume, bajo su firma, la obligación de pagarla a su vencimiento, puesto que es la aceptación de la orden de pago dictada por el librador lo que convierte al librado en obligado principal y en vía directa de la satisfacción del crédito incorporado a la letra. Hasta ese momento la mención del librado no es más que «un nombre» que no produce por sí mismo ninguna obligación cambiaria, pero a la aceptación de la orden pasa a ser obligado directo y principal, en tanto que el librador y los endosantes se siguen presentando como obligados en regreso, es decir, como personas que en cierto modo cumplen una función de garantía, respondiendo frente al tenedor en caso de falta de pago por parte del aceptante (93).

El artículo 1.2.^º de la Ley Cambiaria y del Cheque es bastante claro en cuanto a la configuración de la orden de pago, porque aunque habla de la necesidad de que la letra de cambio contenga «*el mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial*», no se trata —como enseña la mejor doctrina mercantilista— de un mandato de pago en sentido riguroso, sino más bien una simple orden o *iussum* (expresada claramente con términos como «*pague Vd.*», «*sírvase pagar Vd.*», «*atienda Vd.*», etc.), cuya naturaleza jurídica variará en función de las relaciones subyacentes entre librador y librado (94).

Pues bien, las relaciones que surgen a raíz del libramiento de una letra de cambio son, como sucedía en los supuestos anteriores, también triangulares: portador-librado, librador-librado y librador-portador (95). Antes de examinar

(92) Se sigue en este punto los estudios realizados en esta materia por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La aceptación de la letra de cambio», en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1986, págs. 543 y ss.; PAZ-ARES, «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», *ibídem*, págs. 95 y ss.; y «Las excepciones cambiarias», *ibídem*, págs. 251 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ, «La circulación de la letra de cambio», *ibídem*, págs. 449 y ss.; CARLÓN SÁNCHEZ, «El cheque», *ibídem*, págs. 773 y ss.; CORTES DOMÍNGUEZ, «El nuevo juicio ejecutivo cambiario», *ibídem*, págs. 873 y ss.; IGLESIAS PRADA, «El libramiento de la letra de cambio», *ibídem*, págs. 385 y ss.

(93) Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La aceptación de la letra de cambio», *op. cit.*, pág. 513.

(94) Vid. IGLESIAS PRADA, *El libramiento de la letra de cambio*, *op. cit.*, pág. 396.

(95) Nosotros aquí hablaremos del tenedor, portador o acreedor de la letra, puesto que la letra puede haber sido endosada, en cuyo caso, se deberá pensar en el endosatario o tomador.

si se puede o no se puede compensar en cada una de estas relaciones nacidas de la orden de pago que incluye la letra de cambio, es necesario hacer dos consideraciones previas. Ambas las expresa con extrema claridad PAZ-ARES y, por ello, lo mejor que se puede hacer es trasladar aquí sus palabras:

En primer lugar, «para aproximarse de una manera correcta a la compleja estructura hay que partir de unas premisas universalmente aceptadas. La primera consiste en la necesidad de diferenciar analíticamente el plano de las relaciones cartulares o estrictamente cambiarias y el plano de las relaciones fundamentales, subyacentes o extracambiarias que se entremezclan en el fenómeno de la letra (96). La segunda consiste en la necesidad de tener en cuenta que entre los distintos planos —cambiarario y causal— que conforman la autonomía del fenómeno de la letra existe una relación de concurrencia y alternancia. Se mueven en la misma dirección y tienden a producir el mismo resultado económico o sustancial que consiste en la satisfacción al acreedor de una suma de dinero (concurrencia), pero sólo se debe realizar una de las relaciones jurídicas concurrentes, puesto que la satisfacción del acreedor sólo debe realizarse una vez (alternancia) (97). La tercera y última premisa es la de la necesidad de tener presente siempre la muy diferente disciplina a la que se somete la relación cambiaria según ésta se deduzca *inter partes* o *inter tertios*. Y esta característica se revela congruente con la función del Derecho cambiarario: facilitar y asegurar la circulación de créditos. Se trata de un Derecho construido sobre los principios de la seguridad del tráfico, que tiende a tutelar el interés del tercer adquirente a no ver frustradas sus expectativas de realización del crédito por la concurrencia de circunstancias que le resultaron desconocidas en el momento de la adquisición. Así se explica el célebre principio de inoponibilidad de excepciones personales sobre el que se articula la especificidad del Derecho cambiarario» (98).

En segundo lugar, hay que tener presente el carácter causal de la obligación cambiaria *inter partes* y el carácter abstracto de la obligación cambiaria

(96) Este profesor pone un ejemplo para ilustrarlo: Cuando *Primus* y *Secundus* celebran un contrato de compraventa asistimos a la realización de un negocio primario (o negocio fundamental) que tiene plena autonomía en el plano económico o sustancial. Por el contrario, cuando *Primus* acepta la letra de cambio librada a su cargo por *Secundus*, nos encontramos ante un negocio jurídico secundario (o negocio de ejecución), que a diferencia del anterior carece de autonomía en el orden sustancial. Los negocios cambiarios presuponen necesariamente un negocio inicial o fundamental (un negocio causal). Esto explica por qué en la letra de cambio se entremezclan dos tipos de relaciones que conviene mantener separadas, las cambiarias (*relación de valuta*) y las extracambiarias (*relación de provisión*). Vid «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», op cit., pág. 96

(97) *Ibidem*, pág. 96.

(98) *Ibidem*, págs. 97 y 98

si es *inter tertios*. Y esta diferencia facilita el entendimiento en cuanto a la oponibilidad de las excepciones por el deudor cambiario y, particularmente a lo que el ejercicio de la excepción de compensación se refiere. Esta idea la explica con claridad PAZ-ARES: *El Derecho cambiario es un Derecho en cierto modo exorbitante respecto del Derecho común de las obligaciones. Su exorbitancia radica precisamente en la limitación de las excepciones de que se puede valer el deudor cambiario para defenderse frente a la pretensión que contra él dirige el tenedor. Se justifica única y exclusivamente por la necesidad económica de que el sistema jurídico asegure la circulación secundaria o de los créditos. Este es el punto crucial: la limitación de excepciones sólo tiene sentido en la medida en que el crédito efectivamente haya circulado, es decir en la letra inter tertios. De suerte que si no hay circulación —adquisición del título por parte de un tercero—, cae el presupuesto que justifica la aplicación de la disciplina exorbitante y el Derecho común recobra su imperio con toda la fuerza y en toda su extensión. Esto es lo que sucede en la letra inter partes* (99).

Pues bien, teniendo siempre en cuenta estas pautas de entendimiento, a la hora de averiguar si el deudor cambiario puede hacer valer la excepción de compensación y con qué contracréditos puede hacerlo hay que recurrir a lo dispuesto en los artículos 20 y 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque. El primero de ellos (traído directamente de la Ley Uniforme de Ginebra de 1930) establece que «*el demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor*», y el segundo dispone: «*El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si el adquirente de la letra procedió a sabiendas en perjuicio del deudor. El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes* (...) 3.º *La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado*».

Pues bien, en las *relaciones existentes entre el portador de la letra y el aceptante* (deudor y acreedor cambiarios), siendo la obligación del aceptante una obligación de carácter directo y principal, la doctrina mercantilista, aplicando los artículos referidos, afirma que éste no podrá oponerle al portador las excepciones personales (entre las que debemos incluir la de compensación) que eventualmente pudiera oponer al librador o a un endosante, salvo que el portador al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor (*exceptio doli cambiaria*). Con ello se quiere sig-

(99) *Ibidem*, pág. 255

nificar que la validez y eficacia de la aceptación no está condicionada bajo ninguna forma por la relación causal que explica la emisión del título por el librador y su aceptación por el librado (100). Por consiguiente, acudiendo a los preceptos antes señalados se puede afirmar que el librado aceptante ante la reclamación de cumplimiento de la letra por el portador, podrá excepcionarle la compensación con un crédito que ostenta frente a este mismo portador, pero no podrá utilizar el contracrédito que tenga frente al librador o cualquier otro tenedor anterior, salvo que este adquirente haya adquirido la letra sabiendo que con ello perjudicaba al deudor cambiario. ¿Cómo?, conociendo que precisamente el tenedor anterior era deudor a su vez del librado y para evitar una segura compensación la haya hecho circular.

En la *relación librador-librado*, en virtud de la aceptación se compromete a pagar y será responsable frente al librador de la cantidad íntegra. Ahora bien, como adviértela doctrina, el tema de mayor dificultad en esta relación es el de saber si el librado queda obligado cambiariamente y en qué términos cuando quien ejercita la acción directa es el propio librador, bien por haber creado la letra a su orden y presentarla al pago sin haberla hecho circular, bien por haberse convertido en portador por virtud de un endoso antes del vencimiento, bien por haber recibido la letra en regreso y presentarla al pago. A estos interrogantes puede contestarse favorablemente. El principio de la inoponibilidad de excepciones consagrado en los arts. 20 y 67 de la Ley Cambiaria reconoce expresamente al deudor cambiario (librado-aceptante en este caso) la oponibilidad al tenedor de la letra (el librador-portador en este supuesto) de las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. Se introduce por lo tanto, la tesis dualista en el sentido de que, la abstracción de la deuda cambiaria sólo es exacta si va referida a aquellas personas frente a las cuales el firmante de la letra está obligado por el solo hecho de haberla suscrito. Por el contrario, cuando esa deuda ha surgido entre personas vinculadas por una relación contractual anterior (librador-librado, endosante-endosatario), la deuda cambiaria queda condicionada por la relación preexistente que le sirve de causa. En todo caso, el carácter abstracto de la letra decae, pudiendo oponer el deudor las excepciones personales que tuviera frente a los tenedores anteriores de la letra, en los supuestos de *exceptio doli*, es decir, cuando el portador al adquirir la letra haya procedido a sabiendas del perjuicio del deudor (101).

En último lugar, hay que destacar la postura asumida por PAZ-ARES en lo que respecta al ejercicio de la compensación, porque distingue entre la com-

(100) Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La aceptación de la letra de cambio», op. cit., pág. 542.

(101) Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La aceptación de la letra de cambio», op. cit., págs. 543 y 544.

pensación ya ejecutada y la situación de compensabilidad. De este modo, observa el autor que si una vez ejecutada la compensación el tenedor (frente al que aquella se ejercitó) demanda el pago de la letra, el deudor puede oponerle la compensación cual hecho extintivo de la pretensión. Pero como excepción de validez que es, no puede el deudor oponer la compensación ejecutada al tercero que haya adquirido la letra sin haber incurrido en culpa grave. Distinto —explica PAZ-ARES— es el caso de la que podemos llamar compensabilidad, es decir, la compensación no ejecutada, que a lo único que da lugar es a una excepción extracambiaria, que se basa en las relaciones personales y que no extingue el crédito. Por consiguiente sólo puede oponerse al adquirente doloso, por la vía del art.20 o 61.I LC (102).

Tras esta incursión por el Derecho cambiario, se me puede preguntar qué relación existe entre las excepciones cambiarias y el tema que en este trabajo se viene tratando. ¿Por qué irse tan lejos para resolver la cuestión de si el tercero que ha recibido una orden de pago puede oponer frente a la reclamación de pago la excepción de compensación? Porque si la intervención de los terceros en las relaciones obligatorias suelen tener como causa el interés de éstos en la obligación misma, ya sea porque asumiendo el pago de la deuda ajena se liberan de una obligación contraída anteriormente (*solvendi causa*), ya sea porque desean obtener un crédito frente al deudor que se lo encarga (*credendi causa*). En el tráfico jurídico actual no se debe olvidar que un principio fundamental que lo rige es el de la circulación de los créditos, y la única manera que tienen de circular es mediante su adquisición por terceras personas ajenas a la relación obligatoria original. La circulación de los créditos es un instrumento imprescindible de la economía de hoy y si bien la compensación, como «modo abreviado de pago», o como «modo de extinción de las obligaciones diverso del cumplimiento», o como «medio de defensa» ante un incumplimiento o insolvencia posterior del deudor recíproco, viene regulado en el Código Civil, no es menos importante tener presente las necesidades actuales para configurar el *modus operandi* de esta figura. Son estas las razones que conducen necesariamente

(102) En este punto PAZ-ARES hace una observación importante se pregunta si una vez dejado sin aplicación (por el art. 68 III LC) a la letra de cambio el artículo 1.464 3.º LEC, cabe compensar en el juicio ejecutivo el crédito cambiario con un crédito que no tenga fuerza ejecutiva. A su juicio, invocando razones de orden constitucional (art. 24 CE) la respuesta ha de ser positiva. En efecto —explica—, desaparecida la limitación legal contenida en el artículo 1.464 3.º LEC, recupera su vigencia el artículo 1.195 del Código Civil, de suerte que si el crédito reúne los requisitos legales para ser compensado, nada obsta para que la excepción pueda ser hecha valer y para que prospere en el juicio, aun cuando el crédito que se desea compensar no esté amparado por un título ejecutivo. Ha de tenerse en cuenta —advierte PAZ-ARES— que oponer la compensación significa «hacer valer» el derecho a compensar y no «ejercitar» el derecho de crédito con el que se desea compensar. Vid. «Las excepciones cambiarias», op. cit., págs. 349 y 350.

a tener en cuenta que si hay un campo de cultivo especial para la compensación en los supuestos que aquí se han planteado, éste es el mercantil, y especialmente el cambiario. La doctrina civilista, ya se ha dicho, a la hora de explicar el funcionamiento de la compensación se fija únicamente en los supuestos regulados en el Código Civil, sin embargo, esas necesidades cambiantes del tráfico, hacen necesaria también la revisión de los postulados tradicionales y de las explicaciones dogmáticas al uso. Si en Derecho cambiario no se le permite al deudor oponerle al tenedor las excepciones personales que tuviera frente al librador, no se justifica porque existe un precepto que así lo establece (art.20 y 67 de la Ley cambiaria), sino porque de lo contrario, se entorpecería gravemente la circulación de los créditos. Habiéndose configurado además la obligación cambiaria como una obligación abstracta, en el sentido de que el sujeto que ostenta el crédito nada tuvo que ver en el negocio del que trae causa el título, es razonable que se protejan sus legítimos intereses de ver satisfecho el derecho de crédito adquirido de buena fe.

Pues bien, en este trabajo los estudios realizados por la doctrina mercantil sirven de base para interpretar más adecuadamente el requisito de la reciprocidad de las partes compensantes establecido por el legislador de 1889. Si no existe óbice legal alguno para que un tercero pueda entrar a formar parte de las relaciones jurídicas ajenas, habrá que pensar que su fundamento radica en la necesidad de que los derechos de crédito se satisfagan o se realicen. Si se admite pago del tercero en general, o en particular la delegación de pago, el mandato de pago o una orden de pago es porque son instrumentos idóneos para cubrir esa finalidad. Ahora bien, como en cualquier relación triangular, no hay que confundir el negocio subyacente (de cobertura, de provisión, etc.) y los efectos que éste produce *inter partes* con el negocio de mandato, orden o delegación y las consecuencias que de ellos se extraen. De este modo, diferenciando —como advierte PAZ-ARES (103)— ambos planos, se obtiene la solución proyectada tanto en el Código Civil, como en la disciplina mercantilista. El deudor podrá oponer las excepciones personales derivadas de su relación con el acreedor, pero no las que tuviera con otras personas.

3.º) EL TERCERO QUE TIENE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA DEUDA

A los efectos de este trabajo, los obligados a pagar la deuda ajena son aquellos terceros que mediante una delegación promisorio o de una asunción de deuda han asumido la obligación frente al acreedor de cumplir una obligación que en origen no le es propia, pero que en virtud de aquellos negocios

(103) Vid. «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», op. cit., pág. 95

la han asumido como tal, liberando o no al deudor originario (liberatorias o cumulativas). En nuestro ordenamiento civil, a diferencia de lo que ocurre en los de nuestro entorno, existe un vacío legal en cuanto a la regulación de estos negocios tendentes a producir el cambio del deudor o la acumulación de otro deudor en la relación obligatoria. Como explica Díez-Picazo, la figura de la delegación de deuda es la más ligada a la tradición romanista y la que ha inspirado los artículos 1.203, 1.205 y 1.206 del Código Civil. El llamado contrato de asunción de deuda, en cambio, carece de una regulación normativa entre nosotros y su recepción doctrinal y jurisprudencial procede de la doctrina alemana y del Código Civil de aquel país. Se pregunta este autor si esto quiere decir que en el Derecho español, para producir un cambio pasivo de la relación obligatoria, sólo puede ser utilizado el mecanismo de la delegación de deuda. A su juicio, no existe inconveniente, partiendo del principio general de autonomía de la voluntad, en que la iniciativa de los deudores se articule en unos casos a través de un contrato de asunción de deuda y en otros por la vía de la delegación de deuda (104).

En realidad, la diferencia que existe entre ambos negocios, delegación de pago y asunción de deuda, es, por expresarlo de algún modo estructural, ambos llegan a los mismos efectos (el cambio de sujeto pasivo en la relación obligatoria si son liberatorios o a la suma de otro deudor más si son cumulativos) siguiendo un camino distinto. En la delegación de deuda, el deudor originario dirige una orden (*iussum*) al nuevo deudor (que, por regla general, es a su vez deudor del deudor) para que prometa al acreedor que cumplirá la obligación. El mandato dado por el deudor a ese tercero es el de que emita frente al acreedor una declaración de voluntad promisorias, obligándose a ejecutar la prestación que el deudor primitivo debía. Si la declaración de voluntad promisorias del delegado, en ejecución de la delegación, es aceptada por el acreedor, y expresamente éste libera al deudor originario se producirá una novación del sujeto pasivo, un cambio del deudor originario por el nuevo. De lo contrario, la obligación del nuevo deudor quedará unida a la obligación del deudor originario y la delegación será cumulativa (105).

En la asunción de deuda el mecanismo por el cual el tercero se obliga frente al acreedor es distinto. Se produce por el convenio entre el deudor antiguo y el nuevo, al que el acreedor presta su consentimiento, de manera simultánea o posterior (por ejemplo: un comerciante compra una empresa y en el contrato se hace cargo del pasivo que su vendedor tenga. El adquirente tiene la obligación de pagar en cuanto ha estipulado la asunción de deuda y no porque a su vez sea deudor del vendedor).

(104) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 864.

(105) Vid. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 864.

Pues bien, ambos forman parte o son especificaciones de una figura más general que es la del contrato a favor de tercero (en ambos casos el acreedor obtiene un «nuevo» derecho de crédito frente al deudor nuevo) y, aunque deba admitirse que no es necesaria una previa regulación de la asunción de deuda para que ésta se esté desenvolviendo en nuestro tráfico jurídico, lo cierto es que nos encontramos con grandes dificultades a la hora de configurar el régimen jurídico de estos tipos negociales. Se debe por ello recurrir, también aquí, a la experiencia que aporta la doctrina extranjera para tratar de delimitar los confines de estas figuras tan borrosas.

En realidad, cuando en virtud de la asunción de deuda o de la delegación promisorio el deudor originario se ve liberado de su obligación (delegación y asunción liberatoria o novativa) no cabe plantearse, a juicio de la doctrina más sobresaliente, la posibilidad de que el nuevo deudor oponga una situación de compensación surgida entre el deudor originario y el acreedor, aunque el crédito del deudor originario todavía subsista. La razón estriba en que con la delegación liberatoria o novatoria no existe una sucesión de deudores, el nuevo deudor no adquiere o no se subroga en los derechos del antiguo, y, por consiguiente no podrá oponer un crédito ajeno para compensar su propia obligación. Tanto con la delegación como con la asunción de deuda liberatorias se produce una verdadera sustitución del sujeto pasivo, que se convierte en obligado principal y directo frente al acreedor. Tanto es así, que nuestro Código Civil señala en el artículo 1.206 que la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda. La liberación del deudor originario (por delegación o por asunción) entraña, como es obvio, la extinción de la obligación del deudor con el acreedor y, por ello, la desaparición de todas las excepciones que afectaban a su relación.

Aunque nuestro Código calle acerca de las excepciones oponibles por el nuevo deudor, habrá que pensar que si éste asume su obligación frente al acreedor (que la acepta) con independencia de la relación existente entre el deudor originario y el acreedor, ésta misma independencia entre ambas relaciones obligatorias habrá de predicarse a la hora de solucionar el problema de la compensación. Sirvan de ejemplo las palabras de CARAVELLI al explicar la inoponibilidad de la compensación derivada de las relaciones entre deudor originario y el acreedor: El adquirente de una empresa tiene la obligación de pagar porque ha estipulado la asunción de deuda, y no porque es deudor del vendedor de la misma. Esta circunstancia (la de la relación contractual entre los dos deudores) es ajena y extraña al derecho del tercero (acreedor) y, por otra parte, el acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento, y no la obligación de compensar. Para admitir la solución contraria habría que pensar necesariamente que la asunción de las deudas en la venta de la empresa no constituye una especie del

contrato a favor de tercero, sino más bien un contrato que obliga a tercero. Si el tercero, que era un puro y simple acreedor del vendedor, estuviera efectivamente obligado a sufrir la compensación, es evidente que la asunción, en vez de procurarle una ventaja, le vendría a obligar (106).

El Código Civil italiano es claro a este respecto al establecer en el artículo 1.273 (sobre la asunción de deuda) que *«en cualquier caso el tercero está obligado frente al acreedor que se ha adherido a la estipulación, en los límites en los que ha asumido la deuda, y puede oponer al acreedor las excepciones fundadas en el contrato del que la asunción trae su causa»*. Como explica la doctrina de este país, el precepto se refiere a excepciones reales (como por ejemplo, la nulidad del negocio base) y no a las personales (como lo es la compensación) (107). Esta misma regla aparece contemplada en cuanto al contrato con estipulación a favor de tercero (art. 1.413: *el promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato del que deriva el derecho del tercero, pero no aquellas otras fundadas en otras relaciones entre promitente y estipulante*). La regla es también, muy parecida, aunque más completa en el caso de la delegación (art. 1.271), donde al delegado se le permite oponer en compensación su propio contracrédito al delegatario, pero no la que hubiera podido hacer valer frente al delegante (salvo pacto en contrario), ni la nacida de la relación entre delegante y delegatario (salvo expreso convenio).

A pesar de diferenciarse en sus efectos la delegación y la asunción liberatoria de las cumulativas, esta misma solución ha de adoptarse para el caso de que el nuevo deudor pretenda ejercitar la compensación de su obligación con un crédito que ostenta con el deudor originario o éste último con el acreedor común, porque la autonomía del vínculo del nuevo deudor con el acreedor, prohíbe oponerle a éste último las excepciones atinentes a relaciones en las que el tercero es un extraño (108).

Para finalizar este epígrafe conviene poner en duda si estas reglas generales de inoponibilidad de la excepción de compensación, que no sea entre créditos recíprocos existentes entre delegado y delegatario deberían sufrir alguna alteración en caso de que el delegatario hubiera actuado de mala fe, como lo hace la Ley cambiaría para las obligaciones de esta naturaleza.

(106) Vid. CARAVELLI, *Teoria della compensazione*, Pisa, 1930, pág. 75.

(107) Vid. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milán, 1958, págs. 161 y ss., y «Delegazione (Diritto civile)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, pág. 929 y ss., y «Accollo», en *Novissimo Digesto italiano*, vol. I-I, págs. 140 y ss.; GRECO, «Delegazione (Diritto civile)», en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, págs. 327 y ss.; BIGIAVI, «La delegazione», op. cit., pág. 342; NATOLI, «In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile», op. cit., pág. 64.

(108) Vid. en el mismo sentido, en la doctrina francesa, GRÜA, *voz compensation*, op. cit., pág. 8; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., 92 y ss.; BILLIAU, *La délégation de créance*, op. cit., pág. 332.

4.º) EL TERCERO QUE TIENE DERECHO A PAGAR UNA DEUDA AJENA
Y PAGANDO SE SUBROGA

Planteamos ahora el supuesto en que un tercero tiene derecho a pagar la deuda ajena y pagando se subroga. Pensamos en los casos del acreedor que paga al acreedor preferente (art. 1.210.1.º CC) y en el que el tercero constituyente de prenda o hipoteca en garantía de deuda ajena paga para evitar la ejecución de la cosa pignorada o hipotecada (art. 1.210.3.º) (109). En ambas hipótesis, según lo dispuesto en el precepto citado, se presume tiene lugar la subrogación del tercero en la posición acreedora.

a) *El acreedor que paga al acreedor preferente*

A diferencia de lo que ocurre en otros códigos de nuestro entorno (francés e italiano), no parece que el artículo 1.210.1.º CC exija que la preferencia de un acreedor sobre los demás sea sobre una cosa concreta (v.gr., rango hipotecario). Se trata de un acreedor ordinario y sin privilegio que paga al acreedor (del mismo deudor) que sí dispone de él o entre acreedores con privilegios de distinto rango (110). La razón de que el legislador otorgue la subrogación a este tercero que paga es para evitar que el juego del privilegio imposibilite la realización del crédito por quien carece de preferencia, al pasar los bienes del deudor tras su venta, a manos de otras personas, y destinarse el producto al acreedor preferente (111). Estos acuerdos entre acreedores hay que considerarlos —como parece que hizo el legislador— beneficiosos para el tráfico jurídico y ante el temor fundado de que se vean imposibilitados por la negativa del acreedor preferente a ceder sus derechos —pues, como es el «primero», tiene la seguridad de cobrar y, por ello, no está incentivado a consentir la transmisión de su crédito—, se dispone un mecanismo transmisivo que no dependa de la voluntad de ese acreedor preferente (112).

(109) En este trabajo se apoya la tesis defendida por parte de nuestros autores, y también de la doctrina extranjera, de que el número 3.º del artículo 1.210 del Código Civil no sólo contempla los supuestos del fiador y del codeudor solidario, sino que se puede extender a otros supuestos como el del fiador real, el tercero poseedor de finca hipotecada y el del heredero a beneficio de inventario que paga, con fondos propios, deudas que pesaban sobre el caudal hereditario. Vid. el profundo estudio desarrollado por DEL OLMO GARCÍA, en su tesis doctoral «Pago del tercero y subrogación», Universidad Carlos III, Madrid, 1996, inédita, págs. 441 y ss.

(110) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 830.

(111) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 830.

(112) Vid. DEL OLMO GARCÍA, *Pago del tercero y subrogación*, op. cit., pág. 401.

Si la finalidad de que la ley le otorgue a este tercero no únicamente la facultad de pagar, sino además la subrogación en los derechos del acreedor, es la de que la satisfacción de su derecho de crédito no se vea impedido por la sola voluntad del acreedor preferente (que se puede negar legítimamente a realizar una cesión convencional de su crédito), se puede decir que el acreedor-*solvens* tiene *derecho* a pagar. Y si la ley le otorga el derecho a pagar, ¿también tiene el derecho de compensar? Si la respuesta es afirmativa habrá que preguntarse si puede oponer su propio contracrédito y el del deudor común (que no lo haya hecho).

En el caso propuesto, el acreedor sin rango o con un rango menor es un tercero respecto de la relación obligatoria acreedor preferente-deudor. El interés que tiene en pagar la deuda no es el mismo «interés» al que hace referencia el número 3.º del artículo 1.210 CC (aunque, huelga decirlo, sólo sea por su colocación sistemática separada de los otros supuestos de subrogación), no está de ningún modo vinculado con la obligación que pesa sobre el deudor, ni está sujeto a la acción del acreedor. Su interés radica en hacer salir al acreedor preferente del panorama obligatorio para entrar él en su lugar y poder cobrarse su crédito. El Código, ya se ha visto, le otorga el derecho a pagar para que su situación no dependa de la exclusiva voluntad del acreedor que le precede en el derecho a cobrarse. Pero en lo que se refiere al ejercicio de la compensación hay que tratarlo como a cualquier otro tercero sin interés (salvo el suyo propio y exclusivo) en el cumplimiento. ¿Puede, persiguiendo este interés, obligar al acreedor preferente a que compense la deuda con lo que le debe a él por otro título distinto?

La regla general de nuestro Código es la de que sólo el deudor puede compensar y no un tercero. Un tercero puede, por lo tanto, pagar un crédito ajeno, pero no extinguirlo por compensación. No puede obligar al acreedor preferente a subrogarle en sus derechos mediante el ejercicio de la compensación. La razón es clara en este caso, puesto que si el principio que inspira el pago por tercero es el de que al acreedor, por regla general, le es indiferente que el pago lo realice el deudor o un tercero, no lo es que lo haga mediante compensación. Pero el principio que inspira la regulación de la compensación es el de que no es indiferente para el acreedor que la compensación se haga con un crédito del tercero, como no lo es para el deudor que se utilicen sus derechos de crédito (frente a los terceros o frente a su acreedor) para extinguir, por cualquier persona, su obligación (113).

(113) Vid. en este mismo sentido, VAZ SERRA, «Compensação», op. cit., pág. 35; VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, vol. II, Madrid, 1934, n.77; ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, trad. Pérez González y Alguer, II, 2.ª ed., Barcelona, 1954, pág. 466.

b) *El ejercicio de la compensación por el fiador real*

El supuesto del tercero constituyente de prenda o hipoteca en garantía de deuda ajena (las figuras del fiador o garante real están expresamente contempladas en el artículo 1.857) es la otra hipótesis en las que el artículo 1.210. 3.º, otorga la subrogación en la posición del acreedor. A diferencia del caso anterior, éste tercero sí tiene interés en el cumplimiento de la obligación, puesto que responde con el bien garantizado. Aquí el que realiza el pago es un «interesado» y no requiere el consentimiento del deudor, precisamente en función del interés que el que realiza el pago tiene. Este «interés» significa participación en la relación jurídica obligatoria, en concepto de fiador real o garante real (114).

Algunos autores han querido ver en estas figuras un ejemplo claro de responsabilidad sin deuda. Se dice así que el fiador constituyente de la garantía real no es un deudor, sino simplemente responsable. Al prestar la garantía no se está convirtiendo en deudor, sino que está asumiendo una determinada responsabilidad (la de que se ejecute el bien) para el supuesto de falta de cumplimiento de la obligación por el deudor. De este tenor es una reciente Sentencia del Tribunal Supremo (de 6 de octubre de 1995) en la que puede leerse: «Cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si éste es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor, aunque no haya pacto limitativo de responsabilidad, porque el artículo 140 no es aplicable más que a las hipotecas constituídas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del art.105. En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador. Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto a la «*conditio iuris*» del impago. El dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable *erga omnes*».

Sin embargo, se ha criticado que el constituyente de la prenda o hipoteca es en realidad un fiador y en tanto que fiador un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada al valor de los bienes especialmente dados en garantía (115).

(114) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op cit, pág 830.

(115) Vid. Díez-PICAZO, *ibidem*, pág 80. En este mismo sentido CAMY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol VI, Pamplona, 1983, págs 414 y ss; ROCA-SASTRE, *Derecho hipotecario*, vol. IV-1º, Barcelona, 1968, págs. 244 y ss.

La doctrina extranjera admite la posibilidad de que tanto el fiador real como el tercer poseedor de finca hipotecada, que puede pagar la deuda ajena para evitar la ejecución de la cosa dada en garantía, oponga a su acreedor hipotecario o pignoraticio la compensación de la deuda con un crédito que ostenta frente a él. La finalidad que persigue el acreedor hipotecario o pignoraticio es la de satisfacer su derecho de crédito (y para asegurarse de ello ha exigido o admitido una hipoteca o una prenda por un tercero ajeno a la relación obligatoria subyacente) y la finalidad del constituyente de la garantía es la de liberar la cosa dada en prenda o hipoteca, en consecuencia debe abonarse la tesis que defiende que en este caso, de interés del tercero en el cumplimiento, si se le permite pagar, se le debe permitir igualmente compensar. El parágrafo 268 del BGB reconoce la facultad de extinguir la deuda ajena por medio del pago, la compensación o la consignación al titular de un derecho real sobre la cosa perteneciente al deudor y ejecutada por el acreedor, si aquél puede perder su derecho en virtud de la ejecución y al poseedor de una cosa si puede perder su posesión a consecuencia de la ejecución. También en el Derecho suizo, según el artículo 827, se admite que el propietario no obligado personalmente por la deuda hipotecaria puede liberar el precio mediante compensación, doctrina que se juzga aplicable a la prenda cuando el tercero libera una cosa dada en prenda en garantía de deuda ajena y posee sobre ella un derecho de propiedad u otro derecho real (art. 110.1.º del Código de las obligaciones).

Como acertadamente afirma VAZ SERRA parece que, por lo menos en la hipótesis del propietario de la cosa hipotecada o pignorada en garantía de deuda ajena, que pretende liberarla, debe reconocerse el derecho de hacerlo mediante la compensación. Éste sujetó su cosa a responsabilidad por una deuda de otro y de la misma manera que el fiador puede compensar su deuda con un crédito que tenga contra el acreedor, también el dueño de la cosa hipotecada o dada en prenda debe poder compensar con un crédito que le pertenezca contra el deudor (116).

En cuanto a la posibilidad que pueda tener el fiador real de oponerle al acreedor la compensación de la deuda garantizada con un contracrédito del deudor que él mismo ha garantizado, habrá que concluir que es admisible, tanto si se adopta la tesis de que el fiador real es un verdadero fiador y han de aplicársele las normas generales de la fianza (y de la compensación en este caso también, puesto que así viene expresamente reconocido en el artículo 1.197 CC), como si se tiene en cuenta que de lo contrario se estaría perjudicando la posición del fiador (117).

(116) Vid. «Compensação», op. cit., pág. 36

(117) Vid. *ut supra*, págs. 87 y ss

5.⁹⁾ LA COMPENSACIÓN Y EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Si hasta este momento se ha analizado el ejercicio de la compensación en aquellos negocios jurídicos que dan lugar a relaciones triangulares, ahora hay que estudiar lo que ocurre con la compensación en el supuesto general del contrato con estipulación a favor de tercero. Para analizar el ejercicio de la compensación por los sujetos implicados en un contrato a favor de tercero, partimos de aquella definición de contrato a favor de tercero que lo entiende como una operación triangular en sus efectos, aunque bilateral en su formación (118). Como aquel contrato que celebran las partes (estipulante y promitente) para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero (beneficiario) que, sin embargo, no ha tenido participación ni directa ni indirecta en la celebración del negocio y que, por consiguiente, no queda obligado ni vinculado por él (119).

En este orden de cosas, hay que analizar el sistema de relaciones derivadas del contrato a favor de tercero, (estipulante-promitente, estipulante-tercero y promitente-tercero) y ver si en cada una de ellas las partes pueden ejercitar la excepción de compensación, bien con un contracrédito propio, bien con el de otros de los sujetos que forman parte del contrato. En la *relación de cobertura* el caso más normal sería el de que el promitente pretendiera compensar la deuda contraída a raíz del contrato a favor de tercero con un crédito que ostenta frente al estipulante, de tal manera que frente a la reclamación del tercero o del estipulante opone la compensación de lo que el estipulante le debe por otro título. No se imagina el supuesto de que sea el estipulante quien pretenda compensar una deuda que ostenta frente al promitente con lo que éste debe en virtud del contrato a favor de tercero, puesto que, es de suponer que al estipularlo tenía cierto interés en su realización (*causa solvendi, donandi o credendi*). En la *relación de valuta* se analizará el caso más normal que será el del promitente que, cuando el beneficiario le reclama el cumplimiento, le exceptiona la compensación de esta deuda con el contracrédito que tiene frente al beneficiario o que ostenta frente al estipulante.

Pues bien, comenzando con la *relación entre estipulante y promitente*, llamada relación de cobertura, hay que afirmar como hace la doctrina más autorizada, que es una normal relación obligatoria que está sometida a las mismas reglas generales del Derecho de obligaciones. Sin embargo, para

(118) Vid. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*, 3.^a ed., tomo II, Sirey 1939, n.º 297, DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., pág. 80; MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, pág. 303; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, op. cit., pág. 438.

(119) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, op. cit., pág. 429

decidir si entre ellos cabe el ejercicio de la compensación parece que en principio conviene distinguir si en el momento en el que se pretende ejercitarla ha recaído o no la aceptación por el tercero de la estipulación hecha a su favor. ¿Por qué?, porque la doctrina mayoritaria sostiene que desde el momento en que ha recaído la aceptación del beneficiario, las visicitudes modificativas o extintivas que sufra el contrato base son irrelevantes para el beneficiario, salvo el caso de que éste las consienta (120). Por consiguiente, si aceptáramos la tesis mayoritaria que afirma que la aceptación del tercero es una *conditio iuris* para la adquisición del derecho y no un límite a la facultad revocatoria de las partes, efectivamente el momento de la aceptación sería el que nos diera la pauta para admitir o no la compensación por el promitente. Antes de la aceptación el tercero no habría adquirido derecho alguno, pero ¿cabe hablar de compensación? Para resolver este problema es imprescindible analizar el interés que guía al estipulante y al promitente a celebrar el contrato. En ambos sujetos las causas pueden ser las mismas. El estipulante puede guiarse por el interés de liberarse de una deuda que había contraído con anterioridad con el tercero y se sirve del promitente para cumplir esa obligación preexistente (*solvendi causa*). Puede proponerse únicamente beneficiar al tercero y se sirve del promitente para efectuar esa prestación (*donandi causa*) o con el fin de recibir del tercero una contraprestación (*credendi causa*). Los mismos motivos pueden ser los del promitente que en vez de cumplir su obligación con el estipulante acuerde para liberarse realizar la prestación a favor del tercero indicado por aquél (*solvendi causa*), que lo haga por beneficiar al estipulante (*donandi causa*) o por poseer un crédito frente a éste (*credendi causa*).

Pues bien, en mi opinión, si efectivamente existe una causa, cualquiera que ésta sea, que ha guiado a los sujetos contratantes a estipular la obligación del promitente frente al beneficiario, dotándola de autonomía puesto que lo que interesa a ambos es que ese tercero reciba la prestación, difícilmente se puede hablar de la posibilidad de compensar. Si se permite la compensación del promitente con un contracrédito que posee frente al estipulante para liberarse de este modo de su obligación de cumplir la estipulación a favor del tercero pactada, ¿para qué sirve dotar de autonomía la estipulación hecha a favor del tercero? Como acertadamente afirma Díez-Picazo, la causa por la cual se lleva a cabo la estipulación en favor o en beneficio del tercero sólo es posible encontrarla en la existencia de un interés del estipulante en que el pacto sea establecido y en que la promesa sea cumplida al beneficiario. Este interés debe existir, ser legítimo y digno y merecedor de la tutela jurídica (ya sea económico, ya sea moral). Ello obedece al juego del principio general de acuerdo con el cual el interés del acreedor es un elemento fundamental de la obligación y a la idea de

(120) Vid. MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, op. cit., pág. 306.

que todo desplazamiento o toda atribución patrimonial debe reposar en una causa que lo justifique (121). Si se apoya la teoría de la aceptación del beneficiario como *conditio iuris* para la adquisición del derecho que contiene la estipulación, y el tercero todavía no ha aceptado, tanto el promitente como el estipulante reunirían todos los requisitos que los artículos 1.195 y 1.196 CC exigen para la compensación. No estarían haciendo uso de un derecho de crédito ajeno, pues nada habría adquirido el beneficiario. Supongamos que estipulante y promitente celebran un contrato por el que este último se compromete a darle 1.000 a un tercero. El tercero todavía no ha aceptado la estipulación. Posteriormente, en virtud de otra relación contractual en promitente resulta acreedor del estipulante por 1.000. ¿Puede compensar? Los seguidores de la tesis de la *conditio iuris* admitirán sin reparos que el promitente pueda oponer la compensación, porque —como dice VON TUHR— el contrato a favor de tercero se celebra por el estipulante en nombre propio y, por consiguiente la relación contractual nace en cabeza suya. El es y sigue siendo, por ejemplo, el vendedor, aun cuando pacte la entrega de la cosa a X, tercero beneficiario, como es y sigue siendo el arrendador, aun cuando a tenor del contrato haya de abonarse la renta a un tercero. Por eso nacen en cabeza suya no sólo los deberes del contrato, sino también todos los derechos que no haya asignado al tercero por la cláusula en que éste resulta favorecido (122).

Para los seguidores de la tesis de la adquisición directa del derecho por el tercero beneficiario el supuesto es implanteable. Según ésta el derecho del beneficiario nace desde el mismo momento de la celebración del contrato realizado entre el estipulante y el promitente. Lo ha adquirido antes de la aceptación de la estipulación por el tercero y, por lo tanto, desde ese mismo instante el tercero deviene acreedor del promitente. La norma del artículo 1.257 cuando establece que *el tercero podrá exigir el cumplimiento de la estipulación siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada*, está trazando el límite al poder revocatorio del estipulante. La aceptación por el tercero hace irrevocable la estipulación, pero el derecho ha entrado en el patrimonio del tercero desde la celebración del contrato. Si esto es así, no podría plantearse el supuesto de la compensación del promitente frente al estipulante, sino que aquél debe necesariamente excepcionárselo al tercero cuando éste le exija el cumplimiento de la obligación. Se debe, por consiguiente pasar a examinar el ejercicio de la compensación en la relación entre promitente y beneficiario.

Entre promitente y beneficiario existe una relación patrimonial en virtud de la cual este último es titular del derecho establecido en su favor y el

(121) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I. op. cit., pág. 435.

(122) Vid. *Tratado de las obligaciones*, tomo II, Reus, 1934, pág. 198, MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, op. cit., pág. 305.

primero soporta la situación de sujeto pasivo de aquél derecho (123). La doctrina es unánime a la hora de aceptar la facultad del promitente de oponer la compensación al beneficiario siempre que los contracréditos que se quieran compensar pertenezcan a la esfera de sus respectivos patrimonios. En este sentido, ante la reclamación de cumplimiento de la estipulación hecha por el beneficiario, el promitente podrá excepcionar la compensación de un crédito que ostenta frente a él, si se dan los demás requisitos legales para que opere la compensación. Imaginemos el supuesto típico del seguro de vida. El tomador (estipulante) ha convenido con el asegurador (promitente) que en caso de fallecimiento satisfará al beneficiario una cantidad determinada. Una vez producido el óbito, el beneficiario reclama la cantidad y el asegurador le opone la compensación de la suma que le debe con un crédito por la misma cantidad que ostenta frente al beneficiario. Con la ley en la mano no se podrá negar el ejercicio de la compensación por el promitente.

Sin embargo, a mi juicio, la cuestión planteada no es tan sencilla como a primera vista parece, puesto que si el contracrédito que posee el promitente frente al tercero es anterior a la promesa que se deriva del contrato concluído con el estipulante, esto es si el promitente celebra el contrato a favor de tercero conociendo que ostenta un crédito frente al tercero y sabe que en caso de reclamación de la promesa puede servirse de la compensación, ¿podrá sin más oponérsela?, ¿se cumple la finalidad proyectada por el estipulante al celebrar el contrato en favor de tercero? Pero esta misma observación ha de hacerse en el caso de que el contracrédito del promitente haya nacido con posterioridad a la celebración del contrato a favor de tercero, si existió un interés declarado o deducible del estipulante en que el beneficiario obtuviese la prestación, un interés claro en la ejecución de la prestación al tercero. En estas relaciones jurídicas triangulares no se puede aplicar sin más el concepto de finalidad del pago que se tiene para las relaciones bilaterales, puesto que no se trata tan sólo de satisfacer el interés que tiene el acreedor (tercero beneficiario), sino también el de aquella persona que pactó la estipulación (estipulante) y, por consiguiente, ha de pensarse que si el interés del estipulante expresamente declarado o deducido de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato fué el que el beneficiario recibiera la prestación y que, por consiguiente, ha excluído cualquier posibilidad de compensación, no se entenderá cumplida la obligación mediante el ejercicio de la compensación. En este supuesto específico, la compensación no equivale a pago y tanto el beneficiario como el estipulante podrán reclamar del promitente la ejecución (cumplimiento) de la estipulación. A pesar de la observación que se acaba de hacer ha de decirse que la doctrina se muestra unánime a la hora de

(123) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, op. cit., pág. 440.

aceptar el ejercicio de la compensación por el promitente frente al beneficiario con un contracrédito que tiene con éste. Se cumplen todos los requisitos establecidos en el Código Civil y, por consiguiente, no se plantean el interés de las partes (especialmente el del estipulante) en la celebración de la estipulación a favor de tercero.

Pues bien, si para el caso apenas tratado hoy por hoy existe unanimidad entre los autores a la hora de aceptar el ejercicio de la compensación, no ocurre lo mismo en el supuesto de que el promitente pretenda oponer la excepción de compensación derivada de su relación con el estipulante. La pregunta que ahora se plantea es la de si puede o no el promitente ejercitar la excepción de compensación frente al beneficiario por un crédito que ostenta frente al estipulante (derivada de la relación de cobertura). Pero antes de pasar a analizar las tesis que se sostiene actualmente acerca de esta posibilidad conviene recordar, aun a riesgo de ser reiterativo, que lo que se busca es la razón de permitírsele a un sujeto extinguir su obligación utilizando un contracrédito que no ostenta frente al acreedor y no la razón de prohibírselo. El Código Civil es claro en cuanto a los requisitos subjetivos que exige para que se haga valer la compensación: derecho propio, acreedores y deudores recíprocos en una relación principal. Por consiguiente, en principio, la posibilidad aquí propuesta está excluida de los dictados del ordenamiento. Habrá que encontrar una poderosa razón que nos permita afirmar que el promitente puede compensar con el contracrédito que tiene con el estipulante para liberarse de su obligación frente al tercero beneficiario, que es su acreedor directo y principal. Además, hay que recordar que en este estudio se examina la compensación legal, y no la convencional o judicial, en las que las partes o el juez pueden hacer valer la compensación aunque no se reúnan todos y cada uno de los requisitos establecidos. En este tema existen en la doctrina dos posturas: la que apoya la posibilidad de que se hagan valer frente al beneficiario las excepciones derivadas de la relación entre estipulante-promitente y la negadora de tal posibilidad.

Según la primera corriente, sostenida entre nosotros por MARTÍN BERNAL, no conviene perder de vista que el origen del derecho del tercero reside en las relaciones entre estipulante y promitente y, en este sentido, el derecho *depende y deriva* de aquéllas, y la causa de este derecho ha de buscarse, precisamente, en el contrato que entre aquéllos media, y en tal supuesto, el promitente podrá hacer valer frente al tercero todas las excepciones que habría podido hacer valer contra el estipulante. Las razones que ofrece este autor para permitir que el promitente ejercite frente al beneficiario las excepciones derivadas de su relación con el estipulante son:

1.º) Que mediante la *exceptio non adimpleti contractus* el promitente puede rehusar la ejecución de un convenio cuyas contraprestaciones no se hayan realizado por el estipulante en los términos previstos. Esta idea la ha

desarrollado tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa para las que el incumplimiento de su obligación por el estipulante legitima al promitente a invocar frente al beneficiario tanto la *exceptio non adimpleti contractus* como la excepción de compensación. Se preguntará inmediatamente qué relación puede haber entre una y otra excepción. Los franceses ponen un ejemplo muy ilustrativo: Si el tomador del seguro no paga las primas, el asegurador si no ha resuelto el contrato al tiempo de producirse el riesgo, se encuentra siendo acreedor de las primas y deudor de la indemnización, lo que en términos de compensación, extinguiría las obligaciones. Si se admite, como lo hace la doctrina de aquel país, que el promitente pueda excepcionar al beneficiario la excepción de incumplimiento contractual, se debe admitir que se haga valer la compensación, porque el derecho de crédito adquirido por el tercero depende de la validez y existencia del contrato que lo creó. No siendo válido en contrato o existiendo una causa que haga extinguir las obligaciones que nacieron del mismo, el derecho del tercero debe sufrir las mismas vicisitudes que el negocio del que trae su causa (124).

2.^o) Que de la estipulación y consiguiente aceptación del beneficiario se deriva la asunción por el promitente de la deuda que el estipulante contrajera en favor del primero.

3.^o) Que de la aceptación del beneficiario y *tácito* asentimiento del promitente, causado por los propios actos, se sigue la asunción por el tercero de la deuda del estipulante para con aquél nacida de la estipulación misma (125).

Por el contrario, los autores que defienden la independencia de las relaciones entre el promitente y el beneficiario de las que éstos pueden tener respectivamente con el estipulante, es decir, los que sostienen que el derecho del beneficiario es independiente del negocio en virtud del cual se ha adquirido y que, por consiguiente, el hecho de que se trate de un derecho nacido del contrato entre estipulante y promitente, no empece para que en lo que a sus efectos se refiere se trate de una relación jurídica bilateral. Si la relación es bilateral en sus efectos se debe negar la posibilidad de que el promitente oponga al beneficiario excepciones (entre ellas, claro está, la de compensación) nacidas de sus relaciones con el estipulante. En efecto, si se mira el contrato en favor de tercero desde la óptica en que se ha venido observando desde el principio, esto es, como un contrato triangular en su formación y bilateral en sus efectos, habrá que concluir que acreedor de la estipulación es el tercero beneficiario y deudor de la obligación lo es el promitente. Este

(124) Vid. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., pág. 86.

(125) Vid. MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, op. cit., pág. 316; en Francia esta postura ha sido defendida, entre otros, por GRÜA, voz *Compensation*, op. cit., pág. 8, y por DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., págs. 84 y ss

punto de vista lleva a sostener que difícilmente podrá pensarse que el promitente pueda extinguir su obligación frente al beneficiario alegando un derecho de crédito que tiene con el estipulante. Si la regla general deducida de los arts. 1.195 y 1.196 del Código Civil es la de que el deudor no puede utilizar para la compensación los créditos que tenga contra persona distinta a la de su acreedor, cuando existe un contrato en beneficio de tercero, el deudor no debe poder compensar su deuda con el beneficiario con un crédito que ostenta contra el estipulante. Como, por ejemplo, establece el Código Civil suizo de las obligaciones el deudor se obliga sabiendo que se obliga con un tercero, con lo que pierde la posibilidad de oponer en compensación a esa deuda los créditos que tenga contra el estipulante (126).

Para finalizar este epígrafe no se puede dejar sin comentar uno de los argumentos al que recurren los sostenedores de la oponibilidad de la compensación por el promitente al tercero de su contracrédito con el estipulante: la equiparación de la *exceptio non adimpleti contractus* con la excepción de compensación. La primera de ellas se funda en la regla de la ejecución simultánea y en la idea de que cada parte puede rehusar el cumplimiento de la obligación puesta a su cargo mientras la otra no cumpla con la suya. Ninguna de las partes de una obligación sinalagmática puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la propia obligación. Constituye una medida de defensa del demandado cuyo efecto primordial es el de la suspensión provisional de la prestación que a cargo del legitimado para oponerla incumbe realizar. Se trata de neutralizar temporalmente el derecho o la acción del actor, pero no lo extingue, ni destruye (127). La excepción de compensación, por su parte, supone la extinción de las obligaciones. La raíz última de la compensación, ya se dijo más arriba, se encuentra en el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado, puesto que es contrario a la buena fe pedir aquello mismo que luego ha de ser restituído (*dolo facit qui petit quod rediturus est*). Seguramente existe una conexión entre ambas excepciones, ambas están inspiradas en el principio de buena fe y en ambos casos, la excepción sólo es oponible entre deudores y acreedores recíprocos, en el primero sólo se puede utilizar cuando existe una relación sinalagmática, en el segundo basta con que se trate de sujetos recíprocamente obligados. Sin embargo, la finalidad de la primera es dilatoria del cumplimiento, y el de la segunda es extintiva de las obligaciones. Quiere ello decir, que a pesar de que se le facultase al promitente para excepcionar el contrato no cumplido por parte del estipulante, no necesariamente se le

(126) Vid. en este sentido. VAZ SERRA, «Compensação», op. cit., pág. 48.

(127) Vid. DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II. Madrid, 1994, pág. 164.

estaría facultando para extinguir por compensación su obligación. Aún con todo, parece que la postura más acorde con la naturaleza del contrato con estipulación a favor de tercero, es la de estimar cada una de las relaciones jurídicas existentes independientes entre sí y, por consiguiente, rechazar la idea de que el incumplimiento de su obligación por el estipulante pueda afectar o respaldar el incumplimiento a su vez del promitente frente al tercero beneficiario. En el supuesto que se contempla, el promitente debe cumplir su obligación, ejecutando la prestación prometida, independientemente del hecho de que le asista una acción de cumplimiento contra el estipulante incumplidor. En cuanto a la compensación, por los mismos motivos, no parece factible que pueda hacer valer esta excepción si el contracrédito compensable no lo ostenta frente al beneficiario (que es su acreedor), sino frente al estipulante (que no lo es y, por consiguiente, no cumple el requisito legal de la reciprocidad).

GEMA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

DICTAMENES Y NOTAS

Organización funcional de los Registros, informatización/información (*)

1. LA FUNCION REGISTRAL

Es una satisfacción para mí acceder a la invitación personal del ilustre superintendente nacional de los Registros Públicos (SUNARP) de Perú, doctor CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, para el XII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, en un momento muy singular —y querido para mí—, cual es encontrarme con un pie en el estribo de mi vida profesional como Registrador. Puede valer, mi modesta aportación, más que otra cosa, no ya la experiencia, sino la perspectiva de futuro, con que el temario mismo se enfrenta. Como vendría a decir san Pablo, creo que he recorrido mi camino y combatido el combate. Y he mantenido la fe (registral) con la que ilusionadamente iniciaba mi tesis doctoral, «*Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*», con una edición inicial en 1958, y dos posteriores facsímil (cosa singular) —1958 y 1990—. Unas y otras en edición del Colegio de Registradores de España.

Hago esta indicación porque si en aquellos tiempos, dentro de una cierta corriente desinscriptoria, al reafirmar al Registro como *Institución de seguridad, instrumentada por un servicio público*, hacíamos, a su vez, llamamiento emblemático de que aquélla habría de estar abierta a la sociedad. Porque la propia idea de *seguridad jurídica* —indagada por nosotros en una lección de cátedra «*Introducción al Derecho*». Madrid, III Edición, 1975, tenía, no el lado negativo de cubrir una «*inseguridad*», sino el *positivo y creador*, de posibilitar ulteriores relaciones y negocios jurídicos, o financiamientos hipotecarios.

(*) Comunicación al XII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral. Lima, octubre de 1997

2. GLOBALIZACION DEL HECHO INFORMATICO-REGISTRAL

La *informatización*, pues, no le puede pasar desapercibida a una *Organización funcional* Máxime cuando —como se apunta en el Tema I del «Encuentro»—, se trata de vislumbrar las conexiones *nacionales* y las *internacionales*. Es lo que he denominado la *globalización del hecho informático-registral*, que provoca, casi siempre, una doble *actitud*, la apologética o la *apocalíptica*. De ambas, quisiera estar ausente, o mejor, superarlas. Para ello llevaré mis reflexiones —precisamente por el ámbito nacional-internacional con que se puede presentar— a la reflexión *iusfilosófica*, la dinámicamente *iusnaturalista*, la axiología registral. En tanto en cuanto, el Registro está para *servir* aquéllos y no a la inversa. Ya, en el capítulo de mi obra «*Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica*», Colegio de Registradores, Madrid, 1995, págs. 249 y siguientes, hacíamos unas consideraciones para enmarcar la cuestión con prudencia, rigor, sin pragmatismo a ultranza. Las seguimos teniendo como vigentes. O al menos, las queremos repristinar aquí, como *pautas*, ante unas *actitudes*, incluso ante las *realidades* específicas en cada país —de las que hay que partir, sin espejismos— en la cuestión sustancial: *la organización funcional de los Registros*. He aquí algunos puntos esenciales:

2.1. TÉCNICA DE LA INFORMATIZACIÓN

La informatización ha llegado a la sociedad moderna como *fruto* de ella misma. Y a su vez con su impacto. Es decir, como *proceso* y como *resultado*. Habría que analizar, por tanto, lo que en la información hay de *técnica* —realmente sofisticada, como dación de fe, a veces infantil en el «producto-resultado»—. Después, lo que corresponde a una pregunta más profunda —lo que la *constituye*, lo que contiene, científicamente hablando—. Y, finalmente, otro interrogante, un poco más atrás: el *por qué*, la *esencia de la informatización* misma. No ya de instrumento material —generalmente el ordenador que hoy conocemos, o el telefax, etc.—, sino de su *rol* en la sociedad moderna. De esta disección se escapan pocos sectores o ambientes, o áreas del pensar o del vivir (en Italia, en el libro del P. STANDERMAIER, S.J., titulado *La cantastorie della Tecnologia*, Milán, 1988, específicamente se describen las posibilidades y los riesgos de la informatización aplicados al mundo de la Teología y de la acción pastoral, llegándose en algún momento a hablar de cierto «*determinismo teológico*»)

Habría otra cuestión previa: el análisis de las *actitudes* ante la informatización, bien para cuestionarla, bien para aplaudirla. No se olvide nunca el *en qué consiste*, *para qué* y *por qué*. Nosotros nos apuntamos —ya lo advertimos antes— a una informatización *al servicio del hombre*, con las singula-

ridades que se den en el contexto socio-profesional-científico-jurídico en que se aplique. Y ahí está. No sólo su fundamento, sino su *destinación*. *Que la máquina* no se trague al hombre que la maneja. Ni a la función a la que sirve (el fracaso —en buena parte de la experiencia, de la aplicación del ordenador como técnica educativa, con el consiguiente despilfarro y desilusión—, se ha debido a la *precipitación deshumanizada* de algunos «expertos»).

Cabría también hablar de la «patología» que se apunta ya, inicialmente, con muy diversos síntomas, desde el *virus* de la informatización a la *delincuencia* especializada, pasando por los efectos médico-psicológicos, o ambientales, que van siendo *descritos*, o *avisados*, como posibles «cráteres», o escenas de ciencia-ficción (véase, entre otros trabajos, ANNE ARCA, *Wordstar profesional. Versión 4.0. Trucos y recursos*, Madrid, 1989; y BONNEY, *Wordstar. Técnicas avanzadas de uso y personalización*, Madrid, 1989).

Al haberme referido ya, en *El Derecho como forma dinámica de vida social*, 1965, y en el capítulo X, incluso al fenómeno de la *anticipación*, me excusa de extenderme en la aceptación del «cambio social», en el grado y medida dado, no sólo por la «naturaleza de las cosas» —RADBRUCH— o de la *Historia*, sino por el *hombre, sin dejar de ser-sí-mismo*. La informatización está ahí, como *muestra*, *causa-efecto*, y por tanto como fenómeno autocondicionado por la propia realidad humano-jurídica en la que ha de asentarse. A veces, se ha hablado de aquella como *panacea*, o como situación-remedio, o como *medida excluyente*, o como *solución-límite*. Para algunas cosas —o en algunos momentos— como *arrasando*. Si se ha hablado de carreras armamentísticas, en ocasiones se oyen voces sobre informatización. Especialmente cuando concurren circunstancias «patológicas» singulares, a veces pasajeras. El *cambio social*, si se quiere, todavía más acelerado. Estas llamadas de atención globales debieran tener más peso en el sector jurídico, tanto jurisprudencial como registral, porque en ellos —a diferencia de un ordenador de facturas o de citas-texto— lo *humano*, y lo *humano-jurídico-social* aparece más en primera fila (en la «anotación en cuenta» bursátil, sustitutoria del «agente de cambio y bolsa», no dejaba de haber un factor humano, pero un poco más lejano). También lo hay en el «*espionaje informático*»

Que constituye un «progreso», es algo que no cabe duda: facilita, hace cómoda una actividad, ordena, describe, estructura y economiza tiempo. Pero el progreso es también *seguridad* (*no por mucho correr amanece más temprano*). El gran tema de los errores o los efectos de la paralización o avería —se trate de expedición de billetes de Renfe, o en minutas notariales— no es algo accidental. Cabe, de alguna manera, la corrección, la rectificación. Sobre todo cuando se trata de datos o expresiones *reales* o materiales. Más difícil, si hacen referencia a *conceptos*, o a *categorías*, o que llevasen efectos humanos de seguridad-inseguridad. Es decir: A, cuando la *informatización* *desbordase su propio ambiente* o *desnaturalizase* su propia función. En el

caso de la *seguridad jurídica*, como expresión de la otra cara de la *idea de justicia*, a que se refiere el derecho, la reflexión se hace más exigente.

2.2. MECANIZACIÓN Y DETERMINISMO REGISTRAL

Las pautas anteriores deben ser tenidas en cuenta ante lo que vamos a decir a continuación. En una depuración de términos habría que distinguir la *informatización como instrumento*, es decir, lo que tiene apoyatura de «gestión registral», en razones de eficacia, de humanización, de rapidez; y lo que sería *informatización-función*, con una descripción de «tarear» o «cometidos», o «servicios», que la informatización ofrece al Registro de la Propiedad. Nosotros lo llamamos *mecanización-modernización-actualización*. Y esto, efectivamente, es algo que debe formar parte de una concepción abierta y sincera, de una *Institución* que presta un *servicio público* a través de *profesionales especializados*. Y bajo *su responsabilidad*. También, por tanto, la del grado y medida de la propia mecanización informatizada.

La *institución registral*, a lo largo de su historia —de su personal, y hasta sus oficinas y locales— se ha ido realizado *en marcha*. Ya en un trabajo nuestro, *Propaganda y publicidad registral*, en 1956, abogaba ya por esa puesta al día. Esa mecanización —en máquinas o fichas— esa atención al personal, o a los locales, es positiva y necesaria. Quizá la ausencia o las limitaciones en los *medios* —sean corporativos o personales— de una política global en este sentido, no haya dado los frutos necesarios. Aquí cabe, también la reflexión del *grado-medida*. Y las peculiaridades y singularidades de las *propias oficinas* y de su personal, en concreto. No es algo que pueda venir «al dictado». Porque la informatización *no es fin en sí misma*. Ni puede encubrir otros objetivos. Forma parte, pues, de ese contexto más amplio de *eficacia, diligencia, rapidez y humanización*. Sin «secuestrarlas». Sin estimular el propio «*fraude a la prioridad*» ante la organización funcional de los Registros».

Tampoco puede venir como síntoma *excluyente* de una patología o sintomatología coyuntural: el tráfico jurídico inmobiliario en un momento singular, *desbordado* o creciente, que puede tornarse en creciente o *desinscribitorio*; o por una etapa peculiar, como la que se está viviendo de aproximación cercana a la Comunidad Económica Europea (cabría preguntarse si en el resto de los países europeos la informatización *está más allá de la mecanización* o ha entrado en los Registros de la Propiedad, es decir, si sus sistemas registrales se han visto compelidos a su aproximación, salvo en los Mercantiles). Por el contrario, a los cuarenta y cinco años de la CEE, las reformas registrales europeas han sido escasas. Frente al sistema español, por naturaleza, progresivo (véase el texto de la Conferencia de BOIXARÉN, «La evolución del

Derecho privado comunitario durante la presidencia española», 13 de septiembre de 1989, *IDPC*, Madrid. Aunque con arreglo a ciertas directivas en materia mercantil, por ejemplo, existe un *Boletín Oficial del Registro Mercantil* como publicidad informativa de datos registrales, con los riesgos de confrontación con la publicidad material).

Este aspecto de la temporalidad o de urgencia, a trote, de una «huida hacia adelante» en determinados momentos de nuestro asentamiento jurídico-registral en la Constitución y en la sociedad española, es el que debe atemperarse. Incluso porque puede dejarnos sin ver otras fórmulas, soluciones, caminos o alternativas. Sí, pues, a la *mecanización-informatización*. Ojo a la informatización —como *sistema* o como *fachada*—.

3. LA FUNCION REGISTRAL: EL MARCO DE LA INFORMATIZACION DENTRO DE LA SEGURIDAD JURIDICA

Ante el tema de la informatización no se puede caer en su propio *dogmatismo* —un progresismo que lo haría conservatista— sino en la fijación de su *sentido y límites*. No voy a reiterar algunos de los que ya han sido objeto de debate. Y con este ejemplo, ya tenemos enunciado el primer límite: *los principios hipotecarios*, los normales y los *apócrifos*

3.1. RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

No voy a diseñar el impacto, o no, de la informatización-sistema, con los principios clásicos (prioridad, intermediación, buena fe...), hipotecarios que han dado médula y esencia. Y hasta qué punto merecería o no la pena esa erosión. Aquí apuntamos el problema sin entrar en lo práctico de una mejora de «comunicación» o «intercomunicación». Siempre que el medio no absorba la función como ocurrió con la autogestión educativa (véase LOSAÑO, P. LUÑO y GUERRERO, *Libertad informativa y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (también lo abordaría JOSÉ MARÍA CHICO)).

Indudablemente, las posibilidades de la información son enormes: contabilidad, fichas, gestión, estadística, seguimiento. El problema está —sobre todo *si es que funciona como sistema*— cuando, puestas en mecanismo todas esas y otras posibilidades, se pueda llegar a desviar la *propia función registral*. Algunos ya han sostenido que *sólo la función calificadora sería intocable*. Craso error. Porque el mismo desarrollo tecnificado, creciente, devorador, de la *informática*, puede llevar a que con unas monedas y con

determinadas máquinas —algo de esto quisimos entrever en México— una «pantalla» diese al usuario la información de unas *fincas*, como parecidamente ocurre en los Bancos con las cuentas corrientes. Pero esa información —presunto un «interés conocido»— puede trascender a *medios informativos*, medios fiscales, o ...hasta recreativo-lúdicos (?). El *tráfico y la dinámica jurídica se basa en un interés conocido —y valorado— y en una buena fe, dentro del propio tráfico* (lo glosaremos al final).

Otro tanto cabría decir de la *certificación automatizada*, etc. Ahora bien, si no funcionase, es decir, si no respondiese a las ilusiones puestas en esa informatización, la institución registral se *erosionaría*. Pero si todos esos mecanismos y «objetivos» se cumpliesen, entonces, la *capacidad de información*, y el *poder* que encerrase sería tan grande, que —pensamos— pudiera llegar un momento en que al *Estado le pudiera interesar «absorber»* —de muy diversas formas— ese aparato de información. O utilizar —el «juguete»— para *objetivos y fines no previstos*. Y aunque las inscripciones registrales son *pequeñas declaraciones de derechos privados*, el titular o el tercero pueden verse «utilizados» por los efectos mecánicos de un proceso de inscripción que *desbordase* lo inicial y sustancialmente establecido. Con el riesgo de una corriente desinscribitoria *subterránea* que ahogaría por contradicción silenciosa la automoción (ANTONIO M. YAGÜE, «El gran negocio de los datos personales», en *Ya*, 5-4-1989).

Con lo anterior queda mencionado un límite connatural al sistema hipotecario-civil-español: el carácter *voluntario* de la inscripción, salvo en la hipoteca. Por lo que la informatización sofisticada autónoma puede perder su esencia y vigor desde el momento en que el acceso al registro sea *rogado*. Al no existir, como en otros países, *status* singularizado de propiedad inscrita —y propiedad no inscrita— un determinismo registral, por vía de automatización (hoy, aparentemente viable), desvirtuaría pronto las singularidades de nuestro sistema registral (véase MARIO FURESI, en *L'Osservatore Romano*, 26-9-1990, sobre «Evoluzione e limite delle "machine pensanti"»).

A veces pienso que queremos alcanzar con la *informatización-sistema* lo más difícil: conocimiento de titularidades jurídicas, de suyo complejas o condicionadas, salvo que a un Registro Central de Datos le sigamos dando el papel de «censo-provisional-inconcluso». En cambio, no se ha avanzado nada en la *informatización-catastral-Registro*. Los datos reales de las fincas, cuyo acceso al Registro es tan presuntivo y no siempre auténtico, carecen de unos datos previos que sí podría facilitar la informatización. Y cuyos errores, en su caso, no afectarían a la sustancia del acto o negocio jurídico. ¿Por qué no se sitúa esta *informatización-catastral* como preferencial? ¿Y si, después de dar el «índice» o el dato de la persona, luego, la finca no existiese, o tuviese otros linderos o extensión?

3.2. RELACIÓN CON LA PERSONALIZACIÓN

La mecanización-informatización que, desde el lado humano —del personal y del despacho más rápido del documento— tiene una justificación evidente, a medida que desbordase esos límites, o erosionase los principios hipotecarios, correríamos el riesgo de la despersonalización, de la aproximación o del «asesoramiento» que a lo largo del proceso de una inscripción —desde la presentación— se ofrece. Y esto forma parte también de las características de la función registral en España (cito aquí, por analogía, los trabajos de JAVIER CUEVAS CASTAÑO, *RDN*, diciembre de 1987, «Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial del asesoramiento», que también se dan o concurren en el «informar-asesorar-aconsejar-asistir-registrar». LUCAS MURILLO, *Informática y protección de datos personales*, Madrid, 1993, y NAVARRO-RAMOS GONZÁLEZ, *Confidencialidad y seguridad en la información: La LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*. También MEZQUITA DEL CACHO-LÓPEZ MEDEL, *El Notariado y los Registros*, Madrid, 1986).

El gran dilema de la informatización-sistema está en la seguridad o inseguridad que pueda ofrecer. En el Registro de la Propiedad tiene sobre todo, e implica un acto de confianza: del *titular y del tercero*. Sobre ello opera el crédito. Habría que pensar si su aplicación en exceso, añade, o quita seguridad jurídica. *Sería un alto precio*. Una informatización endosada, embadurna —con su deslumbramiento— el principio o el fin de la seguridad, y esto es lo que —actualmente— conviene advertir sobre la experiencia serena de las normas de 1993 sobre la presentación de documentos, y especialmente los de expedición de notas informativas. Esto nos lleva a una acotación sociológica y registral práctica:

Los Registros de la Propiedad siempre han estado abiertos —quizá más que otras instituciones u oficinas públicas— al aire de los tiempos y se han anticipado en fórmulas, esquemas, modelos de asientos, etc. El tema de la mecanización-informatización ha sido y es uno más. Naturalmente el *consumismo* ha volcado su fuerza agresiva, acelerada, cambiante, sofisticada, fuerte. A veces como juguete en casa, personal. Y es válido trasplantar las experiencias. Pero siempre en grado y medida. En el contexto interior habrá una tarea de *personal especializado*, y su ritmo; o su dedicación adecuada —el excesivo uso puede afectar *físicamente*—. Nunca sacrificar la «aproximación»: al que acude al Registro se le asiste, se le ve, se le escucha.

De otro lado, está el *costo* —de adquisición y sostenimiento—. Con la consiguiente política adecuada, y dentro del contexto arancelario y fiscal, que ya marca un giro singular en las fuentes financieras y disponibilidad económica. Y cuando se habla de la rapidez, diligencia y urgencia hemos de anotar estas ideas:

- a) La *simplicidad* de los asientos —por ejemplo, los de hipoteca, etc.—, puede hacerse sin grandes *modificaciones reglamentarias*, como ocurre con las inscripciones de tracto comprimido; o las concisas, los cajetines, etc. Esto también es mecanización.
- b) Una *territorialidad* que obedezca a algo más que criterios políticos; o la *descentralización* a Comunidades Autónomas de la central de datos; la supresión del libro *Diario-administrativo* la desburocratización (son meros ejemplos).
- c) Es cierto que el *boom* inmobiliario, en diversos períodos, ha existido. Una gran prueba; pero el Registro ha sido la institución —y las personas— que mejor ha resistido a ese «cambio social de agiotismo inmobiliario» o su «fraude». Esas *urgencias pueden pasar*. Y, desde luego, puede volver a su cauce el sentido y ritmo de tráfico jurídico de la propiedad. Al menos dentro del sistema registral progresista que tenemos (LEYVA DE LEYVA ha escrito bien claro sobre *Planteamiento general de los Registros públicos y su división en Registros administrativos y Registros jurídicos*, 1989). Es evidente que resulta más factible la automatización en los primeros.

Sin perjuicio de una reflexión más global como ya la hacía el *The Economist* (véase *Expansión*, 18-5-91) sobre este interrogante, *Control informático. ¿Cerco a la libertad?* Porque, al fin y al cabo es bueno traer aquí la observación de GARCÍA Y GARCÍA, aludiendo a GALLARDO RUEDA y a nosotros, como superadores de determinada orientación hipotecaria, en tanto en cuanto —sostenemos— «el Derecho Hipotecario también busca la justicia y la protección de la persona en cuanto titular de su patrimonio» (véase *Derecho Inmobiliario*, 1-70).

4. EL DILEMA DE LA INFORMACION

Se dan una serie de *efectos* de la instrumentación de la informatización que —como hemos visto— tienen un signo pragmático y aún posibilista. Pero hay uno singular que, incluso sin tal informatización, en la sociedad moderna vuelve a tener una importancia no meramente formal. Se trata del alcance que debe darse a la información registral en sus múltiples facetas: exhibición de libros, certificaciones, manifestación, informes.

El dilema fue planteado históricamente, y por tanto es «centenaria» —a raíz del «famoso» artículo 221 de nuestra Ley Hipotecaria, mantenido vigente en todas las reformas del Código Civil en su artículo 607: «*El (los) Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos*»

Al progresismo en el desarrollo de las *técnicas* —para hacer frente al cambio social—, sucede también un progreso y desarrollo de los *derechos humanos* (véase *Concepción del mundo y Derecho*. Homenaje a Tirso Carretero, 1985), tanto dentro de una globalización de los mismos —Declaración Universal 1948— como en su enriquecimiento interior y profundo (véase *Hacia un nuevo derecho a la educación*. Discurso Académico, 1995, contestación de Fraga Iribarne).

Si por un lado, se amplía y se expande la interpretación del «*interés conocido*», es decir, lo que sería el *populismo registral* —facilitado por la mecanización y la informatización—, por otro, las *Constituciones modernas*, concretamente la española de 1978, convida en su artículo 18 a un *derecho a la intimidad*

Esta cuestión la investigamos nosotros desde el plano de la reflexión sobre el 221, y sobre una experiencia registral muy singular, en el capítulo IX de la ob. cit., *Propiedad Inmobiliaria*, con el título «Publicidad formal (art. 221: naturaleza y efectos extrarregistrales)». Allí indagamos sobre la teoría y práctica en el uso de los datos registrales —relacionados con las cuestiones anteriores antes expuestas—. Sobre las *interpretaciones* y exégesis históricas del precepto. Las *actitudes* y predisposiciones, con frecuencia puntuales y pragmáticas, la naturaleza *civil-hipotecaria* de la publicidad formal registral, que no escapa a cierto derecho a la intimidad según los propios civilistas, etc. Alegábamos allí criterios jurisprudenciales, especialmente los «históricos» —y no meramente anacrónicos— de la Dirección General de los Registros, hasta llegar a la «famosa resolución de 22 de febrero de 1991, comentada también, con orientación distinta por PRADA Y ALVAREZ BUYLLA. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los límites al honor y a la intimidad, nos hacía recomendar la *prudencia* frente al *consumismo informativo-registral*, en una serie de conclusiones (véase el punto 8, págs. 209 y sigs de nuestra obra *Propiedad Inmobiliaria*, etc.).

No vamos a insistir más en esta cuestión del *derecho a la información*, que la informatización aviva y acelera, al lado de unos límites o de la estimación del *interés conocido*. Nos alegra que el ilustre Magistrado del TC, VICENTE GIMENO SENDRA, primero en la Revista *La Ley*, número 4307, 11-6-97, y luego en el *Boletín del Colegio de Registradores* de 29 de agosto de 1997, haya profundizado en el tema en un trabajo titulado *El Registro de la Propiedad y el Derecho a la intimidad*. No me resisto a expresar la satisfacción por las coincidencias fundamentales, pues van también por la línea que nosotros iniciamos, de carácter filosófico y constitucional, precisamente glosando con finura los últimos criterios del TC sobre la «*calificación del interés*» La conclusión final merece ser transcrita:

«El control del Registrador de la Propiedad de la intimidad (sea ésta estricta o amplia) de todos los sujetos de derecho que accedan

*a los Registros, es esencial para el buen funcionamiento del tráfico jurídico en un sistema democrático, en el que no pueden tener cabida, no ya los Estados-policías, sino lo que es todavía peor, la sociedad de las "multinacionales-policías", modelos de formación social a la que podemos llegar si se permite el trasvase en masa de la información del "Registro de la Propiedad y Mercantil a los Bancos de datos de los particulares". A los Registradores de la Propiedad incumbe, pues, en el ejercicio de sus potestades parajurisdiccional de calificación e instrumentación asumir, en primer lugar, la defensa del derecho a la intimidad del titular registral como del derecho de información de los terceros con interés legítimo y conjugar, tales derechos, con la protección de la seguridad jurídica. Es esta una nueva dimensión que la Constitución exige de los Registradores de la Propiedad, de tal suerte que, si como ha dicho el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la prensa es **le chien de garde public**, puede también afirmarse que el Registrador de la Propiedad está llamado, debe convertirse, en el guardián de la seguridad jurídica, de los legítimos intereses de los terceros, y de los derechos fundamentales de los particulares a la intimidad y recibir información veraz. En cualquier caso, en esta materia, a este prestigioso Cuerpo iusprivatista le corresponde la última palabra».*

No se puede expresar mejor GIMENO SENDRA, no ya sólo en el análisis, sino en la llamada a esa *función-constitucional-registral*. Y nos conforta haber abierto brecha anticipada —ya en 1995— en toda esa problemática, que en la repetida obra *La propiedad inmobiliaria y la seguridad jurídica registral*, 1995, ya urgíamos, y que el Colegio de Registradores acogió entonces, aunque —como contradicción— no siempre haya existido una divulgación doctrinal precisa y orientadora. Lo importante aquí, sobre este punto, es reflexionar si ante esa acción tan singular del *profesional registral iusprivatista-público*, la instrumentación de informatización —especialmente la *sustantiva*— puede desbordar la propia calificación registral, que es el momento sereno y solemne de medir aquella doble finalidad: *el servicio a la intimidad y el derecho a la información, según su interés conocido* y por supuesto legítimo. Es un precioso *bien común y justicia registral* a la que debe servir nuestra Organización Funcional.

JESÚS LÓPEZ MEDEL
Registrador de la Propiedad

Nulidad contractual: litisconsorcio pasivo necesario y congruencia. Doble disposición y venta de cosa ajena. Comentario a la STS de 25 de julio de 1996 (1)

ANTECEDENTES DE HECHO

Puesto que la sentencia objeto de este comentario relata pormenorizadamente los hechos que enjuicia, me limitaré a hacer aquí un breve resumen de los mismos, a fin de facilitar su lectura completa.

En escritura pública de 28 de mayo de 1985, don Rafael M.C. donó de forma pura, simple y gratuita a su hija adoptiva doña Concepción M.M. un piso con su plaza de garaje, donación que ésta aceptó en la misma escritura pública y que no fue inscrita en el Registro de la Propiedad. El donante siguió viviendo en el inmueble donado. También en escritura pública, ésta de fecha 21 de junio de 1988, el propio don Rafael M.C. vendió a su sobrino don Juan de Dios M.C. la nuda propiedad de los mismos dos inmuebles, reservándose el usufructo vitalicio, con facultad de disponer o gravar las fincas mencionadas a título oneroso, en caso de necesidad libremente apreciada por él, y sin tener que conservar o subrogar la prestación obtenida. Esta compraventa fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Don Rafael M.C. falleció el día 8 de diciembre de 1988, sin haber hecho uso de la mencionada facultad y bajo testamento abierto otorgado con fecha 28 de junio de 1988, en el que instituía herederos a su hija adoptiva doña Concepción M.M. en la legítima, aunque

(1) Teniendo prácticamente ultimado este comentario, llega a mis manos el publicado por el profesor ALBALADEJO sobre la misma sentencia, en *RDP*, junio de 1997, págs. 486-510, indudable indicio del interés de las cuestiones abordadas en la sentencia.

estableciendo que nada habría de recibir del caudal relicto por haberlo recibido todo en vida del causante, y a su sobrino don Juan de Dios M.C. en el tercio de libre disposición.

En acta notarial de fecha 14 de febrero de 1989, la sobrina donataria, doña Concepción M.M. notificó al comprador, don Juan de Dios M.C. y a su esposa la donación antes referida, requiriéndoles para que se abstuvieran de hacer sobre los mencionados inmuebles ningún acto de enajenación o gravamen. En escritura pública de fecha 7 de marzo de 1989, los referidos compradores vendieron dichos inmuebles a doña Eugenia-Antonia S.P., inscribiéndose tal compraventa en el Registro de la Propiedad con fecha 11 de abril de 1989.

El día 14 de abril de 1989, doña Concepción M.M. promovió demanda contra los referidos cónyuges compradores, don Juan de Dios M.C. y esposa, instando la declaración de nulidad de la venta otorgada en su favor, la cancelación de los asientos registrales que de ella trajeran causa, y la reintegración a la demandante de la posesión de los inmuebles referidos. Asimismo, y entre otros pedimentos, se instaba la declaración de la validez y plena eficacia de la donación otorgada en favor de la demandante. El demandado adujo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al no haberse demandado a doña Eugenia-Antonia S.P., a quien él había enajenado los bienes litigiosos, se opuso a la demanda y reconvino solicitando se declarase la revocación de la donación hecha en favor de la demandante.

La sentencia de primera instancia estimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que absolvió en la instancia al demandado. Instados recursos de apelación por ambos litigantes, la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia revocando la de primera instancia, estimando la demanda principal y desestimando la reconvención. Interpuesto recurso de casación por el demandado y apelante, el Tribunal Supremo lo desestimó, siendo Ponente el Ilmo. señor don Francisco Morales Morales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Los presupuestos fácticos que, de momento, y sin perjuicio de otras ampliaciones de esa misma índole que puedan ser hechas más adelante, han de ser aquí consignados para la adecuada comprensión de la cuestión litigiosa debatida en el proceso al que este recurso se refiere, son los siguientes: 1.º) Mediante escritura pública de fecha 28 de mayo de 1985, autorizada por el Notario de Granada, don Luis R.M. bajo el número 1.350 de su protocolo, don Rafael M.C., de estado viudo de doña María Dolores M.C. y sin descendientes de su referido y único matrimonio, donó de forma pura, simple y gratuita a su hija adoptiva doña Concepción M.M. el piso señalado con la

letra «A» del tipo IV, situado en la planta sexta de pisos del edificio número tres, de la calle Alminares, en Urbanización conocida por Alminares del Genil, de Granada (finca registral núm. 50.413 del Registro de la Propiedad, número tres de dicha capital) y también una participación indivisa de una ochenta y dosavos (1/82) parte del local existente en la planta sótano (finca registral núm. 50.109) del mismo edificio, destinada a zona de aparcamiento, que se concreta en la plaza número setenta y ocho. La donataria doña Concepción M.M., que aceptó la referida donación en la misma escritura pública antes dicha, no inscribió la misma a su nombre en el Registro de la Propiedad. El donante don Rafael M.C. continuó habitando el piso donado. 2.º) Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 21 de junio de 1988, autorizada por el Notario de Granada, don Francisco C.M., bajo el número 1.617 de su protocolo, don Rafael M.C. vendió a su sobrino don Juan de Dios M.C., casado con doña Concepción A.B., la nuda propiedad de los dos mismos inmuebles (el piso y la plaza de aparcamiento) que habían sido objeto de la donación a la que nos hemos referido en el apartado anterior, por el precio de un millón de pesetas, que el vendedor confesó haberlo recibido con anterioridad. En el apartado segundo de la parte dispositiva de dicha escritura se hizo constar lo siguiente: «don Rafael M.C., que cuenta ochenta y dos años de edad, se reserva vitaliciamente el usufructo de las fincas que esta escritura comprende, con la anexa facultad, también vitalicia, de que en caso de necesidad libremente apreciada por el vendedor, podrá gravar o disponer de las fincas a título oneroso, sin tener que conservar ni subrogar el contravalor o prestación obtenida». Con base en dicha escritura pública, don Juan de Dios M.C. inscribió a su nombre y el de su esposa la nuda propiedad de los dos expresados inmuebles (piso y plaza de aparcamiento). 3.º) Don Rafael M.C. falleció el día 8 de diciembre de 1988, sin haber hecho uso de la facultad dispositiva del piso y de la plaza de aparcamiento, que se había reservado en el apartado segundo (que antes hemos transcrito literalmente) de la parte dispositiva de la escritura pública de compraventa, de fecha 21 de junio de 1988, a la que acabamos de referirnos en el apartado anterior. 4.º) Con fecha 28 de junio de 1988, ante el Notario de Granada, don Francisco C.M. (núm. 1.707 de su protocolo), don Rafael M.C. había otorgado testamento abierto (que era el último y, por tanto, vigente a su fallecimiento), en el que, después de manifestar que de sus únicas nupcias con su fallecida esposa doña María Dolores M.C. no había tenido descendencia, pero que tenían una hija adoptiva llamada Concepción con los apellidos (después de la adopción) M.M., «instituye heredera sólo en cuanto al tercio de legítima estricta y en el de mejora a la citada hija adoptiva, haciendo constar no obstante que nada tendrá que percibir del caudal relicto del otorgante, puesto que computando y colacionando todo lo que tiene recibido en vida del testador tiene más que satisfecho su haber como tal heredera» (cláusula C), e «instituye heredero en

cuanto al tercio de libre disposición a su sobrino carnal don Juan de Dios M.C.» (cláusula D) y «nombra albacea universal y contador partididor con plenitud de facultades y la especial de efectuar y exigir colaciones y computaciones al Letrado con ejercicio en Granada don Romualdo H.C.». 5.º) Por medio de Acta notarial autorizada por el Notario de Granada, don Luis R.M. (núm. 613 de su protocolo) y a virtud del requerimiento que, al efecto, le había hecho doña Concepción M.M., el expresado Notario, el día 14 de febrero de 1989, notificó a don Juan de Dios M.C. y a su esposa doña Concepción A.B., que don Rafael M.C., mediante escritura pública de fecha 28 de mayo de 1985, había donado a doña Concepción M.M. el piso y la plaza de aparcamiento (a todo lo cual ya nos hemos referido en el anterior apartado 1.º de este Fundamento) y requería al expresado matrimonio para que se abstenga «de llevar a cabo acto alguno de disposición, enajenación o gravamen respecto del referido piso y aparcamiento, en tanto se pronuncien los Tribunales o se alcance solución extrajudicial convenida, teniéndose por apercibidos en otro caso del inmediato ejercicio en su contra de las acciones penales y civiles que asisten a la requirente». 6.º) Mediante escritura pública de fecha 7 de marzo de 1989, autorizada por el Notario de Granada, don Juan R.T., los cónyuges don Juan de Dios M.C. y doña Concepción A.B. vendieron los referidos piso y plaza de aparcamiento a doña Eugenia-Antonia S.P., la cual los inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad, número tres de Granada, con fecha 11 de abril de 1989.

SEGUNDO.—El día 14 de abril de 1989, doña Concepción M.M. promovió contra los cónyuges don Juan de Dios M.C. y doña Concepción A.B. y contra «la herencia yacente causada por don Rafael M.C., legalmente representada por su albacea y contador partididor, don Romualdo H.C.», el juicio de menor cuantía de que este recurso dimana, en el que se postuló se dicte sentencia por la que: «1) Se declare la nulidad de la escritura de compraventa otorgada ante el Notario de Granada, don Francisco C.M., el día 21 de junio de 1988, bajo el número 1.617; 2) Se declare la nulidad y se ordene la cancelación de cuantos asientos registrales se practicaron en base a dicha escritura pública; 3) Se declare la validez y plena eficacia de la donación otorgada ante el Notario de Granada, don Luis R.M., el día 28 de mayo de 1985, bajo el número 1.350 de su protocolo; 4) Se declare la procedencia de colacionar dicha donación en las operaciones particionales que se practiquen; 5) Se condene a don Juan de Dios M.C. a reintegrar a mi representada la posesión de la vivienda y aparcamiento objeto de la donación».

El demandado don Romualdo H.C. (albacea contador partididor de la herencia de don Rafael M.C.) se opuso a la demanda y pidió la total desestimación de la misma. El codemandado don Juan de Dios M.C. (su esposa doña Concepción A.B. no se personó en el proceso, por lo que, en su momento, fue

declarada en rebeldía) adujo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por estimar mal constituida la relación jurídico-procesal, al no haber sido también demandada doña Eugenia-Antonia S.P. (la compradora del piso y de la plaza de aparcamiento a la que nos hemos referido en el apartado 6.º del Fundamento anterior de esta resolución) y, en cuanto al fondo (para el caso de que fuera desestimada dicha excepción), se opuso a la demanda y pidió la total desestimación de la misma, y, además de todo ello, formuló reconven- ción en la que postuló se dicte sentencia, por la que se declare «que la donación efectuada por don Rafael M.C. a favor de la actora reconvenida, doña Concepción M.M. el día 28 de mayo de 1985 en la escritura otorgada ante el Notario don Luis R.M., del piso 6.º-A de la calle Alminares, núme- ro 3, y plaza de aparcamiento en el mismo edificio que se describen en dicho instrumento público, quedó revocada y sin efecto por el donante al otorgar éste la escritura de compraventa a favor de mi representado el día 21 de junio de 1988 ante el Notario de Granada don Francisco C.M., condenando a dicha demandada reconvenida a estar y pasar por dicha declaración».

La sentencia de primera instancia, estimando la excepción de litisconsor- cio pasivo necesario que había aducido el codemandado don Juan de Dios M.C., hizo un pronunciamiento absolutorio en la instancia, por lo que se abstuvo de entrar a conocer del fondo, tanto de la demanda principal, como de la reconvención.

En los correspondientes recursos de apelación interpuestos, respectiva- mente, por la demandante principal doña Concepción M.M. y por el code- mandado (actor reconviniente) don Juan de Dios M.C., la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada dictó Sentencia de fecha 13 de julio de 1992, por la que, estimando el primero de dichos recursos de apelación y desestimando el segundo de ellos, revocó totalmente la sentencia de primera instancia y, desestimando la aducida excepción de litisconsorcio pasivo neces- sario, entró a conocer del fondo de la cuestión litigiosa y, estimando la de- manda principal y desestimando la reconvención, declaró lo siguiente: «1) in- eficaz el contrato de venta otorgado por dicho don Rafael M.C. en favor de su sobrino don Juan de Dios M.C., sobre el piso y plaza de aparcamiento objeto de litigio, formalizado mediante escritura pública de 21 de junio de 1988 (número de protocolo 1.617 del Notario de Granada, don Francisco C.M.); 2) nulas las inscripciones registrales que a favor del adquirente cau- sara la mencionada escritura; y 3) válida la donación de los mismos bienes realizada por el reiterado don Rafael M.C. en beneficio de su hija adoptiva doña Concepción M.M. mediante escritura pública de 28 de mayo de 1985 (número de protocolo 1.350 del Notario de Granada, don Luis R.M.). Asimis- mo, y en consecuencia, dicha sentencia condena a los demandados don Juan de Dios M.C. y doña Concepción A.B. a que reintegren a la actora el valor del piso y plaza de aparcamiento litigiosos, tasado en catorce millones qui-

nientas mil pesetas, la cual cantidad deberá imputarla el contador partidor, don Romualdo H.C., de la legítima de la señora M.M., de conformidad con lo prevenido en el artículo 819.1 del Código Civil».

Contra la referida sentencia de la Audiencia, el codemandado don Juan de Dios M.C. ha interpuesto el presente recurso de casación que articula a través de cinco motivos.

TERCERO.—Razones de estricta metodología casacional aconsejan invertir el orden de estudio de los dos primeros motivos y comenzar por el segundo de ellos, ya que si éste hubiera de ser estimado, devendría innecesario el examen de los restantes.

Para el adecuado estudio y subsiguiente resolución de dicho motivo segundo, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: 1.º) Como ya se tiene dicho, el codemandado don Juan de Dios M.C. adujo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque entendía que la relación jurídico-procesal no había sido correctamente constituida, al no haber sido llamada al proceso, como demandada, doña Eugenia-Antonia S.P., que fue a quien el referido codemandado vendió el piso y la plaza de aparcamiento, según ya se dijo en el apartado 6.º del Fundamento jurídico primero de esta resolución. 2.º) La sentencia aquí recurrida ha desestimado la expresada excepción, para lo cual se basa, en esencia, en que considera que la referida compradora del piso y de la plaza de aparcamiento tiene la condición de tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral, por reunir los requisitos que, para ello, exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por lo que entiende que en modo alguno le puede afectar la sentencia que recaiga en este proceso y, en consecuencia, no tenía que ser demandada en el mismo.

CUARTO.—A combatir el referido pronunciamiento desestimatorio que la sentencia recurrida hace de la expresada excepción se orienta el motivo segundo, con residencia procesal en el ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que se denuncia «infracción de la doctrina jurisprudencial que creó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario» y en cuyo alegato el recurrente viene a aducir, en esencia, que el «fallo» de la sentencia recurrida «al declarar nulas las inscripciones registrales que a favor de don Juan de Dios M.C. causara la escritura de compraventa, implícitamente produce la nulidad de las inscripciones registrales que basadas precisamente en ésta se produjeron a favor de la referida doña Eugenia-Antonia S.P.».

El expresado motivo, cuya inconsistencia impugnatoria es ostensible, ha de fenecer necesariamente, ya que si, por un lado, el instituto del litisconsorcio pasivo necesario tiene por finalidad esencial la de evitar que una sentencia pueda afectar directamente a quien, por no haber sido parte en el proceso, no

se le ha dado la posibilidad de ser oído y de defenderse en el mismo, y, por otro, doña Eugenia-Antonia S.P. tiene la condición de tercero hipotecario, como declara la sentencia recurrida, condición que no le niega el recurrente, es evidente que a la misma no le puede afectar en modo alguno la sentencia que recaiga en este proceso, sin que tampoco pueda afectarle la anulación que la sentencia recurrida acuerda de las inscripciones practicadas, en su día, a favor de don Juan de Dios M.C. (con base en la escritura pública de compraventa de fecha 21 de junio de 1988, a la que nos hemos referido en el apartado 2.º del Fundamento jurídico primero de esta resolución), cuya anulación no puede extenderse de ninguna manera a la posterior inscripción practicada a favor de doña Eugenia-Antonia S.P. (con base en la escritura pública de compraventa de fecha 7 de marzo de 1989, a la que también nos hemos referido en el apartado 6.º del mismo Fundamento primero), pues dicha inscripción ha de mantenerse subsistente en todo caso, dada la repetida condición de tercero hipotecario que tiene la titular de la misma. La desestimación que acaba de hacerse de dicho motivo segundo nos obliga a examinar los restantes del recurso.

QUINTO.—Con la misma apoyatura procesal que el que acaba de ser examinado (ordinal tercero), aparece formulado el motivo primero, por el que, denunciando infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber incurrido en el vicio de incongruencia, «ya que en el fallo (se dice textualmente en el alegato del motivo) condena a los demandados don Juan de Dios M.C. y doña Concepción A.B. a que reintegren a los actores (sic) el valor en venta del piso y plaza de aparcamiento litigiosos, tasados en catorce millones quinientas mil pesetas, cuando este pronunciamiento no fue solicitado por la parte demandante en el suplico de su demanda, en la que, por el contrario, expresamente se solicitaba la condena a don Juan de Dios M.C. a reintegrar a la demandante la posesión de la vivienda y aparcamiento objeto de la donación».

El expresado motivo ha de ser desestimado por las consideraciones que a continuación se exponen. La correspondencia o adecuación entre lo concedido en el «fallo» y lo pedido en el respectivo escrito rector del proceso, en que toda congruencia consiste, presupone lógica y necesariamente que lo que se concede pueda tener efectividad en la realidad física y en el campo jurídico, pues si el cumplimiento de lo que se pide es totalmente imposible, por causa que no es imputable al que lo postula, el mismo principio de la congruencia, en plena concordancia con las normas reguladoras de la ejecución de las sentencias (arts. 919 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), obliga al juzgador a conceder el substitutivo dinerario de aquello cuyo cumplimiento, por causas imputables a los demandados, es física o jurídicamente imposible, siendo éste el supuesto aquí contemplado, pues si el

piso y la plaza de aparcamiento litigiosos no pueden ser restituidos a su legítima propietaria (la actora-donataria doña Concepción M.M.) por haber pasado los mismos a ser propiedad de un tercero hipotecario (en este caso, doña Eugenia-Antonia S.P.), es totalmente congruente la sentencia cuando condena a los demandados don Juan de Dios M.C. y doña Concepción A.B. que, en principio, estaban obligados a restituir a la actora los referidos piso y plaza de aparcamiento (devolución que, repetimos, es totalmente imposible, por causa imputable a dichos demandados), a que abonen a la actora el valor en que los mismos han sido tasados. A lo que acaba de ser argumentado que, por sí solo, ya es suficiente para la claudicación del motivo, ha de agregarse, por lo que respecta a las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto aquí enjuiciado, lo que a continuación expone-mos. No aparece probado que cuando, en 10 de abril de 1989, la actora redactó su demanda (presentada en el Juzgado el día 14 siguiente) tuviera ya conocimiento de que los demandados don Juan de Dios M.C. y su esposa doña Concepción A.B. hubieran vendido el piso y plaza de aparcamiento litigiosos a doña Eugenia-Antonia S.P., la inscripción de cuya renta en el Registro de la Propiedad es de fecha 11 de abril de 1989. El conocimiento de dicha venta lo tuvo la actora a través del escrito de contestación a la demanda y de reconvenición, que formuló el codemandado don Juan de Dios M.C. Ante el conocimiento que tuvo de dicho hecho, la actora actuó de la siguiente manera: a) En el Fundamento de Derecho V de su escrito de contestación a la reconvenición expresó lo siguiente: «No es óbice en modo alguno para que pueda prosperar nuestra demanda y lo que en ella se solicita, la existencia de una nueva venta, de irregular apariencia también, a favor de tercera persona, toda vez que de no estimarse posible el reintegro a mi mandante de la posesión y dominio del inmueble donado, habrá lugar a sustituir esa obligación de hacer por la correspondiente indemnización económica a favor de mi representada, en los términos que resulten en su día procedentes en trámite de ejecución de sentencia» (folios 130 *in fine* y 131 de los autos); b) En el acto de la preceptiva comparecencia (art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la actora, por medio de su Letrado, manifestó lo siguiente: «se afirma y ratifica en su escrito de demanda, debiendo concretar únicamente respecto de la petición 5.ª del suplico de la demanda que para el caso de no estimarse posible el reintegro de la posesión del inmueble objeto del procedimiento, esa obligación de hacer habrá de sustituirse por la correspondiente indemnización en los términos que resulten a tenor de las pruebas practicadas» (folio 145 de los autos).

Todo lo que anteriormente ha sido razonado y expuesto evidencia claramente que la sentencia recurrida no ha incurrido en la incongruencia de que, sin fundamento serio alguno, le acusa el recurrente, por lo que, como ya se dijo al principio, el presente motivo ha de fenecer.

SEXTO.—En el motivo tercero, con residencia procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción del artículo 620 del Código Civil y en el alegato integrador de su desarrollo el recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber infringido el citado precepto, al declarar que la donación *mortis causa* ha de hacerse mediante testamento, así como al no haber tenido en cuenta que, en ese tipo de donación, el donante conserva mientras viva la propiedad de la cosa donada, como ocurrió en este caso, dice el recurrente y, además, puede revocar la donación, lo que hizo, según dice, mediante la venta que de las mismas cosas donadas (el piso y la plaza de aparcamiento) hizo posteriormente el donante a su sobrino don Juan de Dios M.C., cuya venta posterior, por aplicación analógica del artículo 869.2.º del Código Civil, agrega el recurrente, ha de entenderse como una revocación implícita de la referida donación.

El expresado motivo tampoco puede tener favorable acogida por las razones siguientes: 1.º) Es opinión casi unánime de la doctrina científica y reiterada y prácticamente uniforme jurisprudencia de esta Sala la de que la llamada donación *mortis causa*, a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual, desde luego, no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias (Sentencias de 3 de enero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 19 de junio de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de junio de 1960, 23 de febrero de 1963, 28 de octubre de 1965, 7 de enero y 28 de abril de 1975, 7 de noviembre de 1979, 24 de febrero de 1986 y 13 de junio de 1994). La donación que don Rafael M.C. hizo a su hija adoptiva doña Concepción M.M., no sólo no revistió forma testamentaria alguna, pues se hizo con los caracteres de contrato con la concurrencia y aceptación de la donataria, sino que en la escritura pública de fecha 28 de mayo de 1985, en que la misma fue instrumentada, se evidencia claramente que, a través de ella se transmitía a la donataria, en aquel mismo acto, el pleno dominio de los bienes inmuebles (el piso y la plaza de aparcamiento) donados (clara donación *inter vivos*), cuando en ella se dice expresamente: «III. DISPOSICIONES.—Don Rafael M.C. DONA pura, simple y en forma gratuita la finca descrita al número uno de la participación indivisa descrita al número dos, de las manifestaciones que anteceden, con cuanto a las mismas sea inherente o accesorio, como libres de cargas y gravámenes y en pleno dominio, a su hija doña Concepción M.M., que acepta», sin que en lugar alguno de dicha escritura el donante manifieste, ni siquiera indirectamente, su voluntad de conservar el dominio de lo donado hasta el momento de su muerte y sin que a dicha transmisión del pleno dominio, que fue aceptada, repetimos, por la donataria en la misma escritura, se oponga el hecho de que el donante, con el consentimiento de su hija, la donataria, conservara en

vida la mera posesión del piso donado. 2.º) Si bien es cierto que la llamada donación *mortis causa* es libremente revocable por el donante, también lo es que dicha revocación ha de hacerse en testamento y de forma suficientemente expresiva de la voluntad de tal revocación, cuyos requisitos, obviamente, no concurren en la simple venta posterior que el donante hizo a su sobrino don Juan de Dios M.C. de los mismos bienes donados, mediante escritura pública de fecha 21 de junio de 1988, en la que ni siquiera hizo referencia alguna a dicha donación anterior, ni, por tanto, manifestó su intención de revocarla, y sin que pueda ser aplicado a este supuesto, por analogía, como sostiene el recurrente, el artículo 869.2.º, referente a la carencia de efecto de un legado cuando el testador enajena la cosa legada, pues en el presente supuesto no nos hallamos en presencia de ningún legado (al que especifica y exclusivamente se refiere el citado precepto), sino de una donación hecha en escritura pública y con aceptación de la donataria, para cuya revocación (caso de ser *mortis causa*, que no lo es, como antes se dijo) se requiere, en todo caso, la forma testamentaria, que aquí no ha existido.

SÉPTIMO.—Para poder resolver el motivo cuarto ha de tenerse en cuenta que la sentencia aquí recurrida declara inexistente el contrato (instrumentado en escritura pública de fecha 21 de junio de 1988) por el que don Rafael M.C. decía vender a su sobrino don Juan de Dios M.C. los dos inmuebles litigiosos (el piso y la plaza de aparcamiento), declaración de inexistencia que basa en que cuando el referido don Rafael M.C. manifestó vender dichos inmuebles a su expresado sobrino, ya no era propietario de los mismos, por cuanto tres años antes (mediante escritura pública de 28 de mayo de 1985) los había donado (con donación *inter vivos*, pura y simple) a su hija adoptiva doña Concepción M.M.

En el motivo cuarto, con la misma residencia procesal que el anterior, el recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber infringido el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al no haber tenido en cuenta que él (el propio recurrente) tiene la condición de tercero hipotecario respecto de la adquisición que, mediante la citada escritura pública de 21 de junio de 1988, hizo a su tío de los dos inmuebles litigiosos (el piso y la plaza de aparcamiento).

La respuesta casacional que ha de corresponder al expresado motivo es la que se desprende de las consideraciones que a continuación se exponen. De los requisitos que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario (adquisición del dominio o algún derecho real sobre bienes inmuebles, de buena fe y a título oneroso, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo e inscripción de dicho derecho a favor del adquirente), el primero de ellos ha sido concretado y puntualizado por reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el acto adquisitivo del tercero ha de ser necesariamente válido. Así, la

Sentencia de 23 de mayo de 1989, declara que «la cualidad de tercero hipotecario, como puntualizó la Sentencia de esta propia Sala de 18 de marzo de 1987, no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe con base en tal acto o negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanitaria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero; pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo, en el sentido de convalidarlo sanándolo de los vicios de nulidad de que adolezca»; asimismo, la Sentencia de 17 de octubre de 1989 proclama que «para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 de la propia Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación en la Ley Hipotecaria de 1861 y de su colocación sistemática en la Ley actual»; en idéntico sentido se pronuncia la Sentencia de 8 de marzo de 1993, que también recoge las dos anteriormente transcritas. La expresada doctrina jurisprudencial ha de llevarnos a la ineludible conclusión de que el codemandado, aquí recurrente, don Juan de Dios M.C., no tiene la condición de tercero hipotecario, al haber la sentencia aquí recurrida, como al principio se dijo, declarado inexistente e ineficaz el contrato (instrumentado en la escritura pública de 21 de junio de 1988) por el que don Rafael M.C. manifestó venderle los inmuebles litigiosos (el piso y la plaza de aparcamiento), todo lo cual ha de comportar el inexorable fenecimiento de este motivo cuarto.

OCTAVO.—Por el motivo quinto y último, con la misma residencia procesal que los dos que le preceden, se denuncia infracción del artículo 1.473 del Código Civil, para lo que el recurrente aduce, en esencia, que él, además de ser adquirente de buena fe, fue el que primero inscribió en el Registro de la Propiedad, por lo que concluye que, conforme al precepto que invoca, a él le corresponde la titularidad dominical de los bienes litigiosos.

El expresado motivo también ha de ser rechazado por las razones siguientes: 1.ª) El invocado artículo 1.473 del Código Civil no guarda relación alguna con el presente supuesto litigioso, pues el citado precepto presupone la coexistencia de dos ventas de una misma cosa a diferentes personas, mientras que en el caso aquí enjuiciado, una de las transmisiones (precisamente la primera) no fue efectuada por venta, sino por donación. 2.ª) Aunque a efectos mera y exclusivamente dialécticos se admitiera que el artículo 1.473 del Código Civil contempla los supuestos de doble transmisión de una misma

cosa a diferentes personas, aunque alguna de dichas transmisiones lo hubiera sido por título distinto del de venta, tampoco podría ser aplicado dicho precepto a la cuestión debatida en este proceso, ya que es reiterada doctrina de esta Sala la de que la tipificación de la doble venta, contemplada en el citado precepto, requiere para su existencia que, cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido, ya no se da el supuesto del artículo 1.473, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma (Sentencias de 23 de junio de 1951, 23 de mayo de 1955, 7 de abril de 1971, 30 de junio de 1986 y 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, siendo esto último lo aquí ocurrido, pues cuando, mediante escritura pública de fecha 21 de junio de 1988, don Rafael M.C. manifestó vender a su sobrino don Juan de Dios M.C. los dos inmuebles litigiosos (el piso y la plaza de aparcamiento), ya había quedado consumada la adquisición de la titularidad dominical de tales bienes en favor de doña Concepción M.M., a virtud de la donación *inter vivos*, pura y simple que de los mismos le había hecho su padre adoptivo don Rafael M.C., mediante escritura pública de fecha 28 de mayo de 1985.

NOVENO.—El decaimiento de los cinco motivos aducidos ha de llevar aparejada la desestimación del presente recurso, con expresa imposición de las costas del mismo al recurrente, sin que haya lugar a acordar la pérdida del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

COMENTARIO

Al concluir la primera lectura de esta sentencia resulta inevitable sentir un desasosiego, una sensación de haber pasado por alto algún dato concluyente a juicio del Tribunal Supremo para adoptar la decisión final, o de no haber entendido por completo el modo en que se desarrollaron los hechos. Máxime al comprobar que la pretensión triunfante es la que, efectivamente, en una aproximación si se quiere equitativa, o si se quiere meramente intuitiva a los hechos, se había considerado *a priori* digna de protección. Sin embargo, una segunda lectura más detenida no modifica en absoluto tal primera impresión: el Tribunal Supremo ha dado la razón a quien la tenía, pero con fundamentos jurídicos sorprendentes, por desconocedores de principios básicos del Derecho civil patrimonial.

Desde esa idea previa quiero iniciar el comentario a esta sentencia: desde el convencimiento de que la pretensión ganadora merecía alzarse con el triunfo, aunque el modo de proponer la demanda resulte, al menos, discutible. Ese mismo convencimiento, estoy segura, ha pesado en la resolución que el Tri-

bunal Supremo ha dado al litigio, con fundamentación jurídica sumamente criticable. Máxime cuando, como trataré de demostrar en las líneas que siguen, podía haberse llegado a la misma solución a través de cauces jurídicos más rigurosos. Simplemente, el Tribunal Supremo ha optado por el camino más corto y por tanto más fácil, sin parar mientes en la perplejidad jurídica que pueda experimentarse ante su sentencia.

Procederemos al realizar el comentario en el mismo orden seguido por el Tribunal Supremo para resolver el recurso, empezando por los dos motivos de índole procesal. Con ello, el interés del comentario irá inevitablemente *in crescendo*, dado que, desde mi punto de vista, las afirmaciones más interesantes de la sentencia (por discutibles) se encuentran en sus dos últimos fundamentos de Derecho.

1. LA EXCEPCIÓN DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha de pronunciarse sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario aducida por el comprador demandado, fundada en no haberse traído a la litis a la propietaria actual del inmueble, subadquirente del mencionado demandado. La excepción fue estimada en primera instancia, originando la correspondiente sentencia absolutoria en la instancia, de tal modo que al desestimarse en apelación y entrar la Sala a conocer del fondo del asunto, lo hizo por vez primera. Tómese lo anterior como un mero apunte, ya que nuestra jurisprudencia, ordinaria y constitucional, tiene declarado que ello no constituye una violación del derecho fundamental a la tutela jurisprudencial efectiva, aunque alguna vez se haya levantado en contra de tal doctrina.

El Tribunal Supremo, siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de Granada, desestima la excepción, entendiendo que dada la condición de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ostentada por la subadquirente (compradora del sobrino, a su vez comprador del donante de la demandante), lo resuelto en la sentencia no le puede afectar directamente, puesto que su inscripción ha de mantenerse subsistente en todo caso. El recurrente, en un notable ejercicio de despiste jurídico, había aducido que la decretada nulidad de la inscripción registral del demandado producía la de las que de él traían causa, afirmación que el Alto Tribunal califica elegantemente de «ostensiblemente inconsistente».

A mi juicio, el Tribunal Supremo adopta la solución correcta: de ninguna manera puede entenderse que nos hallemos aquí ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, pero no sólo porque la subadquirente tenga la condición de tercero hipotecario, sino también por la propia configuración de la pretensión ejercitada.

Efectivamente, obsérvese que la pretensión deducida por la demandante es la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre su padre, previo donante, y el comprador demandado. Y el fundamento alegado para tal nulidad es el hecho de haberse donado los mismos bienes con anterioridad a la demandante. Lo cual, como decía al principio, constituye una manera discutible de enfocar el litigio, ya que presupone la invalidez de la venta de cosa ajena, juicio que no puede compartirse como abordaremos en detalle más adelante, y, como consecuencia del principio de congruencia procesal, determina lógicamente el tratamiento que el caso planteado encuentra en los Tribunales.

En lo que en este punto nos ocupa, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, conviene detenerse en observar que la acción de nulidad entablada no podía dirigirse contra la subadquirente, por proceder aquélla contra las partes interesadas en el contrato cuya declaración de nulidad se postula, lo cual no es el caso. El contrato celebrado por la subadquirente con el previo comprador demandado no puede impugnarse por la vía de la nulidad, porque es válido. Otra cosa es que, por proceder de un *non domino*, si llegara a triunfar la pretensión demandante, se revele ineficaz para transmitir el dominio. Luego la acción que procedería contra esta subadquirente no sería la de nulidad contractual, sino la reivindicatoria, para lograr la demandante la reintegración de la cosa cuya propiedad aquélla no ha consolidado (partiendo de la validez de la venta de cosa ajena, en realidad lo mismo sucede con el contrato del comprador demandado).

Visto que la acción de nulidad no puede dirigirse contra la subadquirente, de modo que mal puede constituir un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, reflexionemos ahora acerca de la pretensión de reintegración de la posesión de los bienes litigiosos. No es necesario recordar que no es el nuestro un sistema formulario de acciones, pese a lo cual conviene detenerse en identificar la naturaleza de la acción ejercitada para tal reintegración por la demandante. Puesto que ésta no es parte en el contrato cuya nulidad pretende, la reintegración no puede fundarse en la acción contemplada en el artículo 1.303 del Código Civil, reservada a los contratantes y de naturaleza personal. Con DELGADO ECHEVERRÍA es preciso convenir en que lo ejercitado por la actora es una acción reivindicatoria, basada en que la compraventa celebrada con posterioridad a la donación carece de eficacia traslativa y en que por tanto el comprador demandado no tiene titularidad que oponer a la donataria (sobre la espinosa cuestión de las acciones de nulidad y restitución, son imprescindibles las magistrales páginas de DELGADO ECHEVERRÍA en *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1994, págs. 561 y sigs.; en el comentario a los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil* ..., tomo XVII, vol. 2, 2.ª ed., Madrid, 1995; y en el *Comentario del Código Civil* ..., tomo II, 2.ª ed., Madrid, Ministerio de

Justicia, 1993; y la monografía de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995).

Y ahora, ¿esa reivindicatoria debería haberse dirigido también contra la subadquirente? Como veremos en el punto siguiente al analizar el problema de la congruencia, cuando interpone la demanda la demandante ignora que el demandado ha enajenado previamente los bienes litigiosos, de modo que, al tener conocimiento de ello en el curso del proceso, y por los cauces procesales oportunos, solicita que la condena a reintegrar los bienes se sustituya por la indemnización correspondiente. Desde luego, la demandante podía haber optado por acumular a esta demanda otra, solicitando la reintegración de los bienes por su actual poseedora (por supuesto, de considerar que podía de algún modo impugnar su condición de tercero hipotecario), pero ello no nos sitúa ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, sino ante las posibilidades de actuación jurídica en defensa de su pretensión. Más claramente, aun cuando la pretensión de la demandante hubiera podido resultar triunfadora frente a la actual poseedora de los bienes, por no haber alcanzado ésta la protección del Registro, aquélla no viene obligada por el ordenamiento jurídico a conseguir una reintegración en especie de los bienes, sino que si lo desea puede limitarse a convertir esa primera pretensión a la reintegración *in natura* en una acción de resarcimiento de perjuicios. Así que con mayor razón si la actual poseedora, por ser tercero hipotecario, resultaría indemne ante la mencionada acción. Luego tampoco en su pretensión restitutoria se puede oponer a la demandante la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Obsérvese el paralelismo existente entre esa alternativa a que acabamos de hacer referencia ligada a la reivindicatoria (perseguir la reintegración *in natura* del bien, en manos de quien se encuentre, o conformarse con el resarcimiento del poseedor indebido que, con su conducta, ha hecho imposible la condena específica en su contra). en favor de quien, pese a no ser parte contractual, insta la nulidad del contrato, con la que se halla en manos de quien sí fue parte en el contrato cuya nulidad se solicita, con fundamento en los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil. Quien fue parte en el contrato cuya nulidad insta, puede elegir entre dirigirse contra su cocontratante exigiéndole «el valor que tenía la cosa cuando se perdió», más los intereses, en ejercicio de una acción personal, consecuencia de la nulidad, o bien, interponer la reivindicatoria frente al actual poseedor de la cosa, que la ha adquirido de un no propietario, por cuanto su título de adquisición estaba viciado de nulidad. Además, DELGADO ECHEVERRÍA señala cómo cabe también la acumulación de ambas vías, exigiendo del tercero la reintegración *in natura*, y del cocontratante de mala fe, la de los frutos e intereses que aquél, si es de buena fe, no estaría obligado a abonar (cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en *Elementos...*, cit., pág. 592; en *Comentarios...*, cit., pág. 420 y sigs., y *Comentario del Código...*, cit., pág. 562, y en el mismo sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA,

ob. cit., págs. 152 y sigs.). Por supuesto, y esto también en el primer caso, siempre que este tercero no hubiera consolidado una adquisición inatacable a través de alguno de los procedimientos arbitrados por el ordenamiento jurídico para las adquisiciones *a non domino* (arts. 464 del Código Civil, 34 de la Ley Hipotecaria o usucapión, que en este caso puede ser ordinaria).

De manera que, si aun resultando posible la reintegración de la cosa objeto del contrato por hallarse en manos de un tercer adquirente no protegido contra las consecuencias de la nulidad, el demandante no está obligado a accionar contra éste, no hallándonos por tanto ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, con mayor motivo cuando la acción (facultativa) contra el tercero se halla abocada al fracaso por encontrarse éste excepcionalmente protegido al haber consolidado su adquisición.

En el caso resuelto en la sentencia que nos ocupa, puede resultar llamativa la actitud de la demandante al renunciar anticipadamente a discutir la condición de tercero hipotecario de la subadquirente, dado que de las fechas en que se desarrollaron los hechos parece deducirse una especie de carrera contra el reloj para conseguir la protección del Registro (en el Fundamento de Derecho quinto de la sentencia puede leerse que la propia actora, en la contestación a la reconvencción en que el demandado manifiesta haber enajenado el inmueble, califica tal venta como de «irregular apariencia»), pero en ningún modo reprochable. Sólo a ella, según acabo de exponer, le correspondía decidir si entendía preferible la persecución de la cosa, de indudable mayor complejidad en cuanto exigía la demostración de la falta de buena fe de la subadquirente, o conformarse con el equivalente dinerario.

2. LA ACCIÓN DE NULIDAD Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha de pronunciarse sobre el efecto de incongruencia, imputado por el demandado recurrente a la sentencia de la Audiencia por haberles condenado (a él y a su cónyuge, declarada en rebeldía) al reintegro del *valor* en venta del piso y de la plaza de aparcamiento, tasados en catorce millones quinientas mil pesetas, cuando este pronunciamiento no fue solicitado en el suplico, que interesaba sólo la reintegración de la posesión de los mencionados inmuebles a la demandante. La sentencia, al desestimar tal motivo, se suma a una doctrina jurisprudencial ya establecida sobre la congruencia en materia de nulidad, ciertamente flexible.

Efectivamente, en el suplico se interesa sólo la condena de los demandados a la reintegración de la posesión del piso y plaza de garaje, postura lógica por cuanto, como el Tribunal Supremo observa, la actora tuvo conocimiento de la venta realizada por el demandado a través del escrito de contestación a la demanda y de reconvencción. Tras lo cual, en el escrito de contesta-

ción a la reconvencción, el Letrado de la parte actora hace constar que «de no estimarse posible el reintegro a mi mandante de la posesión y dominio del inmueble donado, habrá lugar a sustituir esa obligación de hacer por la correspondiente indemnización económica a favor de mi representada, en los términos que resulten en su día procedentes en trámite de ejecución de sentencias». Y en la comparecencia, en el mismo sentido aunque no en idénticos términos, por cuanto se obvia la remisión a la fase de ejecución, se concreta que «para el caso de no estimarse posible el reintegro de la posesión del inmueble objeto del procedimiento, esa obligación de hacer habrá de sustituirse por la correspondiente indemnización en los términos que resulten a tenor de las pruebas practicadas».

Pues bien, el Tribunal Supremo, sólo tras argumentar jurídicamente la desestimación del motivo, pone de manifiesto, *obiter dicta* y a mayor abundamiento, las circunstancias que acabamos de reseñar. Dicho de otro modo, aun sin las concreciones vertidas por la parte actora en la contestación a la reconvencción y en el acto de la comparecencia, no habría lugar a la apreciación del vicio de incongruencia. Porque el Alto Tribunal entiende que si lo pedido no puede otorgarse por imposibilidad física o jurídica, no imputable a quien lo solicita, el juzgador está obligado a conceder el sustitutivo dinerario, supuesto que es el aquí planteado, al haber pasado el piso y plaza de garaje a manos de un tercero hipotecario.

Como decía, la sentencia se inscribe en una línea jurisprudencial ya instaurada que, en busca de la justicia material, defiende una flexible articulación del fallo, no mediatizado estrictamente por lo concretamente pedido en el suplico, sino acorde con la pretensión y las consecuencias implícitas de la tutela solicitada por el demandante.

Así, y como muestra, pueden citarse las SSTs de 5 de mayo de 1980 (RA 784) y 27 de mayo de 1994 (RA 3756). En la primera, se pedía en el suplico la resolución de unos contratos de compraventa, la pérdida por el demandado de la mitad de las cantidades entregadas para la compra de los pisos, «más 1.000 pesetas por piso y día, a contar desde la fecha del requerimiento notarial hasta la entrega de las llaves de los precitados pisos y su efectivo desalojo por parte del demandado, suma a determinar en ejecución de sentencia». La sentencia recurrida declara resueltos los contratos, fija la cantidad a que tiene derecho la vendedora resolvente, y condena al demandado a desalojar los dos pisos objeto del contrato, dejándolos a disposición de la demandante. Interpuesto recurso de casación por incongruencia, por no haberse solicitado en la demanda la entrega de los pisos, el Tribunal Supremo lo desestima, señalando que tal entrega es efecto ínsito esencial de la declarada resolución del contrato, sin la que ésta quedaría ineficaz y ampararía un enriquecimiento injusto para el demandado, obligando al demandante a iniciar un nuevo proceso para recuperar los inmuebles que entregó.

Por su parte, en el supuesto que origina la STS de 27 de mayo de 1994, se insta la nulidad de un contrato de compraventa, y dado el tiempo transcurrido desde su celebración, que hace imposible la restitución de los bienes *in natura*, la demandante solicita el equivalente de su valor, a determinar en ejecución de sentencia. La Sala condena al pago del precio de la venta, más los intereses legales desde la celebración del contrato. Planteado recurso de casación por incongruencia de la sentencia, por haber determinado la cuantía del equivalente e incluido los intereses, que no se pidieron, el Tribunal Supremo lo desestima, aun admitiendo que «en muchas resoluciones se estima incongruencia cuando la solicitud de la parte relega la cuantificación de lo pedido como indemnización, frutos o rentas para ejecución de sentencia y el Tribunal practica por sí la cuantificación sin dejar tal extremo para ejecución», porque entiende que el Juzgador se ha de atener a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad, de modo que ha de conceder todo lo que de algún modo complementa y sea consecuencia de lo pedido por las partes, y al apreciar la existencia de datos suficientes para la fijación del *quantum* indemnizatorio, evita dilaciones inútiles, dando cumplimiento a lo ordenado en el artículo 360 de la LEC (2).

La STS de 4 de noviembre de 1985 (RA 5509) considera que no existe incongruencia si la obligación de transmitir la cosa en forma específica no es posible y se transforma en cumplimiento por equivalencia, respetándose la sustancia de lo pedido, de acuerdo con las normas legales, acogiéndose así aspectos complementarios o accesorios que están sustancialmente comprendidos en el objeto del debate e implícitamente en la pretensión deducida en la demanda, y en parecido sentido la STS de 27 de junio de 1986 (RA 4401).

La doctrina deducida de las sentencias citadas y la aquí comentada puede resumirse así: instadas la nulidad contractual y la consiguiente restitución del objeto del contrato, recogida en el artículo 1.303 del Código Civil, el juzgador puede sustituir tal condena, demostrada la imposibilidad de cumplimiento específico, por la del valor pecuniario de los bienes, con sus frutos e intereses, contemplada en el artículo 1.307 del Código Civil, aun sin que ello hubiera sido solicitado. Puede también, si en los autos se hubiera puesto de

(2) STS de 27 de mayo de 1994 (RA 3756): «la armonía entre las pretensiones de las partes con la sentencia no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo solicitado, sino que también ha de hacerse extensiva a todo aquello que de algún modo las complementa y precisen o que contribuya a la fijación de sus lógicas y naturales consecuencias, bien surjan de los propios alegatos de las partes, apreciados por el juzgador, o bien sean precisiones o aportaciones de las mismas en sus escritos de alegaciones y probanzas, porque lo perseguido por la Ley es que el órgano jurisdiccional se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad, y al apreciar que existían datos suficientes para el señalamiento del *quantum* indemnizatorio y proceder a la fijación de la suma que debía abonarse, con lo que evitaba dilaciones inútiles, no hizo sino dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 360 de la LECIV».

manifiesto, proceder a la fijación del *quantum* indemnizatorio, incluso aunque la parte actora lo hubiera relegado para ejecución de sentencia. Sin que ninguno de tales pronunciamientos, por consiguiente, haga incurrir a la sentencia en el vicio de incongruencia. Y ello porque el juzgador ha de acomodarse en el fallo a la pretensión deducida por las partes, con sus complementos y consecuencias implícitas, aunque no hubieran sido concretamente formuladas para otorgar la sustancia de lo solicitado y no su literalidad.

DELGADO ECHEVERRÍA, haciéndose eco de esta doctrina jurisprudencial consolidada, observa que «pedida sólo la declaración de nulidad, podrá entenderse que se han pedido también sus consecuencias restitutorias. Es doctrina del Tribunal Supremo, que parece consolidada, que puede decretarse la restitución de las prestaciones sin incurrir en incongruencia, cuando se declara la nulidad del contrato; e incluso se postula que tal consecuencia restitutoria es necesaria o automática» (cfr. en *Comentarios...*, cit., pág. 413). Con cita de otras sentencias, alude a la de 24 de febrero de 1992, en la que llega a afirmarse que el juez está obligado, de oficio, y una vez declarada la nulidad, a decretar también la restitución de cosa y precio.

Tal flexible doctrina, como la venimos calificando desde el principio, puede decirse que modula, en aras de la economía procesal y la tutela judicial efectiva, los principios de justicia rogada e impulso de parte que rigen nuestro proceso civil. Me parece plausible, en cuanto desencorseta la decisión judicial e impide la insatisfacción de la parte actora por una inadecuada redacción del suplico. Pero siempre que con ello no se hurte a ningún litigante su derecho a la defensa. Y ello puede producirse si quien insta la nulidad se limita a pedir su declaración, sin solicitar la condena restitutoria, y sin que de los términos en que se planteó la demanda pueda deducirse la presencia de un interés en tal restitución. Porque existen ahí dos pretensiones claramente diferenciadas: la de nulidad y la de restitución, que se concretarán, respectivamente, en un pronunciamiento meramente declarativo y otro de condena (en este sentido, modulando un tanto la radical doctrina que parece emanarse del Tribunal Supremo, DELGADO ECHEVERRÍA: «la restitución de cosa y precio no me parece una consecuencia ineludible de la declaración de nulidad, sino interpretación razonable, según los casos, de la demanda y su suplico, de modo que, si éste es el caso, el juzgador no incurrirá en incongruencia», *loc. últ. cit.*, pág. 415).

De cualquier manera, tal y como se planteó la pretensión demandante en el caso concreto analizado en la sentencia comentada, creo que ha de estarse de acuerdo con la postura adoptada por el Tribunal Supremo.

Una observación: se condena al demandado a reintegrar a la demandante el *valor* de los bienes litigiosos, no el precio obtenido por su venta. Así, aunque sin mencionarlo, el Tribunal Supremo parece aplicar el criterio contenido en el artículo 1.307 del Código Civil a la restitución solicitada por un tercero al contrato ineficaz (defendiendo tal interpretación del precepto, cfr.

DELGADO ECHEVERRÍA, *loc. últ. cit.*, pág. 458). Pero no condena al demandado a la restitución de los intereses desde la enajenación de la cosa. Con ello, y nos movemos en el terreno de las hipótesis, porque nada de esto se menciona en la sentencia, parece partirse de la buena fe del demandado, aplicándosele así el régimen del cobro de lo indebido, cuyo *accipiens* de buena fe, sólo responde en la medida del enriquecimiento (art. 1.897 del Código Civil), devolviendo el *precio* o la acción para hacerlo efectivo (3). Tal consideración de buena fe en el demandado se cohonestaría con lo declarado en los fundamentos de Derecho séptimo y octavo, que critico más adelante.

Dada la complejidad de esta última cuestión, y la relativa controversia doctrinal que ha suscitado, me limito a dejarla apuntada, porque estimo excede de los objetivos de este comentario.

3. LA CALIFICACIÓN DE LA DONACIÓN

La argumentación empleada por el Tribunal Supremo para rechazar el motivo de casación que trata de defender la naturaleza *mortis causa* de la donación y su supuesta revocación me parece impecable, y por tanto nada comentaré sobre este punto, por asumir por completo la postura del Tribunal. Creo que ni siquiera el propio recurrente podía estar convencido de su argumentación (4).

4. DOBLE VENTA, VENTA DE COSA AJENA, DONACIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Los Fundamentos de Derecho séptimo y octavo abordan el problema civil y registral central del supuesto de autos, y contienen una trascendencia doctrinal, a mi modo de ver incorrecta, según trataré de demostrar en este comentario. Las declaraciones del Tribunal Supremo, ciertamente sintéticas, se enmarcan, sin embargo, en una controversia doctrinal que alcanza a todos los puntos determinantes para la resolución de los intereses en juego.

Para conseguir una aproximación unitaria al problema central, analizaremos conjuntamente los motivos de casación resueltos en ambos fundamentos

(3) Así parece seguir nuestro Tribunal Supremo las tesis de DELGADO ECHEVERRÍA, quien sostiene que el artículo 1.307 parte de que el contratante obligado a restituir es de mala fe, manifestando una laguna para cuando tiene buena fe, que ha de colmarse aplicando la regla del artículo 1.897, cfr. *loc. últ. cit.*, pág. 460. Para otra interpretación del precepto, cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, págs. 108-145.

(4) ALBALADEJO, en el comentario a esta misma sentencia citado al principio de este trabajo, realiza un detenido análisis en contra de la vigencia de las donaciones *mortis causa*, págs. 495-499.

de Derecho. El recurrente (sobrino comprador y luego vendedor de los bienes en litigio) alega su condición de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, así como la de adquirente triunfante en virtud del artículo 1.473 del Código Civil, por tratarse en el pleito de un supuesto asimilable a la doble venta y haber procedido él primeramente a la inscripción de su título.

Efectivamente, en principio y sin entrar a analizar la concurrencia de los requisitos exigibles, en el supuesto de autos parecen confluir las protecciones dispensadas por los artículos 34 de la Ley Hipotecaria, y 1.473 del Código Civil. El recurrente, comprador del mismo *tradens* inscrito que con anterioridad había donado idéntico objeto contractual (piso y plaza de garaje), inscribe el título de su adquisición, a diferencia de la donataria previa.

Pero los Tribunales (tanto la Sala como el Supremo) deniegan la aplicación de esos preceptos por diferentes razones, relacionadas entre sí: dado que en el momento de celebración de la venta el *tradens* no era ya propietario por haber alcanzado plena efectividad la donación anterior, nos hallamos ante un supuesto de venta de cosa ajena, que se califica de inexistente y por ello no otorga título válido, requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para poder ampararse en su protección. El Tribunal Supremo entiende también que el artículo 1.473 del Código Civil «no guarda relación alguna con el supuesto litigioso», por no coincidir dos ventas, sino una venta y una donación, lo que lo hace inaplicable. Además, aunque «a efectos mera y exclusivamente dialécticos» se admitiera en tal caso su aplicación, nos recuerda su doctrina, asentada en los últimos años, sobre la incompatibilidad de la doble venta con la venta de cosa ajena, por cuanto el supuesto de aquélla exige que la primera enajenación no se haya consumado. Por todo ello, el comprador no puede alegar una titularidad preeminente sobre la donataria, sino al revés.

No puede decirse que la doctrina emanada de esta sentencia resulte novedosa, pero sí representa un paso más, en la línea defendida por el Tribunal Supremo en los últimos años, uniformemente a partir de la STS de 11 de abril de 1992, en el tratamiento de los problemas ínsitos en la doble venta. Un paso más en cuanto a la inaplicación declarada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero que no resulte novedosa no significa que no sea paradójica, en sus propios términos, y puesta en relación con la propia doctrina del Supremo en cuestiones abordadas en este mismo caso. Vamos a verlo.

Indudablemente, el eje central de la solución dada al litigio es la calificación hecha por la sentencia de apelación de que la venta en favor del recurrente es una venta de cosa ajena cuya sanción es la inexistencia. Declaración que el Tribunal Supremo asume, por cuanto coincide con la jurisprudencia hoy triunfante sobre la cuestión, y lleva hasta las que estima sus últimas consecuencias.

Ha de estarse de acuerdo en que tal venta lo es de cosa ajena, porque se realizó más de tres años después de la donación hecha por el mismo transmitente a su hija adoptiva, como acabamos de ver calificada a no dudar de donación *inter vivos*, y por tanto con fuerza traslativa desde la fecha misma de la escritura pública en que se instrumentó, donde consta la aceptación de la donataria. Pero no puede admitirse que tal venta de cosa ajena sea calificada de inexistente, aunque en ninguna parte de la sentencia se mencione, se supone que por falta de objeto.

Es tema sabido que la venta de cosa ajena no aparece regulada en nuestro ordenamiento, lo que, unido a su frecuente incidencia, la han hecho merecedora de abundante atención doctrinal y jurisprudencial, apreciándose en su tratamiento una evolución. De la inicial tendencia a la sanción de nulidad o inexistencia por falta de objeto, se ha llegado a una actual opinión mayoritaria favorable a la validez, con ciertos límites exigidos por la gran variedad de supuestos concretos que tal figura puede presentar, y que impiden uniformar la solución jurídica. Así, hoy es opinión prácticamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia que, a salvo la presencia de vicios del consentimiento (dolo, si el vendedor conocía la ajenidad de la cosa; error, si el comprador ignoraba de modo excusable tal ajenidad) o ilicitud de la causa (connivencia fraudulenta de ambos contratantes para privar de la propiedad al verdadero dueño), la venta de cosa ajena es válida. Y ello con fundamento en variadas razones de peso, entre las que destacan: la inexistencia de precepto alguno en nuestro Código que exija al vendedor ser propietario de la cosa vendida; la naturaleza obligacional de la compraventa, a distinguir de los efectos reales que alcanza unida a la tradición; la indudable injusticia que para los intereses en juego comporta la sanción de nulidad; la oportunidad de que sea título válido para la usucapión ordinaria... (cfr. RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, 1993, y más resumidamente su comentario a la STS de 11 de abril de 1992, en *ADC*, tomo XLVII, fasc. III, 1994.II, págs. 269-288).

Por señalar la jurisprudencia más reciente, la STS de 7 de junio de 1996 (RA 4827) afirma que «la validez del contrato se alcanza con independencia de la ajenidad de la cosa», señalando que el carácter obligacional de la venta posibilita la entrega del *id quod interest*, si la de la cosa resulta imposible, o proceder al saneamiento por evicción, si, una vez entregada, es recuperada por el verdadero propietario. Por su parte, la STS de 25 de octubre de 1996 (RA 7432), tras citar la «emblemática» STS de 5 de julio de 1976, basada en la anterior de 5 de julio de 1958, observa que es proclamación jurisprudencial, hoy unánime, la de la validez de la venta de cosa ajena, con fundamento en el carácter obligacional de la venta. El Tribunal Supremo añade que tal doctrina supera la del artículo 1.599 del *Code*, basándose en la interpretación lógica del artículo 1.458 del Código Civil y recogiendo una antigua tradición establecida en el Derecho romano (Dig. XVIII, 1, 28).

Calificación que también se aplica, a partir de la asimilación del supuesto al de la venta de cosa ajena, y siguiendo las observaciones de la doctrina más autorizada, a las enajenaciones realizadas por sólo algunos de los cotitulares de una comunidad, superando así la sanción de nulidad por falta de consentimiento. En este sentido, cfr. SSTs de 31 de enero de 1994 (RA 642) y 12 de mayo de 1994 (RA 4093).

Entonces, si ésta es la doctrina considerada unánime por la jurisprudencia acerca de la venta de cosa ajena, ¿por qué he partido de que lo afirmado en la sentencia comentada no constituye novedad alguna? Porque, y aquí la primera paradoja a señalar en la doctrina del Supremo, cuando la venta de cosa ajena se encuentra inmersa en un supuesto de doble venta, entonces es calificada sin ningún rubor de inexistente por falta de objeto, contrariando tal unánime jurisprudencia. Sobre la doble venta, el Tribunal Supremo viene repitiendo (cfr. STS de 11 de abril de 1992) que «requiere, para su existencia, que cuando se perfeccione la segunda venta, por convenio entre comprador y vendedor sobre la cosa objeto del contrato y el precio, la primera no haya sido consumada todavía (...), pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada (...), *ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino de venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto*». La frase subrayada puede leerse invariablemente en todas las resoluciones sobre la cuestión (por citar las más recientes, cfr. SSTs de 3 y 25 de marzo, 2 de julio y 25 de noviembre de 1994) (RA 1647, 2535, 6423 y 8947), y muestra el entendimiento del Supremo de que los términos unidos por la conjunción «o» no se consideran alternativos, sino sinónimos. Prueba de ello ofrece la sentencia comentada, que estima inaplicable el artículo 34 de la Ley Hipotecaria al considerar el título inválido, en cuanto inexistente, y por tanto encontrar subsunción al supuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

Esta doctrina, últimamente triunfante en la jurisprudencia sobre la incompatibilidad de la doble venta con la venta de cosa ajena confunde, a mi modo de ver, la eficacia obligatoria de la compraventa con la real o transmisiva, e introduce en la interpretación del artículo 1.473 del Código Civil, criterios que deben permanecer al margen de él. Señaladamente, la teoría del título y el modo, con olvido de que en ordenamientos como el francés y el italiano, de transmisión consensual del dominio, también existe un precepto equivalente (cfr. el citado comentario de RUBIO GARRIDO, págs. 286-288 y LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1990, págs. 255 y sigs.) El artículo 1.473 es una norma conflictual que decide a quién debe corresponder la propiedad irrevocable de una cosa enajenada más de una vez, y que por tanto puede calificarse de «excepcional» dentro de las normas generales de atribución de la propiedad.

Conviene señalar, además, que esta jurisprudencia sobre el artículo 1.473 ha sustituido a una anterior correcta, que entendía aplicable tal precepto aun

cuando algún contratante hubiera consumado ya su adquisición. Así, en la STS de 4 de marzo de 1988 (RA 1554), y contra la tesis del recurrente de aplicación indebida del artículo 1.473 por las mismas razones aducidas hoy por el Supremo y que aquí criticamos, puede leerse: «La tesis mantenida por el recurrente olvida que es suficiente la existencia formal de dos contratos en pugna, sin disquisiciones en punto a su eficacia, para que los intereses encontrados de los dos compradores tengan forzosamente que resolverse a tenor de los preceptos que se dicen conculcados y que con plena ortodoxia fueron la regla de oro mantenida por la Sala *a quo* para su discernimiento»; y además: «habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad, y de la sociedad jurídica, de la fe pública registral, contando, obviamente, con la buena fe del comprador inscrito». La STS de 30 de junio de 1986 (RA 4403), por su parte, no ve inconveniente alguno en entender aplicable el artículo 1.473, pese a haberse producido, previamente, la consumación de una de las enajenaciones y generarse un supuesto de venta de cosa ajena.

Es necesario distinguir entre los efectos personales y los reales del contrato de venta de cosa ajena. Efectivamente, su validez contractual se contrapone a su ineficacia para transmitir el dominio *per se*. Pero sí sirve como título para adquirir el dominio si se presenta acompañada de alguno de los institutos que el ordenamiento jurídico admite, excepcionalmente, para que se produzca una adquisición *a non domino*. usucapión (ordinaria, por cuanto tal venta constituye título válido), posesión de buena fe para los bienes muebles (art. 464 del Código Civil), e inscripción registral, en cuya órbita se halla también el artículo 1.473 del Código Civil.

Y aquí no se puede argumentar, como hace el Tribunal Supremo, que la venta de cosa ajena no constituye un título válido a efectos de la protección porque no sirve *per se* para transmitir el dominio. Tal exigencia no forma parte de la configuración del título requerida en los artículos 32 ó 34 de la Ley Hipotecaria, 464, 1.473 ó 1.953 del Código Civil. En tales artículos se exige un título válido, pero no eficaz, porque de otro modo esos especiales mecanismos de adquisición de la propiedad, arbitrados por el ordenamiento resultarían innecesarios, o nunca encontrarían aplicación. El mismo título, si fuera eficaz, y acompañado de la tradición, ya habría logrado la adquisición de la propiedad, y si no lo fuera, se nos está diciendo que no sirve para acogerse a la protección de tales institutos.

A un observador detenido no se le habrá escapado que la alegación del artículo 1.473 del Código Civil nos ha llevado, en este comentario, a la mención del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, absolutamente lógica, por cuanto este segundo recoge la regla general de que el primero constituye aplicación concreta. En ambos preceptos está presente el mismo fundamento,

el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, aplicable aquí, como aduce el recurrente, para defender la preferencia de su adquisición, inscrita sobre la donación no inscrita. Sin embargo, en la sentencia para nada se menciona el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. La razón se encuentra también en la controversia doctrinal mencionada sobre los contornos de esas normas y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Porque parte de la doctrina entiende que el artículo 32 (y el 1.473) es aplicable exclusivamente a las adquisiciones *a domino*, y no a las *a non domino*, subsumibles sólo en el ámbito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Conclusión consecuencia, fundamentalmente, de dos puntos de partida: la tesis dualista del tercero hipotecario, a mi modo de ver, plenamente demostrada; y el entendimiento apriorístico de que la venta de cosa ajena no es subsumible en los artículos 1.473 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria, sino en el 34 de la Ley Hipotecaria, por cuanto constituye una adquisición *a non domino* (5). Lo cual, y volvemos a lo expuesto, ya no puede compartirse: efectivamente, por hipótesis, es un supuesto de adquisición *a non domino*, pero entender que no encaja en el artículo 1.473 por exigir éste ventas válidas, y no serlo la de cosa ajena, supone confundir la eficacia obligatoria del contrato con la transmisiva. Cuando los artículos en cuestión otorgan criterios reales, de atribución de la propiedad, a partir de unos requisitos contractuales de validez del título, no de la transmisión.

Observando el problema desde este punto de vista, el Tribunal Supremo no se vería obligado a sostener una calificación de la venta de cosa ajena diferente, dependiendo de si se halla o no en relación con un supuesto de doble venta. Y digo «obligado», porque en el fondo de esa sanción de nulidad parece esconderse la voluntad de inaplicar el artículo 1.473 del Código Civil para no provocar una injusticia, por intuir o sospechar la carencia de buena fe en el adquirente que resultaría protegido, exactamente, como veremos en seguida, lo sucedido en la sentencia comentada.

Por otra parte, la admisión de que los ámbitos de protección diseñados por los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria son diferentes, no significa que en determinadas ocasiones un mismo supuesto de hecho no pueda subsumirse

(5) GARCÍA GARCÍA. «Para evitar la *reductio ad absurdum* no hay más remedio que interpretar el artículo 1.473.2 del Código Civil en la única forma posible, a pesar de las desorientaciones de la doctrina, es decir, en el sentido de que la primera venta que no se inscribe es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda venta es válida. y deriva del dueño (adquisición *a domino*), a diferencia de los supuestos de «venta de cosa ajena» y de «venta sin objeto o sin legitimación», y, más adelante: «La adquisición del artículo 32 es, en definitiva, o una adquisición *a domino* o una adquisición *ex domino*, pero no una de las que la doctrina tradicional ha venido configurando como adquisición *a non domino*, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1993, tomo II, págs 81 y 86

en ambos preceptos, conjugándose la protección fundada en el principio de inoponibilidad y la basada en la de fe pública registral (en este sentido, y por todos, cfr. LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984, pág. 167). Como en el supuesto comentado, por proceder los títulos en conflicto de un *tradens* inscrito e inscribir sólo uno de los adquirentes.

De manera que, con la sola argumentación empleada por el Tribunal Supremo, la nulidad de la venta de cosa ajena y por tanto la inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tras poner de manifiesto cómo tal calificación choca incluso con la propia jurisprudencia del Supremo y los presupuestos de tal precepto, no existe razón jurídica para negar la prevalencia de la adquisición del sobrino comprador sobre la anterior donación. Y no sólo el supuesto, configurado así, encuentra protección en el principio de fe pública registral, sino también en el de inoponibilidad por hallarse en conflicto dos títulos válidos de los que sólo uno está inscrito.

Detengámonos ahora en otra (en realidad, la de partida) de las argumentaciones empleadas por el Tribunal Supremo para denegar la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil: «no guarda relación alguna con el presente supuesto litigioso» por requerir éste la presencia de dos ventas y darse aquí una donación. Afirmación sorprendente, en cuanto supone liquidar de un plumazo una cuestión controvertida en la doctrina y sobre la que no existe declaración jurisprudencial asentada (6). Efectivamente, la generalidad de los autores admite la aplicación analógica del precepto a otros contratos onerosos, además de a la compraventa, pero no existe acuerdo cuando concurren transmisiones gratuitas, ya en conflicto entre sí, ya con otra onerosa. A la negativa de algunos (así, por todos, PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, pág. 98) se contraponen la afirmativa de otros (así, entre otros, LACRUZ BERDEJO, quien lo estima aplicable «a cualquier concurrencia de dos contratos dirigidos a la transmisión del dominio, o de un contrato con actos equivalentes igualmente transmisivos», *ob. cit.*, tomo III, vol. 1.º, págs. 255 y sigs.; DIEZ-PICAZO: «puede preconizarse una interpretación amplia del artículo 1.473, que no reduzca su campo de aplicación a la estricta doble venta, sino que lo extienda a todo doble negocio del que puede resultar una doble transmisión dominical. (...) Desde el punto de vista del Derecho civil sustantivo no hay tampoco razón alguna para entender que en la colisión entre un título oneroso y un título gratuito tenga que ser preferido siempre el primero», *Fundamentos del Derecho civil*

(6) Ciertamente, tampoco esta sentencia es única. La STS de 25 de octubre de 1993 (RA 7654) entiende inaplicable el precepto por hallarse en conflicto dos donaciones, pero la razón fundamental para ello no estriba en la naturaleza gratuita del título, sino en la subsunción del supuesto en la enajenación de cosa ajena, dada la eficacia traslativa que el Tribunal Supremo reconoce a la donación realizada en forma, sin necesidad de tradición.

patrimonial, tomo III, 4.^a ed., Madrid, 1995, pág. 780; y GARCÍA GARCÍA, *ob. y loc. cit.*, pág. 182). ALBALADEJO, que en el comentario ya citado se ocupa de esta cuestión, termina concluyendo, tras una detallada panorámica de los supuestos posibles, que las disquisiciones sobre la aplicación del artículo 1.473 no sirven para nada, porque la solución se encuentra en las reglas generales de nuestro Derecho (7).

Desde luego, los antecedentes históricos inmediatos de nuestro Código Civil no favorecen la tajante afirmación realizada por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia comentada; antes bien, son argumentos de peso para defender la aplicación del artículo 1.473 también en conflictos planteados entre títulos onerosos y gratuitos. El artículo 1.859 del proyecto de Código Civil de 1851 dispone: «Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título».

Por otra parte, cuando la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se detiene a explicar los efectos de la inscripción registral en la doble venta, la Comisión se remite al criterio del proyecto de 1851, con idénticos términos genéricos: «Así lo establece también el proyecto del Código Civil, ordenando que cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título». Idea de la ampliación que resulta explicitada por GÓMEZ DE LA SERNA, quien al comentar este mismo tema, y en referencia a los antecedentes de las Leyes de Partidas, afirma: «lo que se dice del vendedor y del comprador, por paridad de motivos, es aplicable a todos los enajenantes y adquirentes, debiendo considerarse puesta como ejemplo la mención especial que se hace de la compra y venta, cosa que es tan común en la obra monumental de don Alfonso el Sabio» (*La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, Madrid, 1862, pág. 567).

De manera que no resulta tan clara la exclusión de las reglas del artículo 1.473 del Código Civil cuando uno de los actos transmisivos, como en el presente caso, es una donación. Como el propio Tribunal Supremo, aunque sea implícitamente, admite, porque tras la tajante afirmación que criticamos, ha de añadir «aunque a efectos mera y exclusivamente dialécticos» como argumento a la inaplicación de la norma. su doctrina sobre la doble venta y la venta de cosa ajena, a la que ya nos hemos referido en extenso.

Resumiendo, el Tribunal Supremo hace prevalecer en esta sentencia la pretensión que, *a priori*, parece justa, en una especie de aproximación intuitiva a los hechos. Para ello, partiendo de la inscripción del *tradens*, es necesario negar la presencia de los requisitos de aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y así, recurre a calificar de nula la venta de cosa ajena,

(7) Cfr. ALBALADEJO, *loc. cit.*, pág. 509

olvidando que su doctrina general es favorable a la validez. Ahora bien, tal recurso no resulta discordante totalmente con la jurisprudencia, dado que cuando la venta de cosa ajena se halla integrada en un supuesto de doble venta, entonces es calificada de inexistente por falta de objeto. Así, el Tribunal Supremo encuentra acomodo para la nulidad del título del comprador y subsiguiente inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Además, la doctrina jurisprudencial últimamente triunfante sobre la doble venta y su incompatibilidad con la venta de la cosa ajena es utilizada para eludir la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil y su concordante artículo 32 de la Ley Hipotecaria, esto es, para eludir la aplicación del principio de inoponibilidad de lo no inscrito, uno de los pilares de nuestro sistema inmobiliario registral. Y ello sin que el Tribunal Supremo haya empleado ningún argumento jurídicamente convincente, sino a partir de una serie de ideas apriorísticas.

Desde luego, como ya adelantaba al iniciar este comentario, entiendo que el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia justa en cuanto a la pretensión protegida, aunque no ha empleado los argumentos jurídicos adecuados. La inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por invalidez del título del recurrente, debería haberse fundamentado en la simulación de la compraventa, en defensa de lo cual existen datos importantes en los autos. Se estará de acuerdo en que la celebración de una compraventa con reserva en favor del vendedor del usufructo vitalicio con facultad de disponer en caso de necesidad es una figura sospechosa (cfr. LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.* vol. 2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1991, pág. 97: «resulta discutible la posibilidad de un contrato oneroso en el cual el cedente de los bienes en usufructo autorice al adquirente para disponer a su mera voluntad de ellos, porque nadie puede ser árbitro del cumplimiento de sus propias obligaciones»), indiciaria de simulación absoluta. Máxime cuando el precio fijado a los bienes (un piso y su plaza de garaje) en dicha venta es de un millón de pesetas y resultan tasados en catorce millones quinientas mil pesetas. Obsérvese que en la sentencia no consta el precio de la venta realizada por el recurrente, menos de un año después de su supuesta compra, sino que se hace referencia siempre al valor en venta de los bienes o al de tasación, a cuyo abono resulta condenado, finalmente, el recurrente, como hemos puesto de manifiesto anteriormente. Y por si esto fuera poco, la supuesta venta se realiza siete días justos antes de otorgar el vendedor testamento, en el que instituye heredero en cuanto al tercio de libre disposición al recurrente, su sobrino y comprador.

Y si este argumento no convence y se estima arriesgado, aún podría haberse empleado otro, la falta de buena fe en el recurrente, verdadera exigencia primigenia de todo el sistema de protección al adquirente. Las fechas de celebración de las sucesivas enajenaciones, a partir de la venta hecha al recurrente, parecen los hitos de una verdadera carrera por hacerse con la pro-

tección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En junio de 1988, la tan mencionada venta, menos de seis meses antes de fallecer el vendedor (causante, como sabemos, del recurrente y comprador); en marzo de 1989, veinte días después del requerimiento notarial hecho por la sobrina donataria, la venta a otra persona que también resulta inscrita. Recuérdesse lo ya dicho acerca de que la sobrina donataria, en la contestación a la reconvención, califica a esta última venta a favor de tercera persona, «de irregular apariencia también». Desde luego, de los términos de la sentencia comentada no se desprende argumento alguno para tratar de contrarrestar los efectos de la protección registral en favor de la adquisición de este tercero, como así debió entenderlo la sobrina demandante al conformarse con la indemnización y no intentarlo siquiera, pero no puede decirse lo mismo de la adquisición del sobrino recurrente.

Quizá, y ello en descargo del Tribunal Supremo, la razón de no haberse empleado los argumentos señalados haya de encontrarse en la articulación del pleito por parte de la sobrina demandante, que ya hemos calificado de discutible. Si ésta no trató de impedir la aplicación de los preceptos en cuestión a partir de la demostración de no cumplirse los presupuestos de hecho exigidos, el Tribunal Supremo se encontró atado por el principio de congruencia, acudiendo a los argumentos criticados para conseguir una solución justa.

Indudablemente, tanto el argumento de la simulación contractual absoluta como el de la mala fe del recurrente comprador, ofrecen mayores dificultades en orden a la prueba que la solución adoptada por el Tribunal Supremo. Pero son coherentes con el sistema de protección a la apariencia arbitrado en nuestro sistema, o, con otras palabras, resultan ajustados a Derecho. Lo que no puede decirse de la negativa a otorgar la protección del artículo 34 al segundo adquirente por haber adquirido de quien no es dueño, o, dicho de otro modo, en virtud de una venta de cosa ajena. Por ello, el título es válido, y ése es precisamente el supuesto al que quiere atenderse en tal precepto, que comporta uno de los supuestos de adquisición *a non domino* de nuestro ordenamiento. Negar su aplicación al supuesto de autos conlleva convertir en papel mojado la célebre dicción del mencionado precepto.

Y, puesto que como antes decíamos, el planteado es un supuesto en el que se sobreponen la protección del artículo 34 y la del 32 de la Ley Hipotecaria (concordante con el art. 1.473 del Código Civil), si no se desea entrar ni en la simulación ni en la presencia de mala fe, también este segundo precepto convierte en triunfador al comprador recurrente. Por lo señalado anteriormente, acerca de lo injustificado de la inaplicación del 1.473 a la venta de cosa ajena, partiendo de la tesis de que se trata de una venta válida. También la aplicación de este precepto puede comportar una adquisición *a non domino*, como ocurriría en este supuesto si se cumplieran sus demás requisitos (señaladamente la buena fe). Basada aquí, ya no en el principio de fe pública

registral, como en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino en el de inoponibilidad o prevalencia de lo inscrito sobre lo no inscrito, recogido en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

Indudablemente, el Derecho debe servir a la justicia, pero en el caso planteado, el triunfo de la donataria debería haberse fundamentado en la inaplicación de los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil, por no cumplir el comprador sus presupuestos de aplicación en virtud de: la inexistencia de título por simulación, y su mala fe por haber tenido conocimiento de la donación anterior. Y si tales datos no pueden llegar a demostrarse, flaco favor le hacen al Derecho las sentencias que obvian principios básicos del ordenamiento jurídico. A eso se le llama uso alternativo del Derecho, y es peligroso.

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Acuerdos internacionales y Derecho europeo

1. *Acuerdo de cooperación con la República Argentina.*—En el *BOE* del 10 de diciembre se publica el Acuerdo de cooperación económica y financiera entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 18 de octubre de 1995.

2. *Adhesión al Acuerdo de Schengen.*—En el *BOE* del mismo día 10 de diciembre pasado se publica el Instrumento de ratificación de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.

B) Leyes nacionales

Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Ley 51/1997, de 27 de noviembre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución.

Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Ley 60/1997, de 19 de diciembre, de modificación del Estatuto de los Trabajadores en materia de cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.

Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998.

Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

C) Leyes autonómicas

Asturias—Ley de 18 de diciembre de 1997. Fijación en el 33 por 100 del recargo sobre las cuotas mínimas del Impuesto de Actividades Económicas.

Baleares.—Ley de 18 de diciembre de 1997. Atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores.

— Ley de 22 de diciembre de 1997. Medidas tributarias y administrativas.

Castilla y León.—Ley de 26 de diciembre de 1997. Medidas económicas, fiscales y administrativas.

Cataluña.—Ley de 24 de diciembre de 1997. Tasas y precios públicos.

— Ley de 24 de diciembre de 1997. Medidas administrativas y de organización.

Madrid.—Ley de 26 de diciembre de 1997. Tasas y precios públicos.

— Ley de 26 de diciembre de 1997. Medidas fiscales y administrativas.

Navarra.—Ley Foral de 15 de diciembre de 1997. Vías Pecuarias.

— Ley Foral de 15 de diciembre de 1997. Registro de Explotaciones Agrarias de Navarra.

— Ley Foral de 30 de diciembre de 1997. Modifica parcialmente los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, sobre el Patrimonio, sobre Sociedades y sobre Sucesiones.

Valencia—Ley de 16 de diciembre de 1997. Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Comunidad.

— Ley de 23 de diciembre de 1997. Regula el tramo autonómico del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos.

— Ley de 26 de diciembre de 1997. Medidas de gestión administrativa y financiera y gestión de la Generalidad.

II. Información de actividades

1. *Academia Matritense del Notariado*.—Ha comenzado a desarrollarse el ciclo de conferencias correspondiente al año académico 1997-1998, habiendo tenido lugar las siguientes intervenciones:

16 de octubre

— Don FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, Catedrático de Derecho Civil, *La personalidad jurídica de las sociedades civiles*.

30 de octubre

— DON EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Notario, *La referencia catastral*.

27 de noviembre

— EXCMO. SR. DON ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, *La ciudadanía europea*.

11 de diciembre

— EXCMO. SR. DON FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL, Profesor Emérito de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid. Ex-teniente Fiscal del Tribunal Supremo, *El Ministerio Fiscal y las instituciones protectoras del menor*.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*—Ha tenido lugar en los últimos días del pasado mes de noviembre un ciclo de conferencias sobre «Derecho Internacional Humanitario», que se ha desarrollado con arreglo al siguiente programa:

— «El Derecho Internacional Humanitario en la actualidad», por el profesor don MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid, Director Técnico del Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (Cruz Roja Española).

— «El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», por la profesora doña CONCEPCION ESCOBAR HERNÁNDEZ, Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cantabria.

— «La Jurisdicción Penal Internacional», por el profesor don FERNANDO PIGNATELLI MECA, Coronel Auditor, Asesor Jurídico del Ministerio de Defensa.

— «Ingerencia humanitaria y asistencia humanitaria», por el profesor don FERNANDO MARIÑO MENÉNDEZ, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III.

— «Genocidio y crímenes de guerra en la Legislación Penal Española», por don JOSÉ LUIS VILLASANTE PRIETO, General Consejero Togado, Presidente del Tribunal Militar Central, Director Técnico del Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (Cruz Roja Española).

— «Derecho y cultura de paz», por don FÉLIX FERNÁNDEZ SHAW, Embajador de España, Vice-Presidente del Consejo Ejecutivo de la UNESCO.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUENAS

Sentencia de 27 de octubre de 1997.—EJECUCION HIPOTECARIA Y ARRENDAMIENTO.—El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no produce la indefensión del arrendatario a que se refiere el artículo 24 de la Constitución, ya que puede exhibir su título ante el juez para que éste lo valore y decida. Sala 2.ª—Ponente: don Carlos Viver.—Voto particular: Sr. García-Mon.

Antecedentes.—a) Mediante escritura otorgada ante Notario el día 3 de agosto de 1989, la Caja de Ahorros Provincial de Zamora concedió a doña Fidela Arias Gómez y a don Miguel Angel Aguado Sierra un préstamo hipotecario. El segundo párrafo de la cláusula novena de la escritura establecía lo siguiente: «Asimismo (la parte deudora) se obliga a no estipular sobre los inmuebles gravados ningún arrendamiento salvo que, si en el mismo se confiere al arrendatario el derecho a prórroga, se pactase cláusula de estabilización anual de la renta en el mismo porcentaje en que varíe el índice general de precios al consumo, y la renta anual, capitalizada al tanto por ciento resultante de multiplicar por el coeficiente 1,5 el interés legal del dinero vigente en el día de la formalización del arrendamiento, sea superior a la total responsabilidad hipotecaria, y si no se confiere tal derecho a prórroga, se concierte el arrendamiento por plazo no superior a un año».

b) El día 30 de agosto de 1989, la sociedad mercantil «El Rey del Precio D.A., S. L.», representada por don Manuel Pérez Hernández, suscribió como arrendataria un contrato de arrendamiento del local de negocio objeto de la hipoteca reseñada en el apartado anterior, por tiempo indefinido y un precio anual de 540.000 pesetas. En el contrato, en el espacio reservado a la firma del arrendatario, figuraba, junto a otra, la firma de doña Gema María Aguado Arias, hoy recurrente. La arrendadora era doña Fidela Arias Gómez. El contrato se registró en la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Zamora el día 28 de febrero de 1992.

c) El día 15 de noviembre de 1991, «Caja España de Inversiones, C.A y M.P.», que se había subrogado en todas las relaciones jurídicas de las que era titular la Caja de Ahorros Provincial de Zamora, formuló demanda de procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria respecto de las cuatro fincas urbanas que componían el local ya referido como objeto de hipoteca y arrendamiento. Mediante «propuesta de providencia» de 26 de enero de 1992, el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Zamora, admitió la demanda y mandó sustanciar el procedimiento.

Tras la realización de los trámites preceptivos, entre ellos el requerimiento de pago, el Juzgado señaló fecha para las subastas de los inmuebles mediante «propuesta de providencia» de 25 de junio de 1992. La providencia fue notificada en el local hipotecado mediante entrega de copia del edicto a una empleada, con apercibimiento del deber de entrega a la recurrente.

Como consecuencia de las subastas, el Auto 174/92, de 30 de diciembre, decidió la adjudicación de las cuatro fincas: Dos de ellas a la Caja acreedora y las otras dos a un tercero.

d) Mediante «propuesta de providencia» de 22 de marzo de 1993, se señaló fecha, de 26 de marzo, para dar posesión a los adjudicatarios de los bienes subastados. La resolución fue notificada a los demandados, quienes, a pesar de la correspondiente advertencia, no acudieron a la práctica de la diligencia, que en consecuencia no pudo practicarse, señalándose el día 22 de abril para llevar a efecto la entrega. Este señalamiento se notifica personalmente a los demandados el día 5 de abril de 1993.

e) Mediante escrito registrado el día 17 de abril de 1993, la hoy recurrente interpuso recurso de nulidad contra la anterior diligencia de entrega de posesión, por la vulneración que suponía de los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva. El escrito le fue devuelto al Procurador por providencia de 22 de abril, «toda vez que en este procedimiento carece de legitimación su representada, haciéndole saber que tiene la vía del juicio ordinario declarativo que corresponda para ventilar la cuestión pretendida».

f) Mediante entrada forzosa y posterior cambio de cerraduras, el día 22 de abril se efectuó la diligencia de entrega de posesión de los inmuebles.

g) La representación de la hoy recurrente interpuso recurso de reposición contra la providencia de 22 de abril (30 de abril). Mediante providencia de 6 de mayo, el Juzgado ordenó su devolución y que se estuviera a lo acordado por la resolución recurrida.

h) En el escrito de demanda se alega que se ha producido una «vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales sin indefensión que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución Española, ya que la recurrente se ha visto obligada, en virtud del procedimiento sumario en el que no pudo ser parte, y sin previa posibilidad de defensa y contradicción en juicio, al desalojo y desposesión de los locales de negocio que ocupa en la actualidad en su calidad de arrendataria, negándosele el derecho a permanecer en la posesión civil arrendaticia que ostenta en su calidad de tercer poseedor por título arrendaticio según contrato de arrendamiento no resuelto y que fue concertado al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, produciéndosele, en consecuencia, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» Amén de en la STC 6/1992 y en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo «que se inclina por realizar la fuerza del vínculo arrendaticio ante la realización de la ejecución hipotecaria recayente, y ello, independientemente de la fecha de formalización del contrato de arrendamiento», la pretensión deducida se apoya en su falta de incidencia en el derecho de propiedad de los adjudicatarios en el procedimiento hipotecario.

Como consecuencia de la argumentación anterior se suplica el reconocimiento de los derechos citados, la nulidad de la diligencia de lanzamiento y la reposición de las cerraduras originarias del local arrendado.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha denegado el amparo solicitado por la sociedad arrendataria por los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. Aunque la demanda impetra el amparo frente a la fallida diligencia de 26 de marzo de 1993, de dación de posesión a los adjudicatarios de las fincas subastadas como consecuencia del procedimiento de ejecución hipotecaria, no es ésta, ni la de 22 de abril, las que podrían vulnerar los derechos invocados, sino la resolución judicial de las que ésta son mera ejecución (providencia de 22 de marzo), así como las que no acceden a su revocación (providencias de 22 de abril y de 6 de mayo). La cuestión constitucional que dichas providencias suscitan es la de si la entrega a los adjudicatarios de la posesión de cuatro inmuebles arrendados como consecuencia de un procedimiento judicial sumario de ejecución regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria en el que la arrendataria —hoy recurrente— no tuvo ocasión de ser parte, vulnera o no su derecho a la tutela judicial efectiva y le genera una situación de indefensión constitucionalmente proscrita.

2. Antes de abordar la cuestión de fondo planteada debemos resolver las objeciones de procedibilidad alegadas. En efecto, la representación de «Caja España de Inversiones, C.A. y M.P.» denuncia la concurrencia en la demanda de amparo de dos defectos formales de procedibilidad: La extemporaneidad y, un tanto contradictoriamente, la falta de agotamiento de la vía judicial previa. Esta última alegación es también sostenida por el Ministerio Fiscal.

El primero de estos alegatos, como podremos comprobar de inmediato, se confunde en este caso con la cuestión de fondo que debemos resolver. Resulta por ello aconsejable el enjuiciamiento simultáneo de ambos extremos.

La objeción de la falta de agotamiento se sustenta en dos argumentos: La vía judicial se habría quebrado por la interposición extemporánea del primer recurso y, aunque ello no fuera así, no se habría cumplido todo el itinerario procesal, pues no se combatió la decisión en apelación ante la Audiencia.

Ninguno de los dos alegatos es asumible por este Tribunal. El primero, porque no le compete su asunción: Que el denominado por su agente «recurso de nulidad» se presentara o no fuera de plazo —y con ello cuál fuera éste y cuándo comenzara su cómputo— es una cuestión de legalidad ordinaria que resolvió implícitamente el Juzgado competente con su expreso rechazo del recurso por otros motivos. La segunda razón, que es también esgrimida por el Ministerio Fiscal, tampoco es compartible, porque carga sobre el recurrente con el defecto formal que se imputa a la resolución: Debiera o no haber sido un Auto, lo cierto es que fue una providencia, y que contra ella no cabía más que el recurso de reposición intentado (art. 376 LEC).

3. Analizadas las objeciones de procedibilidad podemos entrar ya a enjuiciar si la imposibilidad de ser parte en el procedimiento de ejecución regulado en el artículo 131 de la LH ha producido la lesión del derecho que alega la recurrente.

Esta cuestión ha sido resuelta en la reciente STC 158/1997. En ella se declara que no resulta constitucionalmente exigido *ex* artículo 24.1 CE la personación de terceros poseedores en los procesos ejecutivos del artículo 131 LH, ya que desde la perspectiva constitucional lo único que se requiere es que esos terceros puedan, antes del desalojo y lanzamiento, exhibir su título ante el Juez, el cual, a la vista de ello tomará la decisión que estime conveniente en orden a proseguir o no el lanzamiento. Se dice concretamente que «hemos de afirmar una vez más que la remisión efectuada por el artículo 132 de la LH al proceso declarativo correspondiente para ventilar «todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y demás interesados» proporciona, desde el punto de vista constitucional,

un instrumento de defensa general a las partes y a «todos los interesados» sin exclusión alguna, cualquiera que sea su posición y los títulos de su situación posesoria, con el que debe entenderse en general suficientemente garantizado el derecho de defensa de todos ellos (..) (ya que) el proceso de la Ley Hipotecaria no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución habrá de valorar el Juez, pero sí se opone, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley. En consecuencia para la vulneración del artículo 24.1 no podría bastar con la consideración formulada acerca de la eventual posición más o menos desventajosa del poseedor en un ulterior proceso sino que para ello habría de quedar en una situación de material indefensión (STC 8/1997, con cita de la STC 48/1984) que no se produce si, al tener conocimiento de la ejecución mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia pueda subsistir».

La *ratio decidendi* de esta sentencia concluía diciendo que «Debemos por todo ello declarar que el procedimiento de ejecución (llamado sumario) del artículo 131-132 de la Ley Hipotecaria no se opone al artículo 24.1 CE porque, como siempre hemos venido diciendo, en términos generales «queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos» (STC 217/1993) y singularmente por cuanto las diligencias de requerimiento de desalojo y de lanzamiento otorgan a los poseedores la posibilidad de alegar un derecho que en su caso pueda tener fuerza para enervarlas y que, en cuanto determine una decisión fundada del órgano jurisdiccional adoptada en el ámbito de la legalidad ordinaria, no es susceptible de revisión por este Tribunal».

4 La aplicación al caso de la *ratio decidendi* que acabamos de resumir lleva derechamente a desestimar el amparo que se nos solicita.

En efecto, como se desprende de los datos reseñados en los Antecedentes, la recurrente, arrendataria del local hipotecado, conoció la providencia que señaló el día 22 de abril para llevar a efecto la entrega a los adjudicatarios de los bienes subastados, con varios días de antelación a esta fecha. Así lo demuestra el hecho de que el día 17 de abril de 1993 interpusiera recurso de nulidad contra la diligencia de entrega de posesión de 22 de marzo de 1993.

Pudo, pues, exhibir ante el Juez su título de tercero poseedor. Sin embargo, lo hizo mediante un recurso manifiestamente improcedente como es el de nulidad y no volvió a intentarlo de nuevo al no estar presente en el momento de la entrega de la posesión de los bienes inmuebles a los adjudicatarios.

En suma, la alegada indefensión, de haberse producido, sólo cabría imputarla al proceder de la propia recurrente. Por ello no procede estimar el amparo que aquí se nos demanda.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral a la sentencia dictada en el recurso de amparo número 1.809/93

La sentencia aprobada por la mayoría de la Sala se funda en la STC 158/1997, que desestimó el recurso de amparo número 1.939/92. Frente a esta sentencia formulé el voto particular que figura a continuación de la misma,

por entender que el lanzamiento acordado del arrendatario de la finca hipotecada —que en el caso presente se ha ejecutado—, sin que hubiera sido parte, ni poder serlo, en el procedimiento hipotecario del artículo 131 LH, suponía la infracción del derecho de defensa que garantiza a todos el artículo 24.1 de la Constitución.

Por las mismas razones que allí expuse extensamente y a las que me remito, disiento también de la desestimación de este recurso de amparo que, en mi criterio, ha debido ser acogido para que la efectividad del derecho de defensa que no puede excluirse «en ningún caso», alcance también al caso de la posesión que ostentan los arrendatarios de la finca hipotecada, del que no pueden ser privados, como lo ha sido la recurrente, sin audiencia contradictoria. Necesidad de audiencia que en el supuesto ahora resuelto era más acusada aún, por cuanto —como se recoge en los antecedentes— en la escritura de hipoteca se pactó la posibilidad del arrendamiento de la finca hipotecada en determinadas condiciones. El enjuiciamiento de ese pacto y de la concurrencia o no de las condiciones convenidas, no podía decidirse sin oír a uno de los directamente afectados por el mismo.

Madrid, veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y siete.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Firmado y rubricado

Sentencia de 13 de octubre de 1997.—ARRENDAMIENTOS URBANOS.— Denegación de la prórroga del contrato. Preferencia que otorga a los funcionarios en activo el artículo 64 de la Ley Sala 2.ª—Ponente: Sr. García-Mon.

Antecedentes.—a) Mediante requerimiento notarial, de fecha 27 de mayo de 1992, se dio conocimiento a los ahora demandantes de amparo de la denegación de la prórroga del contrato de arrendamiento de la vivienda que ocupan en Valladolid, alegándose por el requirente la necesidad de ocupar la mencionada vivienda como consecuencia de tener intención de contraer matrimonio, así como la circunstancia de ser los requeridos quienes, de acuerdo con el orden de prelación establecido por el artículo 64.1 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU), debían abandonar la vivienda, por ser el resto de los arrendatarios funcionarios públicos o pensionistas.

b) Ante la oposición al requerimiento notarial, el propietario presentó demanda de juicio de cognición, que fue estimada mediante Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Valladolid, de 22 de febrero de 1994. En ella se rechazó la excepción de falta de lusconsorcio activo necesario, así como la afirmación de que existía otra vivienda ocupada por inquilinos con peor derecho a permanecer en ella. Asimismo, se rechazaba la pretendida lesión del derecho a la igualdad y se ponía de relieve que los recurrentes, al oponerse al requerimiento con la simple manifestación de que «los hechos en ella consignados no responden a la realidad como en su día me propongo demostrar», no habían cumplido con las exigencias del último párrafo del artículo 64 LAU, decayendo por ello en su derecho de plantear posteriormente la pretendida infracción del artículo 14 CE.

c) Interpuesto por los demandados recurso de apelación, fue desestimado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 6 de julio de 1994, en la que se reitera, entre otros extremos, que la pretendida existencia de discriminación en el artículo 64 LAU debió alegarse en los treinta días siguientes al requerimiento

d) Consideran los recurrentes en amparo que las resoluciones judiciales impugnadas son contrarias al artículo 14 CE, así como a los artículos 1 y 53.2 de la Norma fundamental. En relación con el primero de los preceptos mencionados, se afirma en la demanda de amparo que el privilegio que se reconoce en el artículo 64 LAU a los funcionarios y pensionistas es contrario al derecho a la igualdad y, por ello, el mencionado precepto debió ser considerado derogado por los órganos judiciales como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución, tal y como se deduce de los artículos 5, 6 y 7 LOPJ. Se invocan, asimismo, el valor de la igualdad incluido en el artículo 1 CE y la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo que establece el artículo 53.2 CE.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por don José Antonio Díez Casado y doña María del Carmen Vielba Ortiz y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado a los recurrentes su derecho a la igualdad.

2.º Restablecerles en su derecho, para lo cual se declara la nulidad de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 6 de julio de 1994, y del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de esa misma capital, de 22 de febrero de 1994

Fundamentos jurídicos.—1. El objeto del presente recurso de amparo lo constituyen las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 6 de julio de 1994, y del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de esa capital, de 22 de febrero anterior, en virtud de las que, estimando la demanda, se condenó a los demandados a que desalojaran la vivienda que ocupaban, por concurrir la causa de necesidad alegada por el arrendador y de acuerdo con el orden de prelación establecido en el artículo 64.1 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos. Los recurrentes consideran que ambas resoluciones son nulas en la medida en que aplican una norma que estiman contraria al derecho a la igualdad que garantiza el artículo 14 CE. Se invocan también los artículos 1 y 53.2 CE, pero es evidente que tales preceptos no contienen derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo.

2. Antes de entrar en el fondo del asunto debemos atender al óbice procesal planteado por quien fue demandante en el proceso *a quo*, consistente en la falta de invocación del derecho fundamental tan pronto como se tuvo conocimiento de su pretendida infracción, contravieniéndose lo dispuesto en el artículo 44.1 c) LOTC. Se afirma, más en concreto, que el derecho a la igualdad no se invocó al oponerse al requerimiento del arrendador y, por ello, los órganos judiciales no entraron a conocer de dicho motivo de oposición.

Sin embargo, tal alegación no puede compartirse. El artículo 44.1.c) LOTC exige en los supuestos en los que la violación del derecho tiene su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, que el derecho se invoque formalmente en el proceso tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello. En el presente caso, el derecho a la igualdad se invocó ante el órgano judicial en la primera ocasión que hubo lugar, es decir, en el momento de contestar a la demanda, sin que pueda entenderse que la falta de invocación en un momento previo a la vía judicial, como es el del requerimiento previsto en el artículo 65 LAU, suponga la infracción del ar-

título 44.1.c) LOTC. Con este precepto se pretende que el órgano judicial tenga, desde el primer momento, conocimiento de la presunta lesión, y la finalidad de la norma se ha respetado en el presente caso. No obstante, tanto en la sentencia de instancia como en la de apelación se reprocha al recurrente que, en su contestación al requerimiento notarial, no invocara de forma expresa la pretendida inconstitucionalidad del artículo 64.1 LAU, declarándose que, por ello, no podía ya ser invocada en el posterior proceso judicial.

A este Tribunal no le corresponde determinar en qué medida los términos de oposición al requerimiento condicionan el posterior debate procesal. Cumple, sin embargo, señalar que tal limitación del debate judicial no se deriva de manera inexorable del texto de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos y que, por otra parte, parece existir un error en la sentencia del Juzgado de instancia, que se refiere al artículo 64.3 de dicha Ley, relativo al requerimiento para que se manifiesten las circunstancias de posposición que concurren en cada caso, cuando en el presente supuesto lo que se produjo fue el requerimiento de denegación de prórroga a que se refiere el artículo 65.1 de la Ley.

En todo caso, desde el punto de vista constitucional lo que interesa subrayar es que no sólo se agotaron los recursos previstos, sino que, además, los órganos judiciales no dejaron de entrar a conocer de ese problema. Así, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se afirma que «aunque repugne el criterio seguido por el legislador fijando reglas para determinar la preferencia, mientras existan han de ser respetadas, pues necesariamente ha de romperse esa igualdad en orden a establecer la graduación en el derecho para utilizar la vivienda arrendada y siendo los restantes inquilinos funcionarios y pensionistas, aunque con menos cargas familiares, la demanda ha de prosperar» (fundamento de Derecho tercero). Y en cuanto a la sentencia de apelación, si bien en ella no hay una afirmación expresa en este sentido, sí se contiene una remisión general a la sentencia de instancia «cuyos razonamientos se dan por reproducidos», afirmándose igualmente que «por todo lo expuesto y por los propios y atinados razonamientos de la sentencia recurrida procede confirmar ésta en todas sus partes» (fundamento de Derecho cuarto). La cuestión de la posible inconstitucionalidad del artículo 64.1 CE fue, pues, objeto del debate procesal, por lo que la última palabra sobre su procedencia corresponde a las garantías constitucionales atribuidas a este Tribunal [arts. 123.1 y 161.a) CE].

3. La referida cuestión suscitada en la demanda de amparo ha sido ya objeto de diversas resoluciones de este Tribunal y, más en concreto, de las SSTC 176/1993 y 90/1995 y de los AATC 265/1984 y 28/1996, a los que necesariamente hemos de remitirnos.

En el ATC 265/1984 este Tribunal se enfrentó con la cuestión de si la posición de preferencia de los pensionistas en los supuestos de denegación de la prórroga del arrendamiento era o no contraria al derecho a la igualdad (art. 14 CE), dando una respuesta negativa. «La preferencia selectiva —se afirma en el fundamento jurídico 4— de que gozan los pensionistas —tratándose de arrendatarios con el *status* económico de pensionistas— no se acusa en una consideración global del artículo 64 citado que constituya en sí una situación de prerrogativa discriminatoria para los arrendatarios que gocen de una posición menos favorable en el orden de prelación o carezcan de esta posición favorable».

A igual conclusión se llegó en la STC 176/1993 en relación con los funcionarios jubilados. En ella se afirma que «cabe estimar (...) que el estableci-

miento de un orden de prelación en el que unos arrendatarios se hallen en mejor posición que otros no atenta por sí mismo contra el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley. Y también que en una consideración global del precepto aquí cuestionado no puede apreciarse que la preferencia en favor de los funcionarios jubilados entrañe, por sí misma, una prerrogativa discriminatoria respecto a aquellos otros arrendatarios que gocen de una posición menos favorable en el orden de prelación o carezcan de preferencia en la denegación de la prórroga del arrendamiento», concluyéndose que ese trato más favorable, al igual que el concedido a los pensionistas, «no carece de una justificación objetiva y razonable; y la diferenciación resultante es proporcionada a la finalidad de la norma» (fundamento jurídico 3).

Muy otra es, sin embargo, la conclusión a la que ha llegado este Tribunal respecto de los funcionarios en activo. La cuestión fue objeto del recurso de amparo resuelto por la STC 90/1995, dictada por el Pleno del Tribunal. En ella se afirma que «las consecuencias que de esta prelación legal se derivan tanto para el arrendador como para los demás arrendatarios crea una discriminación entre los diversos arrendatarios que tienen en común al mismo arrendador basada exclusivamente en la condición o circunstancia personal de ser uno de ellos funcionario público», lo que «permite concluir que la preferencia en favor de los funcionarios públicos en activo establecida por el artículo 64 LAU, implica un criterio de diferenciación respecto al resto de los arrendatarios a permanecer en la vivienda arrendada que deriva de la prórroga legal (art. 57 LAU) y del poder o facultad de enajenación de las viviendas arrendadas de las que el arrendador es propietario (art. 54 LAU). Lo que carece de justificación objetiva y razonable y tampoco satisface adecuadamente la finalidad social y protectora que es fundamento de la legislación arrendaticia especial» (fundamento jurídico 4). De aquí, se concluyó, que el artículo 64.1 LAU, en cuanto otorga preferencia a los funcionarios en activo, debe entenderse derogado por la Constitución. Esta misma conclusión se reiteró en el ATC 28/1996, que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona contra el mencionado precepto de la Ley arrendaticia, por cuanto «la Sala proponente puede y debe considerar derogado el precepto legal cuestionado...».

5. En el supuesto de autos, el examen de las actuaciones evidencia que entre los arrendatarios de viviendas propiedad de quien fue demandante en el proceso *a quo* existía al menos un funcionario, al que se dio el trato de favor previsto en el artículo 64.1 LAU. De ello cabe concluir que los órganos judiciales han vulnerado el derecho a la igualdad de los recurrentes al aplicar un precepto legal que debió considerarse derogado por ser contrario al artículo 14 CE. Procede, en consecuencia, anular las sentencias recurridas para que el arrendador y demandante en el proceso antecedente realice la selección de conformidad con la doctrina de este Tribunal; sin que, por las razones recogidas en el fundamento jurídico 5 de la STC 90/1995 —tratarse de una norma preconstitucional que debe considerarse derogada—, sea necesario utilizar el procedimiento del artículo 55.2 LOTC.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

a) Registro de la Propiedad

*Resolución de 24 de octubre de 1997
(BOE 27-11-97).*

ANOTACION DE DEMANDA Y SENTENCIA ESTIMATORIA: INSCRIPCION Y CANCELACIONES

Tomada anotación preventiva de la demanda, la sentencia firme que condena al demandado a elevar a público un documento privado de compraventa, en unión de la escritura otorgada en trámite de ejecución, constituyen la titulación adecuada para la práctica de las inscripciones pertinentes y de la cancelación de los actos dispositivos del demandado posteriores a la anotación, sin que —principio de prioridad registral— se precise mandamiento cancelatorio.

*Resolución de 4 de noviembre de 1997
(BOE 27-11-97)*

RESERVA DE LA FACULTAD DE SEGREGAR DE FINCA CON TITULAR «OB REM», AJENA EN PARTE

La claridad de los términos de la reserva inscrita a favor de la entidad promotora, limitada al terreno que en la finca matriz discontinua ocupen instalaciones y edificaciones programadas en el plan parcial, lleva a confirmar el criterio del Registrador que inscribe parcialmente en cuanto a la superficie de terreno que cumple el requisito enunciado, y exige el consentimiento de todos los cotitulares *ob rem* de la matriz para la segregación de los terrenos no ocupados por edificación alguna, cuya inscripción suspende.

*Resolución de 12 de noviembre de 1997
(BOE 9-12-97).*

OBRA NUEVA, RPH Y SERVIDUMBRE DE PASO SOBRE VIVIENDA COLINDANTE DE OTRO EDIFICIO

El RPH constituido sobre un edificio de dos plantas en el que la segunda carece de salida a la vía pública o a un elemento común, y la servidumbre de paso en favor de dicha planta sobre la vivienda del edificio contiguo que pertenece al mismo dueño, con cuya constitución se pretende cumplir la exigencia legal, no pueden acceder al Registro de la Propiedad porque el aprovechamiento de la planta segunda no se asegura de modo estable y definitivo, sino que se supedita a una circunstancia coyuntural, cual es la común titularidad de los dos predios; y la servidumbre no está bien delimitada en cuanto al predio sirviente y no se establece sobre los elementos comunes del edificio a que el mismo pertenece.

Resolución de 13 de noviembre de 1997
(BOE 10-12-97).

EJECUCION LABORAL Y QUIEBRA VOLUNTARIA

Una de las excepciones a la acumulación a la quiebra de ejecuciones personales pendientes es la del artículo 246.3 LPL que expresamente proclama la no suspensión de las acciones entabladas por los trabajadores para el cobro de sus créditos pese a la tramitación de un concurso contra el empleador. No hay por eso menoscabo de eventuales preferencias de otros créditos, pues sus titulares pudieron interponer tercería de mejor derecho y anticipar la declaración de quiebra.

Cuestión distinta es la de determinar si el crédito tenía o no carácter salarial; pero se trata de un aspecto que no se ha de decidir en el presente recurso, artículo 117 RH.

b) Registro Mercantil

Resolución de 5 de noviembre de 1997
(BOE 5-12-97).

S.A.: CONCESION AL LIQUIDADOR DE LA FACULTAD DE ENAJENAR INMUEBLES SIN SUBASTA

El acuerdo de la Junta General que autoriza al liquidador de la sociedad disuelta a prescindir del trámite legal de subasta pública —trámite establecido exclusivamente en favor de los socios más que en interés de los acreedores—, no es admisible al no haberse adoptado por la totalidad del capital social.

Resolución de 6 de noviembre de 1997
(BOE 5-12-97).

AUMENTO DE CAPITAL EN SRL NO ADAPTADA. MAYORIA NECESARIA

La Disposición Transitoria cuarta de la LSRL considera suficiente para la adaptación de Estatutos, la mayoría del capital social, cualesquiera que sean las disposiciones de la escritura o estatutos sobre las mayorías de votación, en el presente caso dos tercios de capital y mayoría de socios en primera convo-

catoria y dos tercios de capital en la segunda. Una interpretación *a sensu contrario* de tal disposición no debe inducir a exigir respecto de los restantes acuerdos las mayorías de votación fijadas en los estatutos no modificados cuando se trata, como en este caso, de cláusula *secundum legem* que se limita a transcribir el contenido de una norma imperativa y en vigor en ese momento. Por ello debe rechazarse el criterio denegatorio del Registrador, toda vez que en el supuesto debatido se ha observado la mayoría exigida por la norma vigente al tiempo de adoptarse el acuerdo.

Resolución de 7 de noviembre de 1997
(BOE 5-12-97)

SRL. DELIMITACION DEL OBJETO SOCIAL, ARTICULO 117.1 RRM

La configuración estatutaria del objeto social —en este caso, todas las actividades inmobiliarias entendidas en su más amplia acepción técnica y práctica— debe realizarse exclusivamente a través de la determinación de las actividades que lo integran, por lo que la referencia posterior del artículo 2 de los Estatutos a actividades materiales y a actos jurídicos, tales como la adquisición, tenencia, explotación y enajenación de toda clase de fincas, que el Registrador Mercantil excluye de la inscripción, aparte de innecesaria y de poner en entredicho el contenido del objeto social, está vedada por el texto reglamentario.

Resolución de 14 de noviembre de 1997
(BOE 12-12-97).

S.A.: PRORROGA DEL CONTRATO DE AUDITORIA

La previsión normativa de que la reelección de auditor pueda hacerse anualmente, permite deducir que finalizado el plazo por el que se hizo el nombramiento inicial, puede mantenerse la relación entre la sociedad y el auditor, pero con la necesidad de renovarla cada año a través de una nueva reelección, interpretación ésta que impide el acceso al Registro Mercantil de la prórroga acordada por tres años en la Junta General.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

ES POSIBLE CONSTITUIR EL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN UNA «VIVIENDA UNIFAMILIAR», SI NO SE ALTERA EL USO RESIDENCIAL NI EL ASPECTO EXTERIOR DE LA MISMA. (RESOLUCIÓN DE 18 DE JULIO DE 1996. BOE DE 22 DE AGOSTO DE 1996.)

RESOLUCION de 18 de julio de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de

Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 2, a inscribir una escritura de constitución de finca en régimen de propiedad horizontal y extinción de pro indiviso, en virtud de apelación del recurrente

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 2, a inscribir una escritura de constitución de finca en régimen de propiedad horizontal y extinción de proindiviso, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 28 de octubre de 1993, ante el Notario de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, los esposos don Antonio Sánchez Ruiz y doña María del Carmen García Aguilera y doña Encarnación Gil Molina, separada judicialmente, otorgaron escritura mediante la que constituyen en régimen de propiedad horizontal una casa-hotel en el término municipal de Villaviciosa de Odón, de la cual pertenece al matrimonio compareciente una mitad indivisa con carácter ganancial y otra mitad indivisa a doña Encarnación Gil. Dicha ficha consta de tres plantas: Planta de sótano para garaje y trastero que ocupa una superficie aproximada de 155 metros cuadrados, y está dividida en dos compartimentos, accediéndose a dicha planta a través de dos puertas diferentes; planta baja, destinada a vivienda con acceso independiente al exterior, ocupando una superficie construida aproximada de 182 metros cuadrados; y planta alta, también destinada a vivienda y con acceso independiente al exterior, ocupando una superficie construida aproximada de 135 metros cuadrados. El resto del terreno con una superficie de 1.534 metros cuadrados se destina a jardín y patio. En la misma escritura se describen para la inscripción las dos fincas resultantes como independientes (planta baja y planta primera, que llevan como anejo inseparable una parte del sótano destinado a aparcamiento o garaje y el uso exclusivo de una parte de la parcela no ocupada por la edificación) y se establece que los propietarios de partes privativas y elementos comunes del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal se regirán, para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, por lo dispuesto en la Ley sobre Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, y, por último, extinguen la proindivisión que ostentan sobre las fincas resultantes de la propiedad horizontal.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 2, fue calificada con la siguiente nota: «No procede la inscripción de esta escritura por los siguientes defectos: Primero.—No es susceptible la finca objeto de la misma de constitución en régimen de propiedad horizontal, ya que se trata de una vivienda unifamiliar, según consta en una certificación que se acompaña, expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón, y según el artículo 396 del Código Civil. Segundo.—No describirse los elementos privativos de la propiedad horizontal, de acuerdo con el citado artículo del Código Civil y artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960, y concretamente no determinarse el acceso a cada uno de los elementos privativos, ni los linderos del mismo. Tercero.—No determinarse el carácter de la parcela que corresponde a cada vivienda, si la misma es anejo de la vivienda o es elemento común de la propiedad horizontal, con derecho a utilización por cada vivienda. El primero de los efectos se considera insubsanable y los demás subsanables; y teniendo en cuenta el carácter del primero

no procede tomar anotación preventiva de suspensión. Contra esta nota podrá entablarse recurso gubernativo en los plazos y forma que establecen los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Pozuelo de Alarcón, 1 de julio de 1994.—El Registrador Firmado, Mario Rueda Torrejón».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que con relación al primer defecto de la nota de calificación hay que señalar que no está prohibido que se constituya la finca en régimen de propiedad horizontal, por las siguientes razones. *a)* No surge defecto ni del Registro de la Propiedad ni de la propia escritura, sólo de una certificación del Ayuntamiento, de cuya aportación no se conoce su causa, ni por qué aparece en la calificación, en el que se dice expresamente que existen dos plantas de viviendas y que tienen su ingreso completamente independiente; *b)* Que hay que considerar que se cumple lo establecido en los artículos 5 y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal; *c)* Que como puso de manifiesto la Resolución de 4 de marzo de 1993, el uso es una cuestión que regulará el anteproyecto de la Ley de Conjuntos Inmobiliarios, pero que la actual Ley no lo tiene en cuenta como limitación de la propiedad, solamente podría ser un obstáculo en el caso de que estuviera ya constituida la propiedad horizontal y hubiera unos Estatutos que la determinaran; *d)* Que tampoco tiene en cuenta el uso la Ley Hipotecaria, ni tan siquiera en casos extremos, como el de los garajes (art. 68) y mucho menos en el supuesto que se contempla, en el que existen elementos totalmente independientes; *e)* *Que sólo en la declaración de obra nueva y las parcelaciones se exige la previa licencia por la Ley Urbanística.* El artículo 401 del Código Civil permite que se extinga la comunidad por vía de constitución de la propiedad horizontal y, siempre que ello sea posible, como ha puesto de manifiesto la Resolución de 27 de junio de 1994, esta acción es de orden público, favorecida y estimulada por el legislador. En el supuesto que se estudia, no existe ningún inconveniente; *f)* Que la cuestión del uso es algo que puede cambiar en cualquier momento y, por tanto, no es definitiva. II. Que en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación hay que considerar que una simple lectura de la escritura hubiera llevado al Registrador al convencimiento de que todas las omisiones que menciona no son ciertas y que están consignados los respectivos datos en las descripciones de las dos viviendas, la baja y la primera, como ordena la Ley de Propiedad Horizontal y la Ley Hipotecaria. III. Que la norma general de la propiedad horizontal es que todo es común salvo lo que se describa expresamente como privativo. En este punto hay que citar las Sentencias de 11 de octubre de 1977 y 13 de marzo de 1981, y las Resoluciones de 28 de febrero de 1968 y de 12 de noviembre de 1991. Que lo más incomprensible de la nota es que si se considera que no puede dividirse, según dice el número primero, seguir ya con lo que se dice en los números segundo y tercero es totalmente gratuito.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó. Que el certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón, fue solicitado por el Registrador para comprobar la calificación urbanística de la parcela. Que lo anterior se considera correcto conforme a lo declarado en las Resoluciones de 17 de enero de 1986 y 25 de junio de 1990. Que la presentación del referido documento se hizo por el presentante del documento notarial y del conjunto de ambos documentos se deduce el primero de los defectos. Que, por otro lado, cabe aclarar que el Registrador en su calificación debe de poner todos los defectos que aprecia en el documento calificado, conforme a la doctrina de las

Resoluciones de 12 y 16 de mayo de 1989. Que, entrando en el fondo de la calificación, y en cuanto al defecto considerado como insubsanable, la calificación urbanística de la parcela donde se ubica la vivienda objeto de la constitución es una vivienda unifamiliar y la ordenanza de aplicación no permite la división de la parcela y, sin embargo, como consecuencia de la constitución en régimen de propiedad horizontal, aquélla queda dividida. Que anteriormente a la reforma de la Ley del Suelo y de su texto refundido, se suscitaban dudas en los supuestos de lo que se viene denominando como propiedad horizontal tum-bada. Que al no exigirse por la legislación urbanística para la inscripción de la propiedad horizontal la correspondiente licencia de obra, surgía la cuestión de que al admitirse la inscripción, una propiedad horizontal de tal tipo podría conculcarse la preceptiva licencia de división exigida en el artículo 96 de la Ley del Suelo; por lo venía pidiéndose por los Registradores la correspondiente licencia de obra, de la que podría inferirse, si la misma amparaba o no la división horizontal. Que, en el caso que se estudia, la declaración de obra nueva fue efectuada el 30 de noviembre de 1983, por lo que no se pidió la correspondiente licencia; por ello, ahora, al efectuarse la constitución en régimen de propiedad horizontal, el Registrador debe pedir la documentación necesaria para ver si ello es posible. *Que la vivienda construida tiene el carácter de unifamiliar, y la propia naturaleza de la propiedad horizontal implica que el edificio que se constituye en tal régimen sea susceptible de división en elementos privativos* (arts. 396 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria). En la escritura calificada, la constitución se realiza como paso previo para la cesación de la comunidad, ya que la vivienda pertenece por mitad y proindiviso a dos titulares, adjudicándose cada uno de ellos un elemento privativo. Es evidente que tanto el Código Civil como la Ley de 1960 no prohíben esto, pero también lo es que la propia esencia de la propiedad horizontal implica la diversidad de familias en el edificio constituido en tal régimen, y se hace referencia a la calificación a que debe atenerse el Registrador, ya que debe atenerse al ordenamiento jurídico (art. 18 de la Ley Hipotecaria). *Que el artículo 401 del Código Civil permite que se extinga la comunidad por vía de constitución de la propiedad horizontal, pero añade siempre que ello sea posible por las características de la edificación.* Es decir, que implícitamente da la razón al Registrador y precisamente, en el caso que se contempla, la calificación urbanística de la vivienda no la hacen posible. Por lo que, si la casa es indivisible, la cesación de la comunidad debe hacerse por la firma prevista en el artículo 404 del Código Civil. Que desde el punto de vista sociológico son también evidentes las dificultades de constituir la vivienda en régimen de propiedad horizontal. La urbanización donde se ubica la finca está totalmente consolidada y compuesta de numerosas viviendas unifamiliares. De hacer posible la constitución de tal régimen implicaría, en primer lugar, un caos urbanístico y, en segundo lugar, *un verdadero fraude a las normas que rigen la urbanización* y en fin, un engaño para aquellos propietarios que han adquirido fincas en tal lugar teniendo en cuenta su calificación urbanística. Que, pasando a examinar el segundo defecto, no está claro por dónde tiene acceso uno de los elementos. Que los linderos de los elementos privativos son idénticos a los de la parcela, lo que no es correcto, porque lo que se describe es el piso, cuyos linderos no pueden coincidir con los de la parcela en su conjunto, ya que existe, además, el resto no edificado, que no se sabe muy bien qué naturaleza tiene dentro de la propiedad horizontal. Que la descripción de los elementos susceptibles de aprovechamiento privativo es confusa. Que se dice en la escritura: «asimismo, corresponde a esta vivienda, con carácter exclusivo, el derecho a

utilizar la mitad de la parcela...». Que hay que estar de acuerdo con el Notario recurrente en que todo es común, salvo lo que se describa expresamente como privativo, pero ésta no es la cuestión, pues no se dice si esa utilización de la parcela es como anejo o si la parcela queda como elemento común con derecho a utilización por cada elemento, toda vez que en el párrafo anterior se habla de «un anejo inseparable» y se comienza este párrafo siguiente con la palabra «asimismo». Que la trascendencia e importancia de la calificación de tal parcela hace necesario que se determine claramente si la parcela es elemento común o si la mitad de ella es anejo a cada piso. Quizá la imprecisión terminológica derive de las dificultades originadas por la calificación de indivisible de la parcela.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que la calificación se ajusta a la legalidad urbanística, concretamente en los términos que exigen los artículos 37.2 y 242 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio y en la Resolución de 14 de diciembre de 1992

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Que no hay división de finca, únicamente constitución de régimen de propiedad horizontal; 2. No se considera aplicable la Resolución de 14 de diciembre de 1992, pues *en este caso se constituye una simple propiedad horizontal sin alteración alguna del aspecto exterior del edificio*. Que la Resolución de 29 de mayo de 1980 confirma la misma línea al ocuparse de la denominada «propiedad horizontal tumbada» permitiendo que se abra un folio general para toda la urbanización, otro separado a cada edificio-bloque y otro a cada piso o local, y sin licencia urbanística, y el artículo 242 mencionado en el auto, tampoco se considera aplicable, ya que no existe la mencionada división, puesto que sólo hay una designación de uso de parte de la parcela, pero nunca su división.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 396 del Código Civil; 72, 78 y 83 de la Ley del Suelo, 396 y 400 de la Ley de Propiedad Horizontal, y 117 del Reglamento Hipotecario.

1. En el presente recurso se debate sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de división en régimen de propiedad horizontal de un edificio chalé de tres plantas, resultando dos elementos privativos (planta baja y planta primera que tienen salida independiente a la vía pública), que llevan como anejo inseparable una parte del sótano destinado a aparcamiento o garaje y el uso exclusivo de una parte de la parcela no ocupada por la edificación, inscripción que es rechazada por el Registrador, entre otros defectos que ahora no se discuten, por estimar que se trata de una vivienda unifamiliar según certificación municipal que se aporta con la escritura calificada. En su posterior informe, el Registrador añade que la división horizontal conculca además la indivisibilidad de la parcela.

2. Si se tiene en cuenta que el recurso gubernativo ha de concretarse a los aspectos directa e indirectamente relacionados con la nota impugnada (véase art. 117 del Reglamento Hipotecario), no procede ahora debatir sobre si la división horizontal calificada conculca o no la indivisibilidad de la parcela sobre la que se asienta el edificio, máxime si se considera *que, conforme al artículo 396 del Código Civil, el suelo de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal tiene carácter común y en el caso debatido ello no aparece contradicho en el título constitutivo*.

3. Por otra parte, *las exigencias de la ordenación urbanística no pueden llevarse al extremo de determinar el grado de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la zona de actuación*; si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificataria de cada zona de suelo (véanse arts. 72, 78 y 83 de la Ley del Suelo), *ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno* [véanse arts. 83.1.c) y d), 83.4 y 16 de la Ley del Suelo], *pero, en modo alguno, implican la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico*, so pena de agudizar un problema ya de por sí grave.

4. Pues bien, si el número de personas que residen en una edificación urbanísticamente regularizada, es ajeno a la normativa urbanística, *igualmente ajeno debe ser a tal normativa la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada, si no se altera con ello el uso residencial asignado o su estructura y aspecto exterior*, como ocurre en el caso de la división horizontal, habida cuenta de su significación jurídica (confróntense los arts. 396 y 400 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, revocando el auto apelado.

Madrid, 18 de julio de 1996.—El director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

1. Es una lástima que una Resolución tan, a mi juicio, correcta en el fondo, haya sido objeto de tantas críticas por fundar aparentemente su decisión en argumentos poco jurídicos, máxime cuando éstos no sólo existen, sino que son bastante convincentes.

El centro de la cuestión no es, aunque la Resolución haga hincapié en él, en si dos o más familias pueden o no vivir en la misma casa o vivienda unifamiliar, sino en las consecuencias jurídicas de dicha calificación, en qué pueden prohibir los planes y licencias en las parcelas cuyo destino urbanístico es ese, en definitiva, en los límites entre las facultades de la propiedad privada y el intervencionismo administrativo o, dicho de otra forma, entre la seguridad y protección de la titularidad privada y el mantenimiento de la legalidad urbanística.

El artículo 33 de la Constitución Española de 1978 establece que «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» y que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes».

Esta proclamación constitucional ha llevado a la doctrina a afirmar abiertamente la *definitiva mutación* de la concepción del derecho de propiedad, mutación que se ha producido gradualmente y consiste en considerar que el interés general, a través de las leyes, no establece límites o restricciones exteriores y ocasionales a una propiedad implícitamente considerada absoluta (concepción del art. 348 del Código Civil), sino que configura el verdadero contenido de la misma, el cual, a su vez, es distinto según el tipo de bienes sobre los que recae.

Pero algunos autores, generalmente administrativistas, como GARCÍA DE ENTERRÍA, han ido más lejos y afirman, en relación con la propiedad urbana,

que el contenido de la misma no hay que buscarlo en la Ley, sino en el plan urbanístico, el cual no supone nunca limitación de la propiedad sino que define sus facultades.

Esta tesis no puede, sin embargo, admitirse, pues los planes urbanísticos, en realidad, no pueden establecer otras cargas, límites o deberes que los que la Ley recoge y, además, que sean congruentes con la función o interés social concreto que se trata de proteger.

Así lo proclaman el artículo 33 de la Constitución, antes expuesto, según el cual la función social delimita el contenido de la propiedad *de acuerdo con las leyes*, el artículo 76 (antes 61) de la anterior Ley del Suelo, al disponer «que las facultades del derecho de propiedad se ejercerán *dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación*», y la nueva Ley del Suelo de 1992, que tras decir en su artículo 5 que «la función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio», establece en el artículo 8 que «la utilización del suelo y, en especial, su urbanización y edificación deberá producirse *en la forma y con las limitaciones que establezcan la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión a ella el planeamiento*, de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios».

El hecho que el artículo 8 citado remita a los planes, como afirmaba GONZÁLEZ PÉREZ respecto al antiguo artículo 76, no supone una deslegalización, que implicaría un claro atentado al principio contenido en el artículo 53.1 de la Constitución, pues la Ley del Suelo no dice que quede transferida a los planes la determinación del contenido normal de la propiedad, sino que contiene por sí misma una regulación material, y remite a los planes únicamente la localización concreta de cada tipo de suelo y las condiciones de utilización de cada uno; todo ello dentro de los márgenes previstos en la Ley a la que están vinculados como norma jerárquicamente superior y, de las reales necesidades del interés concreto protegido.

II. Entrando en el estudio del caso concreto, objeto de este comentario, es indudable que desde el punto de vista urbanístico la calificación de una parcela como destinada a *vivienda unifamiliar* implica que dicha parcela se constituye como una parcela indivisible (art. 258 de la Ley del Suelo), ya sea porque su dimensión sea igual, superior en menos del doble o inferior a la señalada como mínima en el Plan o porque se ha agotado su aprovechamiento urbanístico en parte de la misma con la vivienda ya edificada.

Pues bien, respecto a estas parcelas sólo se prohíbe por la Ley su fraccionamiento (división o segregación) en nuevas fincas edificables o al menos, aparentemente edificables y, no se alude para nada a la posibilidad o no de constitución de derechos de propiedad diferentes sobre los distintos elementos arquitectónicos ya edificadas conforme a la correspondiente licencia.

Dado que la finalidad de las normas urbanísticas es prevenir la adecuación del proceso de urbanización y construcción a las previsiones del planeamiento, les es *per se* indiferente o ajeno el régimen civil de configuración interna de la propiedad (titularidad única, comunidad ordinaria, propiedad horizontal, etc.), por lo que es lógico que no se refieran a él, debiendo inferirse, como hace la Resolución en su fundamento cuarto, la plena autonomía individual en dicha configuración jurídica, siempre que no se altere el uso residencial de la edificación, no se altere su estructura y aspecto exterior y también que no

sirva para defraudar otras normas (por ejemplo, que no suponga una división material encubierta).

El problema, como expone RAFAEL ARNÁIZ en su obra *Registro de la Propiedad y urbanismo*, es: «cómo, cuándo y en qué condiciones se construye, no quién haya de ser el titular de las unidades urbanas determinadas».

En conclusión, el hecho de que una parcela tenga el destino urbanístico de «vivienda unifamiliar», no constituye obstáculo para la constitución del régimen de propiedad horizontal, pues para ello es necesario la previa declaración de la correspondiente obra nueva, cuya inscripción no es posible sin la presentación de la preceptiva licencia (art. 37.2 de la Ley del Suelo), lo que supone el pleno control urbanístico de la legalidad morfológica de la construcción, que es la que interesa al urbanismo.

III. Desde el punto de vista civil tampoco plantea problemas la posibilidad de la constitución de la propiedad horizontal, dado que el artículo 401 del Código Civil permite que se extinga la comunidad ordinaria por dicha vía, y que el inciso segundo que dice «siempre que ello sea posible por las características del edificio», debe ir referido no a su calificación urbanística de «unifamiliar», como ya ha quedado expuesto, sino al cumplimiento de los requisitos civiles de constitución de la propiedad horizontal, tales como que cada elemento independiente esté suficientemente delimitado, sea susceptible de aprovechamiento independiente y tenga acceso directo a una vía pública o a un elemento común (arts. 396 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria), los cuales deben ser objeto de estudio en cada caso concreto y son los que pueden plantear problemas, en este caso, como analizaremos posteriormente.

Podría entenderse, no obstante, que si la parcela sobre la que se constituye la división horizontal tiene el carácter de mínima, la formación de dicha figura jurídica puede tener, por fin, la búsqueda de una fórmula civil que implique un fraude a la previsión urbanística, creando civilmente parcelas de dimensión inferior a la prevista en el plan correspondiente.

Pero ello supone ignorar la verdadera naturaleza del Régimen de la Propiedad Horizontal, que mantiene la unidad física y jurídica del inmueble en su conjunto, con algunos elementos de atribución dominical independiente y exclusiva y otros de carácter común, como sería, en todo caso, el suelo en base al artículo 396 del Código Civil; discutiéndose, solamente, si es necesario que las instalaciones de la parte de la parcela no edificada y destinada a usos complementarios (jardín, piscina, instalaciones deportivas, etc.), sean también comunes o pueden configurarse como elementos susceptibles de propiedad independiente.

Yo entiendo que sí pueden ser objeto de propiedad separada porque, como resuelve la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1989, los patios u otros elementos, en principio comunes, pueden ser objeto de propiedad independiente siempre que no sean de los esencialmente comunes (suelo, muros, cimentaciones, etc.), estén suficientemente delimitados y cumplan con los demás requisitos para ser considerados como tales.

El condicionante urbanístico de «el número de viviendas por hectárea» o, dicho de otro modo, del «grado o nivel de intensidad edificatoria de cada zona», recogido en los artículos 72, 78 y 83 de la Ley del Suelo, y que es importante en muchos planes, no debe ser tampoco obstáculo a la solución antes expresada, pues el artículo 19 de la Constitución consagra el derecho de todo ciudadano a elegir libremente su residencia, lo que ha llevado a la Resolución a proclamar que las normas urbanísticas no pueden determinar el grado de ocupación ma-

terial de las distintas viviendas de una «zona» (personas alojadas), sino que debe limitarse a fijar los usos y tipologías edificatorias y al señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial (u otra según los casos) construibles por la superficie total del área, lo que reconduce el tema al aspecto jurídico analizado anteriormente.

Ahora bien, es evidente que la vivienda, en principio, al haberse concedido la licencia como de individual o «unifamiliar», tendrá, por ejemplo, una sola cocina y en general se adaptará mal a su configuración independiente sin una posterior reforma, pues, en caso contrario, no sería apta para un aprovechamiento independiente en concepto de vivienda, por lo que por aplicación analógica del artículo 37.2 de la Ley del Suelo, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 242.1 de la misma, se debería exigir la correspondiente licencia municipal de «reforma interior» u «obra menor» con el certificado de técnico competente o un certificado municipal relativo a que ambos elementos independientes de la vivienda son aptos para uso individualizado.

Esta exigencia, sin embargo, no se ha venido exigiendo en la práctica notarial y registral a un supuesto idéntico, cual es el de división en dos de un piso de un edificio en régimen de propiedad horizontal con la autorización de la Comunidad de Propietarios o de los Estatutos, por lo que, o se exige en ambos casos o no se exige en ninguno.

Pero esta solución de posibilidad de constituir la propiedad horizontal, pero aportando nueva licencia municipal, parece reforzada por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, que, aunque sin tratar directamente la cuestión, contiene dos normas que le pueden servir de apoyo, aunque sean en parte contrarias entre sí. Una, la del artículo 82, que pensado para edificios de pisos contruidos conforme a la Ley y al planeamiento, permite que se configuren como fincas registrales independientes mediante la constitución del régimen de propiedad horizontal, aunque la parcela sea indivisible, si los distintos edificios se asientan sobre suelo común. Y la otra la del artículo 53.a), que pensado para la constitución del régimen de propiedad horizontal sobre edificios por pisos antiguos que sólo tienen declarada la obra nueva, exige si se quieren constituir como elementos independientes, más de los que consten reflejados en la obra nueva inscrita, nueva licencia municipal.

IV Todo lo dicho nos lleva a dar, para finalizar el comentario, un paso más y afirmar que incluso aunque el plan o la licencia de obra nueva prohibieran la constitución de la propiedad horizontal, ésta sería posible y el Registrador debería despachar el documento, previa petición de la expresada nueva licencia, por los argumentos siguientes, que son reproducción de una nota de despacho propia ante la intención de un Ayuntamiento de reflejar en el Registro dicha prohibición y que coinciden con las razones ya expuestas:

«a) Tratarse de una prohibición de disponer contraria a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que impide el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer que no obedezcan a una causa adecuada (arts. 1.255 y 1.275 del Código Civil) y, además, al concepto mismo de propiedad, que no puede ser limitado de este modo a través de una licencia, pues este tipo de condiciones o limitaciones exceden de la función social de la propiedad.

b) No tratarse, en realidad, de una condición a las que se refiere el artículo 307.4 de la Ley del Suelo, porque ninguna Ley contiene alusión a dicha

prohibición, y el indicado artículo expresa que las condiciones de la licencia que pueden reflejarse en el Registro, son las previstas por las leyes y con los requisitos por ellas establecidos, no cualquier tipo de condición.

c) Las prescripciones urbanísticas reglamentarias como son los planes y mucho menos las licencias, que son meros actos administrativos, como ya se ha dicho, pueden regular el tipo de edificación, su volumen, la divisibilidad material de las parcelas, incluso el destino o uso de los edificios; pero les es ajeno y no pueden extender su ámbito al establecimiento de un régimen especial de configuración interna de la propiedad, ni de su enajenación o arrendamiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1987 y 17 de abril de 1991)».

El intervencionismo administrativo, por muy loable que sea el fin que persigue, sigue teniendo, como se infiere de todo lo anteriormente expuesto, unos límites que esperemos se mantengan, pues, no debemos olvidar que la propia Constitución reconoce que la propiedad privada es un derecho fundamental de la persona.

A. V. F.-R.

LA PREVISION ESTATUTARIA QUE RESERVA A LA JUNTA GENERAL LA FACULTAD DE ENAJENAR LA TOTALIDAD DE LOS BIENES SOCIALES, NO ES IMPRESCINDIBLE EN CUANTO QUE DADA LA CONCRECION DEL OBJETO SOCIAL —LA EXPLOTACION DE UN MANANTIAL, BALNEARIO, HOSTAL, ETC.— TAL ENAJENACION EXCEDE DE LAS FACULTADES DEL ORGANO GESTOR, PERO PUEDE RESULTAR CONVENIENTE, SU EFICACIA NO ES MERAMENTE INTERNA Y DEBE ACCEDER AL REGISTRO MERCANTIL. LA UNANIMIDAD QUE LOS ESTATUTOS EXIGEN PARA LA ADOPCION POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE DETERMINADOS ACUERDOS, CHOCA CON EL PRINCIPIO LEGAL DE FORMACION DE LA VOLUNTAD POR MAYORIA, NO ES OTRA COSA QUE EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO DE VETO Y NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL (RESOLUCIÓN DE 25 DE ABRIL DE 1997. BOE DE 30 DE MAYO DE 1997.)

RESOLUCION de 25 de abril de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Antonio del Pozo Sanz y doña María Angeles Sanz Pérez, en nombre de «Balneario y Aguas Solán de Cabras, Sociedad Anónima», contra la negativa de don José María Campos Calvo Sotelo, Registrador Mercantil de Cuenca, a inscribir la adaptación de los Estatutos de una sociedad anónima.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Antonio del Pozo Sanz y doña María Angeles Sanz Pérez, en nombre de «Balneario y Aguas Solán de Cabras, Sociedad Anónima», contra la negativa de don José María Campos Calvo Sotelo, Registrador Mercantil de Cuenca, a inscribir la adaptación de los Estatutos de una sociedad anónima.

Hechos.—I El día 6 de julio de 1990 se reunió la Junta general de la sociedad «Balneario y Aguas Solán de Cabras, Sociedad Anónima», cuya con-

vocatoria fue publicada en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», número 90, de 18 de junio de 1990, y en el «Diario de Cuenca» de 21 de junio del mismo año, requiriéndose al Notario de dicha ciudad, don Luis María de la Higuera González, para que levante acta de la misma.

En dicha reunión se acordó adaptar los Estatutos sociales de la citada sociedad al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, entre los que cabe destacar: Artículo 2 «La compañía tiene por objeto social a) La explotación del manantial Solán de Cabras y su distribución de agua mineral, así como de cualquier otro manantial. b) Explotación del balneario, baños, hostel, apartamentos, casa de huéspedes y servicios centrales», artículo 18: «Es competencia privativa de la Junta general: f) Aportar, vender, hipotecar y ceder la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la sociedad»; artículo 19 «Los acuerdos de las Juntas generales se tomarán cuando voten a favor socios, presentes o representados, que representen las dos terceras partes del capital social. Excepcionalmente, se requerirá el voto de las cuatro quintas partes del capital social suscrito para acordar cualquier modificación de los Estatutos sociales y para los siguientes actos. 1.º Concesión de exclusivas o monopolios de los productos relacionados con el objeto social. 2.º Venta, arrendamiento, cesión y demás actos de disposición, en todo o en parte, de los bienes afectos al objeto social. 3.º Conceder tratos de favor a persona alguna por cualquier concepto. 4.º Cambio de domicilio social», y artículo 26: «Los Consejeros ausentes, impedidos de asistir personalmente a una reunión, podrán hacerse representar en ella y emitir su voto mediante delegación en otro de sus colegas por carta o telegrama, confirmando posteriormente por carta dirigida al Presidente. Los acuerdos del Consejo de Administración se adoptarán por mayoría absoluta de votos, entre los miembros concurrentes a la reunión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 141 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Cuando el acuerdo se refiera a alguno de los actos incluidos en los apartados h) y j) del artículo 28, será preciso el acuerdo unánime de todos los miembros del Consejo de Administración. Igualmente, será precisa la unanimidad para el nombramiento del Consejero delegado, o Consejeros delegados, y para la designación de Gerente».

II. Presentada el acta notarial en el Registro Mercantil de Cuenca fue, en lo que aquí interesa, objeto de la siguiente calificación. «Registro Mercantil de Cuenca. Presentado el precedente documento el 9 de junio del presente año, retirado por el presentante al día siguiente y reingresado el 20 del mismo mes, no se practica la inscripción del mismo por los siguientes defectos: ... 17) Artículo 18: a) La referencia al informe de los censores de cuentas sobra ya que no existe actualmente (arts. 203 y sigs. de la Ley de Sociedades Anónimas). b) El apartado f) sólo puede admitirse a efectos internos y así deberá decirse expresamente (art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y Resoluciones de la DGRN, de 11 de marzo de 1992, 7 de diciembre de 1993 y 12 de julio de 1993, antes citadas). 18) Artículo 19: a) No se salva lo dispuesto en el artículo 134.1, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas. b) La referencia que se hace en el inciso segundo del párrafo primero al capital social desembolsado debe ser suprimida debido a la coordinación con el inciso primero de este párrafo, de una parte, y de otra a la coordinación con el artículo 16 de los Estatutos, según la redacción que se ha dicho antes debe tener en base a los preceptos legales que allí se citaron. c) Los apartados 1.º, 2.º y 3.º de este artículo sólo pueden admitirse a efectos internos, según se ha

señalado en el defecto indicado como apartado *b)* en el artículo anterior. *d)* El apartado 4.º es una redundancia al estar ya incluido en la modificación de Estatutos que se recoge en el párrafo primero de este artículo, salvo que se refiera a la mera modificación dentro del mismo término municipal (en cuyo caso no supondría modificación estatutaria: cfr. Resolución de la DGRN, de 9 de marzo de 1994).. 20) Artículo 26: *a)* La referencia al párrafo último del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas debe ser sustituida, hoy día, por la referencia al artículo 141 2 de la Ley de Sociedades Anónimas (independientemente de que el propio art. 26 de los Estatutos desvirtúa esto al exigir luego la unanimidad para el nombramiento de Consejero delegado). *b)* La unanimidad que exige este artículo de los Estatutos para determinados acuerdos del Consejo es contraria al principio de formación de la voluntad de los órganos colegiados por acuerdo mayoritario (arts. 93 y 140 de la Ley de Sociedades Anónimas), según reconoce expresamente la Resolución de la DGRN, de 10 de noviembre de 1993. Todos los defectos se consideran subsanables. Solicitada la inscripción parcial conforme al artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil, no es posible acceder a ella debido al defecto señalado bajo el apartado 1.º de esta nota. Contra la calificación del Registrador podrá interponerse recurso gubernativo en el plazo de dos meses, a contar de la fecha de esta nota, de conformidad con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Cuenca, 7 de julio de 1994.—El Registrador. Firmado, *José María Campos Calvo Sotelo*

III. Don Antonio del Pozo Sanz y doña María Angeles Sanz Pérez, en representación de «Balneario y Aguas de Solán de Cabras, Sociedad Anónima», interpusieron recurso de reforma contra los defectos números 17, apartado *b)*; 18, apartado *c)*, y 20, apartado *b)*, y alegaron: I. En cuanto al apartado *b)* del defecto 17 de la nota de calificación. Que la cuestión que se plantea es la de analizar si el apartado *f)* del artículo 18 de los Estatutos infringe o no lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, a la luz de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 22 de julio de 1991, 11 de marzo de 1992 y 7 de diciembre de 1993, entre otras). Es evidente que la aportación, venta o cesión de la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la sociedad, suponen actos que, por su finalidad y efectos, resultan contrarios al objeto social definido en el artículo 2 de los Estatutos; por eso, al establecerse la competencia privativa de la Junta para acordar las operaciones fijadas en el apartado *f)* del artículo 18, no se están limitando las facultades representativas de los Administradores porque tales facultades no incluyen la posibilidad de realizar actos claramente contrarios al objeto social, pues implicaría la modificación del mismo que es competencia privativa de la Junta general. II. Respecto al apartado *c)* del defecto 18 de la nota de calificación. El objeto de debate es similar al expuesto en el apartado anterior. Que hay que señalar, en primer lugar, que lo que se fija en el artículo 19 no es una limitación, *a priori*, del poder de decisión de los Administradores, sino un mero reforzamiento de las mayorías para la adopción por Junta de determinados acuerdos. En cualquier caso, para decidir si con tales previsiones estatutarias se altera el régimen legal del poder de administración de los Administradores, ha de analizarse si la adopción de tales acuerdos supone o no la realización de actos contrarios al objeto de la sociedad. En primer lugar, en lo que respecta al número 2 del artículo 19, los Administradores no pueden realizar los actos que el mismo

comprende porque son contrarios al objeto social. Por lo que respecta a los otros dos apartados discutidos, se entiende que atendiendo a la particularidad del objeto social de la sociedad y a su origen y funcionamiento, deben ser aceptados los términos fijados estatutariamente. III. En lo referente al apartado *b)* del defecto 20 de la nota de calificación Respecto al artículo 26 de los Estatutos sociales hay que hacer referencia: A) Antecedentes: 1.º En su redacción original fue calificado favorablemente. 2.º En dicha redacción original se establecía que será precisa la unanimidad en los acuerdos del Consejo de Administración cuando se refieran a los actos incluidos en los apartados *h)* y *j)* del artículo 28 y para el nombramiento del Consejero delegado o Consejeros delegados y para la designación de Gerente. 3.º El día 26 de diciembre de 1990, el Registrador calificó el acta notarial de 6 de julio de 1990, de adaptación de los Estatutos originales a la Ley de Sociedades Anónimas. En su calificación, el Registrador Mercantil de Cuenca decidió no admitir la modificación del artículo 26 de los Estatutos, entre otros, manifestando que no era posible la misma al amparo de la Disposición Transitoria quinta de la Ley de Sociedades Anónimas. 4.º Con posterioridad, habiéndose presentado para su inscripción en el Registro certificaciones de acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de la sociedad, de fechas 11 de mayo y 21 de diciembre de 1991, fue denegada su inscripción, con fecha 25 de enero de 1991, en virtud de que no reunían el requisito de unanimidad exigido en el artículo 26 de los Estatutos sociales. 5.º Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior nota denegatoria, se resolvió mediante acuerdo de 4 de abril de 1991, en el que se acordó no acceder a la reforma de la calificación recurrida, dado que, según el Registrador, el acuerdo cuya inscripción se pretendía era uno de los que, según el artículo 26 exigía unanimidad. 6.º En relación a determinadas acciones de impugnación contra acuerdos del Consejo de Administración de la sociedad y contra los acuerdos de modificación de los Estatutos de la sociedad, adoptados en la reunión de 6 de julio de 1990, se dictaron las correspondientes resoluciones judiciales fundadas en la exigencia de la unanimidad para la adopción de determinados acuerdos. B) Fundamentos de derecho: *a)* Que no es necesaria la adaptación del citado artículo de los Estatutos sociales al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, puesto que no ha habido modificación alguna de los preceptos legales que regulan el funcionamiento y adopción de acuerdos por el Consejo de Administración, que se contenían en la anterior Ley de Sociedades Anónimas, y dado que los Estatutos de la sociedad ya fueron calificados y se observaron conformes a la anterior normativa, *b)* Que se alega la imposibilidad del Registrador de recalificar aquellos extremos de los Estatutos no modificados por las partes y ya inscritos, puesto que no cabe argumentar su falta de adaptación a la Ley de Sociedades Anónimas. Además, hay que poner en relación el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil con los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; *c)* Que el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, y la propia presunción de validez y exactitud del contenido de los asientos registrales, impiden al Registrador la posibilidad de entrar de nuevo a calificar la legalidad del artículo 26 de los Estatutos. No sólo resulta que este precepto fue calificado en su día, como conforme al artículo 78 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, sino que, ya estando en vigor la presente Ley de Sociedades, fue objeto de calificación por el Registrador Mercantil de Cuenca, con fecha 26 de diciembre de 1990, resolviéndose que dicho precepto, en su redacción original, era

conforme al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, no siendo, por tanto, su modificación necesaria para la adaptación a la misma. En este punto hay que citar la Resolución de 21 de octubre de 1993. Dicho principio de seguridad impide que el artículo 26 de los Estatutos de la sociedad pueda ser objeto de calificaciones contradictorias por el propio Registro. Que las referidas resoluciones judiciales son firmes y obligan a la sociedad; *d)* Que existen razones que justifican que el artículo 26 de los Estatutos no contraviene lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas. Tales razones son: 1. Unanimidad no es contrario a la mayoría, sino que es una forma de ella. Que una vez fijado por la Ley de Sociedades Anónimas el principio de mayoría, lo que dicha Ley no prohíbe es que determinados acuerdos de las sociedades se puedan o deban adoptar por una mayoría del 100 por 100, es decir, por unanimidad. 2. En el supuesto que se trata, no se está acordando la unanimidad como forma de funcionamiento del Consejo de Administración. Hay que tener en cuenta lo que dice la Resolución de 14 de diciembre de 1993. 3. Además, si existe inadecuación entre la exigencia de unanimidad, lo es sólo con los principios configuradores de los órganos colegiados, no con los de la sociedad anónima. Eso es lo que se entiende de las sentencias citadas y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado a que hace referencia el Registrador Mercantil. 4. Que la doctrina contenida en la Resolución de 10 de noviembre de 1993, no puede ser aplicada a este supuesto, pues no parece que quiera sentar un criterio de rechazo general y, en todo caso, de la unanimidad en la adopción de acuerdos del Consejo; el artículo 26 de los Estatutos no está configurando una forma de órgano de administración no admitida por la Ley; no se desvirtúa en este supuesto la posibilidad consagrada legalmente, a través del derecho de elección proporcional, de que en las decisiones del Consejo se pueda traslucir la diversidad de intereses presentes en el accionariado (precisamente con tal sistema se está consiguiendo que la diversidad de intereses en el accionariado tengan su reflejo en el Consejo), y que, por último, existe en este caso una finalidad práctica y legítima perseguida por el precepto, *e)* Que la adaptación que exige la Ley de Sociedades Anónimas es a la misma Ley, de forma que sólo una evidente contradicción con tales normas jurídicas justificaría una necesidad de adaptación. Que es evidente que, en relación con el defecto que se impugna, ha de dársele más valor a los criterios expuestos en las resoluciones judiciales que a lo que resulta de la Resolución citada por el Registrador.

IV. El Registrador Mercantil acordó no acceder a la reforma de la calificación recurrida, e informó: I. Que el primer punto impugnado es el apartado *b)* del defecto 17 de la nota de calificación relativa al artículo 18, apartado *f)*, de los Estatutos. Que la jurisprudencia interpreta ampliamente el ámbito del poder de representación de los administradores (que viene consagrado en el art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) y así se consideran incluidos dentro de ese ámbito, no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto de forma directa o indirecta, así como los complementarios o auxiliares para ellos, sino también los actos neutros o polivalentes (Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 12 de mayo de 1989), e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social (Sentencias de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989 y Resoluciones de 1 de julio de 1976 y 31 de marzo de 1986), quedando excluidos, en principio, del ejercicio de poder de representación los claramente contrarios al objeto (Resolución de 11 de marzo de 1992). Que, según la doctrina, la determinación del acto claramente contrario sólo

podrá hacerse *a posteriori*, y que al llegarse prácticamente a equiparar los actos ajenos al objeto social con los claramente contrarios al mismo, el poder de representación de los Administradores se extiende también, conforme a lo previsto en el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, a estos actos contrarios al objeto, salvo en el caso de que la sociedad pruebe que los terceros han obrado de mala fe y culpa grave. Que, sentado lo anterior, y aunque se admitiere la tesis del acto claramente contrario al objeto social en una interpretación restrictiva, es preciso analizar cada uno de los casos comprendidos en el artículo 18, apartado f) de los Estatutos para tratar de dilucidar si se da o no esa oposición: 1. Respecto a «hipotecar», esta facultad recae claramente en el ámbito de representación de los Administradores, ya que la sociedad puede tener necesidad por razones de tesorería y para cumplir el fin social de una financiación hipotecaria que comprenda todos sus bienes y ello no es acto opuesto al objeto social; 2. En cuanto a «vender» no parece que sea contrario al objeto social. La sociedad, aparte de su objeto específico, tiene otros objetos más genéricos, y en caso de venta de todo el activo, a cambio se recibiría un precio que podría ser reinvertido en bienes que fueran la base para el desarrollo del objeto social; 3. Respecto a «ceder», la cesión gratuita no es competencia de los Administradores, como reconoció la Resolución de 2 de febrero de 1966, ni incluso de la Junta, cuando es cesión de todos los bienes. En cuanto a la cesión onerosa es un concepto genérico e indeterminado que puede incluir en su ámbito numerosos supuestos, alguno de los cuales puede no ser contrario al objeto social como sería la cesión de bienes a cambio de otros, 4. En cuanto a «aportar», es un concepto indeterminado. Pero refiriéndose al sentido en que se emplea habitualmente en el Derecho Mercantil, tampoco tiene que ser contrario al objeto social, como sería el caso de aportación de todo el activo a una sociedad con objeto idéntico, ya que entonces estaríamos ante una realización indirecta del objeto social permitida por la ley (art. 117 del Reglamento del Registro Mercantil). Que, como conclusión, cabe decir que, o bien se determinan expresamente los supuestos de competencia exclusiva y excluyente de la Junta, o si se mantiene la redacción actual es necesaria la precisión del carácter puramente interno de dicha competencia, dada la amplitud con que se interpreta el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas por la doctrina, la jurisprudencia y la Directiva de que emana. II. Que el segundo punto impugnado es el apartado c) del defecto 18 de la nota de calificación relativo al artículo 19, apartados 1.º, 2.º y 3.º de los Estatutos. El problema es similar al resuelto en el fundamento de derecho anterior, y es preciso distinguir: 1. Comenzando por el apartado 2.º, en cuanto dichos actos se refieran a todos los bienes afectos al objeto social. 2. En cuanto al apartado 1.º, la facultad de atribuir las exclusivas o monopolios es competencia de los Administradores, quienes serán los que por su función conozcan las condiciones del mercado, todo lo cual recae plenamente en el ámbito de desenvolvimiento normal de la sociedad. 3. En lo relativo al apartado 3.º, la expresión «tratos de favor» es indeterminada; pero, en principio, hay que atribuir al órgano de gestión esa facultad por formar parte del tráfico normal de la sociedad. III. Que el último defecto de la nota que se impugna es el 20, apartado b), relativo al artículo 26 de los Estatutos. El principio de exigencia de unanimidad para los acuerdos del Consejo de Administración debe ser rechazado totalmente por los siguientes argumentos: a) Es contrario al carácter y funcionamiento como órgano colegiado del Consejo, porque se transformaría en Colegio de decisión conjunta, lo que es opuesto a

su propia naturaleza, y sería contrario al artículo 136 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, que establece la estructura del órgano de administración, por delegación reglamentaria del artículo 9, apartado *h*) de la citada Ley; *b*) Que el admitir la unanimidad supone la posibilidad de reconocer un derecho de veto a cualquier Consejero, lo que puede dar lugar a situaciones como la resuelta por la Resolución de 10 de noviembre de 1993; *c*) Que es contrario a la agilidad y facilidad de funcionamiento que debe tener el Consejo como órgano gestor de la sociedad; *d*) Es, además, contrario a las normas legales. La ley actual ha suprimido la hipótesis de Consejeros mancomunados, conforme a lo establecido en el artículo 136. Como consecuencia, ha variado la interpretación de las normas legales, en concreto los artículos 140 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, de tal modo que debe entenderse que la mayoría que exigen dichos artículos es imperativa, pero con prohibición absoluta de la unanimidad como concepto opuesto al de mayoría; *e*) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha reconocido, plenamente, dicha prohibición en las Resoluciones de 10 de noviembre de 1993 y declarando aplicable a este órgano social la doctrina contenida en la Resolución de 15 de abril de 1991. Que de todo lo anterior resulta la imposibilidad total y absoluta que los Estatutos establezcan, para cualquier supuesto, el criterio de unanimidad en las decisiones del Consejo de Administración de la sociedad. Que a continuación se analizan los argumentos concretos que, en apoyo de su criterio, aporta el recurrente, y las razones por las que los mismos deben ser rechazados: 1. Que es una tesis viciada la alegación de que la unanimidad no es contraria a mayoría. El Diccionario de la Lengua da significado distinto a ambos conceptos. La afirmación de que la unanimidad es una mayoría reforzada la contradicen las dos Resoluciones citadas. 2. Que la aseveración de que es válido el pacto estatutario de exigir el 100 por 100, para determinados casos, no puede admitirse: *a*) Por la regla general proclamada en la Resolución de 1993, *b*) Que si se admitiera la unanimidad, se introduciría un sistema de administración dual de la sociedad, que contradice el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil; *c*) Que es imposible determinar qué criterio cualitativo o cuantitativo presidiría la admisión de excepciones a la regla de unanimidad; *d*) La amplitud de los apartados *h*) y *j*) del artículo 28 de los Estatutos, convertiría en la práctica la excepción en la regla general. 3. Que lo que se dice en cuanto que la unanimidad es sólo contraria a los principios configuradores de los órganos colegiados, pero no a los que inspiran la sociedad anónima, es una argumentación carente de base, ya que todo lo que se oponga a la naturaleza de aquéllos, se opone por definición a la propia configuración de ésta. 4. Que el último apartado del escrito del recurrente se refiere a la no aplicación de la doctrina contenida en la Resolución de 10 de noviembre de 1993 al caso planteado, pero hay que señalar que la generalidad del principio que consagra dicha Resolución permite comprender, dentro de ella, todos los supuestos de unanimidad o derecho de veto obstativo, dentro de los que se encuentra el supuesto ahora discutido. Que, realmente, el problema que se da es la posibilidad de que una minoría obstaculice la voluntad de la mayoría en el Consejo, lo que ataca el carácter democrático que tiene la sociedad anónima. Que la calificación de la adaptación de los Estatutos ha de hacerse exclusivamente en función de la nueva ley, y si se estima que es necesaria dicha adaptación, debe exigirse con independencia de la calificación que hiciera el Registrador que inscribió la constitución de la sociedad y con independencia de lo que figure

inscrito. Que las sentencias que alega el recurrente no expresaron lo que dice, sino que simplemente, según lo que consta inscrito, declaran la nulidad de una modificación estatutaria por no haberse ajustado la misma a los propios Estatutos. Que el argumento referente al principio de legitimación registral sería admisible si figurase inscrita la adaptación del artículo 26. Que la imposibilidad de calificaciones contradictorias sobre un mismo documento, es opuesto al procedimiento registral, conforme lo establecido en los artículos 59.2 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil. Que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado tienen una importancia extraordinaria en la interpretación y aplicación del derecho.

V. Los recurrentes interpusieron recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadieron: I. En lo referente al apartado *b)* del defecto 17 de la nota de calificación: Que de una correcta interpretación del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no puede admitirse la inexistencia de límites al ámbito de representación de los Administradores, teniendo en cuenta lo que dice la Resolución de 16 de marzo de 1990. Que dado el objeto social de la sociedad, son contrarios al mismo aquellos actos que impidan, por su propia naturaleza y finalidad, la explotación del manantial de Solán de Cabras y la del balneario y resto de instalaciones. En este sentido, es evidente que la aportación, venta o cesión de la totalidad de los bienes, suponen actos que, por su finalidad y efectos, resultan claramente contrarios al objeto social definido en el artículo 2 de los Estatutos. Que, en este punto, no son aceptables las referencias que hace el señor Registrador a la posibilidad de continuación del desarrollo del objeto social en dichos supuestos. Que hay que tener en cuenta las Resoluciones de 22 de julio de 1991 y 10 de junio de 1994. Que la conclusión que hace el señor Registrador sobre este punto supone que admite, implícitamente, dichos actos como competencia de la Junta, pues la exigencia de determinación de los supuestos de competencia exclusiva de la misma es un reconocimiento de la falta de competencia de los Administradores para la adopción de tales acuerdos, sin perjuicio de la aplicabilidad del artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas respecto a terceros de buena fe y sin culpa grave. II. En cuanto al apartado *c)* del defecto 18 de la nota de calificación. Que contra lo que el señor Registrador manifiesta en este punto, hay que decir que la particularidad del objeto social y el origen y funcionamiento de la sociedad deben ser tenidas en cuenta a la hora de calificar. Se debe atender al caso concreto para determinar si existe o no extralimitación del objeto social en la actuación de los Administradores (Resolución de 22 de julio de 1991). III. En lo que concierne al apartado *b)* del defecto 20 de la nota de calificación. Que hay que señalar en cuanto a las manifestaciones del señor Registrador: 1. La unanimidad para determinados acuerdos no ha de ser necesariamente contraria al carácter y funcionamiento de los órganos colegiados, ni desvirtúa el carácter del Consejo como tal. 2. En esta sociedad, la estructura del órgano de administración es única. 3. Que la conclusión de que la unanimidad para la adopción de determinados acuerdos es contraria a las normas legales no es evidente. 4. Que es claro que la unanimidad no es algo opuesto a la mayoría. 5. Que no es un argumento carente de base el que, si bien la unanimidad podría ser contraria a los principios configuradores de los órganos colegiados, pero no a los que inspiran la sociedad anónima. 6. Que no es improcedente la referencia contenida en el escrito del recurso a la Resolución de 14 de noviembre de

1991. 7. Que tampoco es argumento que la unanimidad es contraria a la agilidad y facilidad de funcionamiento que debe tener el Consejo como órgano gestor de la sociedad. 8. Que ha de ser categóricamente rechazada la manifestación del señor Registrador de que las sentencias a las que hacemos referencia en nuestro escrito de recurso no dicen nada sobre la no necesidad de adaptación del artículo 26 de los Estatutos a la nueva Ley de Sociedades Anónimas. 9. Que, finalmente, la adaptación que exige la Ley de Sociedades Anónimas es a la misma Ley, de forma que sólo una evidente contradicción con tales normas jurídicas justificaría una necesidad de adaptación. Ese es el tenor de la Ley y la razón que fundamenta las resoluciones judiciales que se han dictado sobre el artículo 26 de los Estatutos, y éste es el criterio mantenido por la Resolución de 14 de noviembre de 1991.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 9.h) e i), 10, 128, 129, 133, 136, 140, 141, 144, 147 y 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; los artículos 117.4 y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de 31 de marzo de 1986, 11 de noviembre, 15 de abril, 22 y 26 de junio de 1992, 12 de julio y 10 de noviembre de 1993 y 3 de octubre de 1994, entre otras

1. Se debate en el presente recurso, en primer lugar, sobre la inscripción en el Registro Mercantil de dos cláusulas estatutarias que el Registrador suspende, en tanto no se especifique debidamente su relevancia meramente interna; establecen aquéllas que Artículo 18, letra f): «Es competencia privativa de la Junta General. Aportar, vender, hipotecar y ceder la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la sociedad»; Artículo 19: «Los acuerdos de las Juntas generales se tomarán cuando voten a favor socios, presentes o representados, que representen las dos terceras partes del capital social. Excepcionalmente se requerirá el voto de las cuatro quintas partes del capital social suscrito para acordar cualquier modificación de los Estatutos sociales, y para los siguientes actos: 1.º Concesión de exclusivas o monopolios de los productos relacionados con el objeto social. 2.º Venta, arrendamiento, cesión y demás actos de disposición, en todo o en parte, de los bienes afectos al objeto social. 3.º Conceder tratos de favor a persona alguna por cualquier concepto».

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también el máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor (art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas), y que, aun cuando es cierta la dificultad de determinar *a priori* si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias del mismo. En el caso debatido, el objeto social de la entidad no se define mediante la especificación de un concreto sector de la actividad económico-social, sino que está constituido por la explotación, en forma societaria, de unos concretos y significados bienes aportados al haber social, de modo que su permanencia en el mismo aparece no sólo como condición *sine qua non* para la viabilidad del propio objeto social, sino como elemento básico y determinante del contrato social y de la subsistencia misma del nuevo ente constituido (cfr. art. 260.3 de la Ley de Sociedades Anónimas). Es evidente, pues, que cualquier actuación que implique de presente —o pueda implicar en lo sucesivo— la salida de esos bienes del patrimonio social excede inequívocamente de las facultades repre-

sentativas del órgano gestor, entrando en la esfera competencial del órgano soberano de la sociedad, la Junta general (cfr. arts. 93, 94, etc., de la Ley de Sociedades Anónimas), y si bien no es imprescindible una previsión estatutaria específica que así lo establezca, cuando dicha previsión sea efectivamente incorporada a la norma rectora de la estructura y funcionamiento de la sociedad, no podrá pretenderse la concreción de su eficacia a la esfera meramente interna ni, menos aún, obstaculizar su inscripción en función de su carácter meramente aclaratorio; es más, puede resultar conveniente su adopción cuando —como ocurre en el caso debatido— dicha previsión se establece al objeto de imponer mayores quórum de constitución o unas mayorías de decisión reforzadas, en consonancia con la especial trascendencia de tales actuaciones para la propia estructura y subsistencia de la sociedad.

3. Las anteriores consideraciones determinan la procedencia del acceso al Registro, y sin necesidad de la concreción de su eficacia a la esfera interna, de algunas de las cláusulas estatutarias ahora debatidas, como son el apartado f) del artículo 18 y el número 2º del artículo 19; esta última, por cuanto claramente se está concretando a actos de disposición no de todos o parte de los bienes integrantes del patrimonio social sino, precisamente, de todos o parte de esos bienes especialmente afectos al objeto social y que previamente se han especificado en la cláusula relativa al mismo; aquélla, en la medida que la disposición en bloque de todos los bienes, derechos y acciones de la sociedad (que así debe ser entendida la cláusula en función de las reglas generales de interpretación de los negocios, cfr. arts. 1.281 y sig. del Código Civil) englobará la de los bienes especialmente afectos al objeto social. No ocurre lo mismo, en cambio, con los apartados 1.º y 3.º del artículo 19, pues se trata de las propias actuaciones a través de las cuales se realiza el objeto social, que se enmarcan claramente en el ámbito de la gestión diaria y cuya adopción depende de las circunstancias de mercado, de las conveniencias de la negociación comercial, de modo que su acceso al Registro Mercantil debe quedar supeditado a la concreción de su eficacia a la esfera previamente interna.

4. El siguiente y tercer defecto que debe examinarse se centra en si es inscribible la exigencia de que determinados acuerdos del Consejo de Administración sean adoptados por unanimidad. En este punto no cabe sino confirmar el criterio del Registrador; con arreglo a la doctrina de este Centro Directivo, aunque es muy amplio el margen de libertad que la ley confiere a la hora de regular la organización y forma de actuar del Consejo de Administración [cfr. arts. 9.1) y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas], ello ha de entenderse no sólo dentro de los límites legales, sino también de los que impone la propia naturaleza de los órganos colegiados, a la que ha de entenderse consustancial el principio de formación de la voluntad por acuerdo mayoritario. Y aún cuando el principio de mayoría absoluta que la Ley establece (cfr. art. 140 de la Ley de Sociedades Anónimas) es susceptible de reforzarse en base a aquella libertad de autorregulación, soluciones como la unanimidad o el derecho de veto no son coherentes con aquella naturaleza, e incluso ha de entenderse que han sido implícitamente descartadas por el propio legislador al proscribir la antigua figura del Consejo de dos miembros, y admitir como único supuesto de actuación conjunta, el de dos Administradores mancomunados (cfr. Resolución de 10 de noviembre de 1993). De igual forma, cabe señalar que la exigencia de unanimidad choca con el principio de unicidad del órgano de administración (cfr. art. 124 del Reglamento del Re-

gistro Mercantil), pues de admitirse la unanimidad prácticamente se crearía para determinados acuerdos un sistema de administración mancomunada.

Estos razonamientos impiden admitir la atribución estatutaria de un derecho de veto a cualquiera de los miembros del Consejo —pues no otra cosa representa la exigencia de unanimidad para la adopción del acuerdo—, al constituir una contradicción del principio legal que impone la adopción de los acuerdos del Consejo de Administración por mayoría de sus miembros (art. 140 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esta Dirección General acuerda estimar el recurso interpuesto en cuanto al primer defecto recurrido; estimarlo parcialmente en cuanto al segundo defecto en los términos de las anteriores consideraciones, anulando parcialmente en estos mismos términos el acuerdo y la nota del Registrador, y desestimarlo en cuanto al tercero, respecto del cual se confirma íntegramente la nota y el acuerdo.

Madrid, 25 de abril de 1997 —El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Cuenca.

COMENTARIO A LA RESOLUCION DE 25 DE ABRIL DE 1997

I. INTRODUCCION

Los defectos que se discuten en el recurso que motiva la Resolución objeto del presente comentario, son tres. Uno de ellos consiste en el rechazo a la exigencia de unanimidad para la adopción de acuerdos por parte de los órganos colegiados, que es confirmado, por considerarla como el límite a la facultad de elevar estatutariamente los quórum o mayorías, puesto que la unanimidad supone la negación del principio mayoritario —atribuyendo un derecho de veto a todos y cada uno de los miembros— lo cual desvirtúa por completo la naturaleza propia de los órganos colegiados. Siendo ésta una cuestión resuelta categóricamente en Decisiones anteriores (1), no nos detendremos más tiempo en su estudio.

(1) La más significativa en este sentido fue la **Resolución de 15 de abril de 1991**. «1. En el supuesto contemplado se debate en torno a la admisibilidad en una Sociedad Anónima de la cláusula estatutaria en cuya virtud la realización de determinadas actuaciones por el Consejo de Administración (prestación de avales, fianzas o garantías que afecten al patrimonio de la sociedad, o para comprar o vender inmuebles) queda sujeta al acuerdo unánime de la Junta General de accionistas. El Registrador deniega la inscripción por ser contrario a la naturaleza de los órganos colegiados la adopción de acuerdos por unanimidad.

2. Debe confirmarse el criterio denegatorio del Registrador toda vez que la cláusula en cuestión, aun cuando no impone el voto favorable de todos los socios (sino exclusivamente el de los asistentes a la reunión) implica, en definitiva, la atribución, a cada uno de ellos, de un derecho de veto que contraría abiertamente un principio básico en la organización y funcionamiento de la Sociedad Anónima, cual es el de adopción de sus acuerdos por mayoría, principio fundado en la misma esencia y características de este tipo social, que viene confirmado en su regulación legal (*vid.* arts. 48 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, 93 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anóni-

Los que motivan este comentario son los otros dos defectos, por los que el Registrador denegaba la inscripción de ciertas cláusulas estatutarias tendentes a limitar las facultades representativas de los administradores, señalando que no podían ser inscritas *«en tanto no se especifique debidamente su relevancia meramente interna»*. La Resolución comentada admite, y sin restricción alguna en favor de terceros, la inscripción de dos de aquellas cláusulas, por las que se reserva a la junta la disposición de los inmuebles que se consideren adscritos a la explotación del objeto social, según la cláusula descriptiva del mismo. Concretamente, se ordena la inscripción de estos dos preceptos:

«. . .Artículo 18, letra f) *Es competencia privativa de la Junta general: Aportar, vender, hipotecar y ceder la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la sociedad;*

«. . .Artículo 19 *...Excepcionalmente se requerirá el voto de las 4/5 del capital suscrito... para que la junta pueda acordar determinados actos, tales como: 2.º Venta, arrendamiento, cesión y demás actos de disposición, en todo o en parte, de los bienes afectos al objeto social...*»

A nuestro juicio, no puede reservarse a la Junta la competencia para la realización de estos actos, por mucho que en el objeto social se concreten los inmuebles cuya explotación constituye la actividad de la sociedad. Con esta decisión se contradice el carácter amplísimo y no susceptible de limitaciones en perjuicio de terceros (de ahí, la exigencia de que se reduzca su relevancia a los efectos meramente internos) de que están dotados los administradores de las sociedades mercantiles, según las Directivas de la CEE en esta materia; Directivas que España está obligada a cumplir reformando convenientemente su Derecho de Sociedades con esa finalidad, proceso que se inició con la promulgación de la Ley 19/1989, de 25 de julio.

Desde la entrada en vigor de la citada Ley, pensábamos que quedaba zanjado este tema, y totalmente superadas las dudas acerca de la plena eficacia frente a terceros, de todo acto dispositivo realizado por los administradores sobre los bienes sociales, de modo que, a la hora de otorgar las correspondientes escrituras, a éstos les basta con acreditar su cualidad de tales para justificar su poder de disposición sobre los mismos.

Ya vemos que no es así, y consideramos que vale la pena formular estas reflexiones, puesto que la objetivación de la representación mercantil, cuando está apoyada por buen sistema de Publicidad Registral —y España tiene uno de los mejores— es imprescindible y sumamente beneficiosa para la seguridad del tráfico jurídico, mientras que las posturas que sostiene la Resolución,

mas de 1989 y Resolución de 11 de marzo de 1980) y que no queda desvirtuado por el reconocimiento legal de la posibilidad de reforzar, en los casos que la Ley determina, las mayorías tipificadas (*vid.* art. 103.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), pues por propia definición, tal reforzamiento presupone su subsistencia»

También se formula una doctrina contraria a la unanimidad en la **Resolución de 9 de mayo de 1991**, señalando que no cabe exigirla para reducir el capital social a cero por consecuencia de pérdidas, razonando que el pretendido derecho del socio a permanecer en la sociedad mientras subsista no puede llevar a desconocer la imposibilidad legal de subsistencia si el capital no es reintegrado en la medida fijada por la Ley... «Además, exigir la unanimidad supondría conceder a cada socio un derecho de veto a la continuación voluntaria de la sociedad acordada por el 80 por 100 del capital».

objeto de este comentario (y otras, como la de fecha 3 de octubre de 1994, relativa al Registro de la Propiedad) no sólo son regresivas, porque no fomentan esa seguridad, sino que, en cuanto no tienen en cuenta los efectos favorables para los terceros que son consecuencia de dicha publicidad, están desvirtuando o devaluando por completo la finalidad del Registro Mercantil.

Este Registro no se creó con el fin de inscribir limitaciones estatutarias de las facultades de los administradores para preservar los intereses de los socios de las sociedades capitalistas (para eso ya tienen la limitación de la responsabilidad de que gozan por Ley, y las acciones de responsabilidad contra los administradores, que los terceros, acreedores de la sociedad, no pueden ejercitar directamente, sino por vía de subrogación: cfr. art. 134, núm. 5 de la Ley de Sociedades Anónimas) sino como contrapeso de esa limitación para proteger los derechos de los terceros que contratan con las sociedades; lo que, en definitiva, representa la seguridad del tráfico.

II. LIMITACIONES ESTATUTARIAS DE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS ADMINISTRADORES

1. EFECTOS DE ESTAS RESTRICCIONES. Ante todo hemos de manifestar los reparos que nos suscita la doctrina contenida en este punto de la Resolución, que carece de precedentes en el actual Derecho español de sociedades, se halla en flagrante contradicción con las Directivas de la CEE en materia de representación y extensión de las facultades de los órganos sociales, e incluso, con otras Resoluciones anteriores sobre la misma materia. Si esta doctrina se mantiene a partir de ahora, va a suponer un serio lastre para la fluidez e incluso, luego volveremos sobre ello, para la propia seguridad del tráfico jurídico.

Los efectos perturbadores que conlleva el haber admitido la limitación estatutaria de las facultades de los administradores empiezan a dejarse sentir en los Registros Mercantiles, a los que están empezando a llegar, con alarmante frecuencia, escrituras de enajenación o disposición de bienes inmuebles para que se extienda nota, certificación o informe relativos a la suficiencia de facultades del administrador o administradores intervinientes; o también, escrituras de concesión o ampliación de facultades especiales a favor de los mismos, para zanjar las dudas que ahora surgen a cada paso acerca de la extensión que ha de atribuirse a la representación de que están investidos.

Pensando en tranquilizar los ánimos, tanto de los particulares como de los Registradores que hayan de calificar las escrituras que reflejen actos de disposición sobre inmuebles pertenecientes a sociedades, conviene que advirtamos dos cosas: primera, que será extraordinariamente raro que hallemos inscrita en los Registros Mercantiles cualquier tipo de limitación de las facultades de los administradores que no precise claramente su alcance meramente interno y, por tanto, su carencia de efectos frente a terceros; en segundo lugar, aunque alguna hubiese escapado de la calificación del Registrador, sus efectos serían completamente inocuos, por el juego del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y, sobre todo, del artículo 9 de la Primera Directiva de la CEE en materia de Sociedades.

Existen otros argumentos reveladores de la actual carencia de efectos de este tipo de restricciones; a pesar de lo cual conviene, desde luego, evitar su acceso al Registro Mercantil para evitar los efectos perturbadores que pueda producir su apariencia de validez. Vamos a examinarlos simultáneamente:

A. *El objeto social y el poder de disposición de los administradores.*—Se empieza por afirmar, retomando la antigua doctrina que ha venido sentando la Dirección General de los Registros desde hace muchos años, que el objeto social marca el límite, tanto en lo mínimo como en lo máximo, de las facultades de los administradores. No habría nada que objetar a esta doctrina si —como exigía el Registrador— se hubiera precisado debidamente en los estatutos el alcance meramente interno de ciertas limitaciones específicas que se han impuesto a las facultades representativas del administrador, al quedar reservadas exclusivamente a favor de la junta. El hecho de que se publiquen en el Registro no les va a privar de ese carácter interno, por dos razones:

1.º Por la disposición del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, que a su vez es trasunto del artículo 9 de la Primera Directiva CEE en materia de sociedades, y cuyo contenido normativo es tajante. El artículo 129 no acierta a reflejar correctamente la Directiva, puesto que ésta concibe las facultades de los administradores con una amplitud que resulta puesta en entredicho por el párrafo segundo del citado artículo 129, que introduce esa figura del «tercero que obra de buena fe y sin culpa grave» como excepción o elemento perturbador en la finalidad de objetivación de la representación orgánica que trata de implantar la Directiva. Vamos a comparar ambos preceptos para formarnos un criterio acerca de sus diferencias, teniendo en cuenta que, en todo caso, ha de prevalecer lo dispuesto en la Directiva.

Artículo 129 LSA. Ambito de la representación. «1 La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los Administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.»

Directiva. Artículo 9. «1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la Ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.

No obstante los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.

2 Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado »

Hay que advertir que estas diferencias de enfoque entre ambas normas no privan a la de origen comunitario de un ápice de su eficacia, puesto que todas las autoridades y funcionarios (jurisdiccionales o de cualquier otro orden) de los países miembros de la CEE están obligados a interpretar su derecho nacional de la forma más favorable que sea posible para el cumplimiento de los

finés determinados en las Directivas Comunitarias. Así lo establece claramente una Jurisprudencia constante del **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**; de la que citamos la **Sentencia de 13 de noviembre de 1990...** «*al aplicar el derecho nacional, ya se trate de disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, la jurisdicción nacional llamada a interpretarlas está obligada a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado perseguido por ésta.*»

2.º Por la propia estructura actual de la publicidad del Registro Mercantil en su aspecto material: El efecto negativo de la publicidad registral mercantil, en contra del tercero, se limita a lo publicado en el BORME. Al tercero de buena fe sólo le son oponibles (art. 21 del Código de Comercio) los actos sujetos a inscripción y solamente desde el momento de su publicación en el BORME. Estas anómalas limitaciones de facultades —aunque se inscriban— no pueden publicarse en dicho Boletín, no estando siquiera prevista la forma de hacerlo, de modo que el tercero sólo puede conocer dos cosas: quién es el administrador y un extracto (porque no siempre hay espacio para publicarlo entero) de las actividades que constituyen el objeto. Sólo estos hechos pueden surtir efectos en perjuicio del tercero, y téngase siempre en cuenta que la Directiva citada prohíbe expresamente atribuir a la publicación del objeto efectos en perjuicio de tercero; al menos en cuanto se refiere a la extensión de la representación de los órganos sociales.

B. *La modificación indirecta del objeto social.* La Resolución argumenta que, dado el carácter tan específico del objeto social, consistente en la explotación de unos inmuebles concretos y determinados, la realización de actos de disposición sobre los mismos acarrearía una modificación del objeto. Es cierto que, a veces, ciertos actos de disposición pueden suponer —de modo indirecto— una modificación estructural de la sociedad, pero no lo es que ello haya de estar necesariamente ligado al carácter más o menos específico del objeto. Es la naturaleza del acto de disposición la que puede provocar esa modificación estructural y cuando ello ocurre, el Registrador va a desplegar sus facultades de control de la legalidad denegando la inscripción del acto, sin necesidad de vulnerar la Directiva ni necesitar que en los estatutos se hayan impuesto determinadas limitaciones. Son cosas que funcionan en distinto plano.

En este aspecto son de citar sendas *Resoluciones*, de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, sobre aportación de rama de actividad, efectuada por vía de aumento de capital y sin realizar una escisión. Aunque el Registrador no lo planteó en su nota, la Dirección General señala que estas operaciones, en tanto en cuanto supongan una modificación estructural de la sociedad, requieren el acuerdo de la Junta, no bastando la actuación de los administradores... «es discutible si, en función del volumen de la aportación en relación con el patrimonio de la sociedad aportante, sería preciso el acuerdo de la Junta general, al exceder el acto de la competencia de los administradores... en el presente supuesto, todo posible perjuicio se disipa desde el momento en que los acuerdos son adoptados en sendas Juntas universales con el voto unánime de todos los socios»

Después de estas Resoluciones, queda perfectamente claro que a la hora de inscribir un acto dispositivo de esta naturaleza, debido al juego del artículo 383 del Reglamento Hipotecario, será previa la calificación —en cuanto a la causa del negocio dispositivo— por parte del Registrador Mercantil, y que éste va a exigir siempre el acuerdo de la junta, lo establezcan o no los esta-

tutos. Nótese que ello no dependerá del carácter más o menos amplio con que se haya definido el objeto social, ni de la importancia cuantitativa del acto de disposición, sino exclusivamente de la causa del negocio dispositivo; por este motivo decíamos anteriormente que la aplicación de la Directiva en materia de representación es perfectamente compatible con la función calificadora, puesto que deja incólume la extensión con que debe desplegarse ésta según cada Derecho nacional.

En cuanto a los actos de disposición o gravamen que afecten a algún inmueble en concreto, tanto en las Resoluciones que llevamos citadas como en otras muchas que omitimos por no ser más prolijos, se establece claramente la doctrina favorable a su realización por el administrador; basta pensar en la hipótesis de que, para la conservación, reparación o mejora de alguno de los inmuebles de la sociedad a que se refiere el recurso, fuera necesario constituir hipoteca sobre el edificio. Estos actos entran claramente dentro de las facultades ordinarias de todo administrador, y nunca han precisado acuerdo de la junta, sin que el hecho de figurar la explotación de un hotel, o de cualquier otro inmueble, como caracterizadora del objeto social, altere ni un ápice las facultades innatas del administrador (vid. nuevamente la propia Resolución de 3 de octubre de 1994, anteriormente citada).

C. *Efectos perturbadores para la seguridad del tráfico jurídico* Aunque repunda con lo anterior, es preciso advertirlo: no tiene ningún sentido admitir restricciones a la libre disponibilidad de los inmuebles si las mismas han de publicarse en un registro distinto del inmobiliario. Aunque en el objeto social se aluda a la explotación de ciertos inmuebles, no se cumple ninguna de las exigencias del Principio de Especialidad, ni pueden cumplirse, porque estamos en el Registro Mercantil, y éste es un registro de personas, no de bienes. Entre los muchos obstáculos que se nos ocurren para que la norma estatutaria discutida en este recurso tenga verdadera efectividad práctica, nos interesa referirnos a uno: si existen bienes especialmente afectos al desempeño del objeto (2) y se admite que ello pueda condicionar el régimen de disponibilidad de los mismos, sería en el Registro de la Propiedad donde debiera hacerse constar esa afección y sus consecuencias. No vamos a plantearnos ahora ni la posibilidad de llevar esto a término; ni el cómo se puede poner en práctica tal propósito, ni el hecho evidente de que los inmuebles estarán inscritos en el Registro de la Propiedad, a favor de la sociedad, sin más especificaciones; basta considerar que en el texto de la Resolución comentada no se ha planteado siquiera la articulación de algún medio para ello.

Si se pretendiese dar verdadera efectividad a este tipo de restricciones sobre los bienes de las sociedades [sin que tengan reflejo (3) en el Registro de

(2) Todos los bienes de las sociedades están afectos a esta finalidad y no se concibe que una sociedad tenga o posea bienes con otra finalidad distinta. No existe ni puede existir una categoría de bienes especialmente afectos al desempeño del objeto, ni a ninguna otra finalidad. Todos forman por igual el acervo social, aunque contablemente existan parcelas de valor (no recaentes sobre ningún bien determinado, sino sobre ese acervo en su totalidad, considerado como universalidad) afectas a determinados fines; v.g., la reserva legal, la cuenta de capital amortizado, etc. Pero su fundamento nunca reside en la afección de algún bien determinado o concreto.

(3) Ni probablemente exista medio técnicamente adecuado para reflejarlas en dicho Registro.

la Propiedad] se estará favoreciendo la creación de cargas o gravámenes ocultos, lo que siempre es indeseable, y provocando en los terceros que resulten perjudicados, la necesidad de acudir a los Tribunales para discutir el efectivo alcance de lo que se publica en los Registros Jurídicos, cuando la finalidad de esa publicidad es, precisamente, crear situaciones claras y evitar los litigios.

A nosotros, personalmente, no nos cabe ninguna duda de que el tercero que contrate con la sociedad nunca puede verse afectado por estas restricciones de las facultades representativas del administrador, y, si los tribunales españoles no amparan suficientemente a dicho tercero, que se viese eventualmente perjudicado por la apariencia derivada de la publicidad en el Registro Mercantil de estas restricciones de dudosa validez aunque estén inscritas; éste terminará acudiendo a las instituciones comunitarias, con el resultado que es previsible en vista de la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades, de 13 de noviembre de 1990, y cuya doctrina no deja lugar a dudas.

Tampoco se comprende, por último, la utilidad de inscribir estas restricciones cuando la finalidad primordial de la publicidad registral mercantil es la protección de los terceros y no la de los socios; razón por la cual la inscripción en este Registro es obligatoria, siempre, y constitutiva casi siempre. En caso de que una cláusula estatutaria destinada a favorecer a los socios pueda resultar incompatible con la seguridad del tráfico y la protección de los terceros, la interpretación debe orientarse siempre en el sentido de hacer que prevalezca el interés público sobre el de unos socios que además no responden personalmente con sus bienes de las deudas sociales.

2. VIGENCIA ACTUAL DE LA DOCTRINA DE LOS LLAMADOS ACTOS NEUTROS. Con anterioridad a la reforma mercantil llevada a cabo por la Ley 19/1989, de 25 de julio, que supuso la recepción en España del Derecho Comunitario en materia de sociedades y ha dado lugar a la profunda modificación de todas las leyes reguladoras de las sociedades de capital y del Reglamento del Registro Mercantil, así como de los preceptos del Código de Comercio relativos a dicho Registro, se había planteado frecuentemente, en diversas Resoluciones relativas al Registro de la Propiedad, el problema de la inscripción de ciertos actos relativos a bienes inmuebles realizados por los administradores de las sociedades mercantiles. En dichas decisiones se venía a establecer una doctrina favorable a la inscripción de ciertos actos considerando que solamente aquellos que resultasen clara y terminantemente contrarios al objeto social escapaban de las facultades propias del administrador; mientras que los que no presentaban esta evidente contradicción (pero tampoco aparecían incluidos «a priori» en el objeto) se admitían, denominándolos «actos neutros».

Para comprender el sentido de esta doctrina debemos hacer un poco de historia: antes de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 prevalecía la caracterización de los administradores sociales como simples mandatarios, que dicha Ley vino a superar, estableciendo en su artículo 76 que su representación se extendería a. . . «todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa». Se dotaba, pues, a los administradores de una representación amplísima y de tipo objetivo, pero no para todo tipo de actos, sino solamente para los propios de la empresa. La determinación de cuáles fueran estos actos no ofrecía ninguna duda cuando los administradores se movieran dentro de la esfera de actividades delimitada por el objeto social de la sociedad, pero, como quiera que éste no podía identificarse de modo absoluto con el «giro o

tráfico de la empresa», que no se agota con las actividades descritas en el objeto social, ya que surgen frecuentemente actos necesarios para la marcha de la empresa que no se habían previsto al describir el mismo, surge la doctrina de los llamados actos «neutros», entendidos como aquéllos que sin estar comprendidos dentro del objeto social no resultaban claramente opuestos o contrarios al mismo.

A este tipo de actos se ha referido frecuentemente la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros. La **Resolución de 2 de octubre de 1981** caracterizaba así la problemática inherente al mismo... «*actos neutros en donde normalmente no es factible establecer, a priori, si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social*» (4).

(4) Esta **Resolución de 2 de octubre de 1981** contiene un detenido estudio —con notas de Derecho comparado— del problema de los límites de las facultades representativas de los administradores. Pero, antes de querer aplicar al momento actual la doctrina formulada en la misma, téngase en cuenta que el sistema imperante, ahora, es precisamente el alemán, con arreglo al cual la solución del caso aquí contemplado hubiera sido diametralmente opuesta.

«...Considerando que en el segundo defecto se ha de examinar si entre las facultades del Consejero-Delegado de una Sociedad dedicada a la adquisición de terrenos o construcción de edificios para explotarlos en forma de arriendo se encuentra la de poder constituir una hipoteca sobre una finca propiedad de la Sociedad hipotecante, en garantía de una deuda no propia, sino de otra sociedad, cuestión que lleva primordialmente a la función que desempeña el objeto social como límite de las facultades de los Administradores.

Considerando que la materia del objeto social presenta una notable complejidad, ya que entre otras cuestiones ha de tratar de cohonestar el principio de seguridad del tráfico y la consiguiente protección al tercero de buena fe —que no está en disposición de conocer si un acto está o no incluido dentro del objeto social— con el también principio de defensa del interés social y del interés del socio singular a no ver frustrado el contenido del objeto social, y cuando la salvaguardia plena de ambos principios no es posible se observa que el Derecho comparado muestra una tendencia a adoptar o aproximarse al sistema germánico que da primacía a la protección del tercero y a la seguridad en el tráfico

Considerando que la escasez de normas que sobre esta materia se contiene en el Derecho español, y que se concreta fundamentalmente en los artículos 286 del Código de Comercio, 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ha originado una abundante jurisprudencia de este Centro Directivo que puede resumirse en la siguiente doctrina: a) el objeto social ha de estar determinado, pero esta determinación no limita la capacidad de la Sociedad, sino las facultades representativas de los Administradores; b) la ineficacia frente a terceros de cualquier limitación en dichas facultades, siempre que se trate de asuntos o actos comprendidos dentro de dicho objeto social, c) que los supuestos que integran ese contenido mínimo de facultades pueden ser ampliados por las propias Sociedades a otros actos al autorizar el órgano administrativo su realización, ya sea en los propios Estatutos, ya sea por acuerdo del órgano competente para un determinado acto concreto.

Considerando que si bien en el caso en que los actos realizados por los administradores están claramente incluidos dentro del giro y tráfico de la empresa, aparece facilitada la calificación registral, la cuestión ofrece serias dificultades cuando se trata de un acto más que extraño al objeto social, de aquéllos que la doctrina conoce con denominación de actos neutros en donde normalmente no es factible establecer, a priori, si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social

Por su parte, las **Resoluciones de 12 y 16 de mayo de 1989** establecieron: *«...Resulta de todo ello que el Consejero-Delegado se halla expresamente facultado para constituir garantías reales (y, por tanto, hipotecas) en favor de terceros, si tales actuaciones caen dentro del ámbito definido por el objeto social o son instrumento idóneo para su consecución, y a este respecto debe recordarse la reiterada doctrina de este Centro que para los actos denominados neutros dispone su inscripción, salvo contradicción clara con el objeto social y sin perjuicio del derecho de los interesados para discutir ante los Tribunales acerca de la validez del acto por extralimitación de las facultades de los Administradores, en virtud de elementos o medios probatorios que trascienden a la calificación registral...»*

Considerando que los criterios que se han pretendido observar para determinar de una manera objetiva si el acto se encuentra o no comprendido dentro del objeto social —como podría ser la concreción de dichos actos en los Estatutos Sociales, y entender que sólo los allí enumerados serían los únicos que pueden llevar a cabo los Administradores o el criterio de la exorbitancia del acto en relación a su capital social— no pueden ser tenidos en cuenta de una manera absoluta por el Registrador, sino como un indicio o factor más a tener presente en la calificación, ya que por anticipado es imposible prevenir en unos Estatutos todos los actos que pueden ser necesarios para el logro del objeto social, y tampoco el criterio cuantitativo delimita en términos absolutos esta cuestión, por todo lo cual, y teniendo en cuenta además —art. 3.1.º Código Civil— que las normas se han de interpretar con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu y finalidad, y que esta realidad nos muestra una universal tendencia a proteger el tráfico mercantil, lo que unido a que, como ya se ha indicado, no es la clase de acto en sí mismo lo que ha de tenerse en cuenta para saber si está o no comprendido dentro del ámbito del giro o tráfico de la empresa, hay que concluir que ponderados todos los factores y salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social, habrá en principio de procederse a su inscripción.

Considerando que todo lo expuesto anteriormente no significa que a la regulación estatutaria del objeto social se le atribuya un alcance meramente interno, como sucede en el Derecho alemán y en la mayoría de los Derechos europeos, en el sentido de que los Administradores que hubieren desatendido o se hayan extralimitado en su función, serían responsables por los daños ocasionados a la sociedad al ejercer una actitud extraña al objeto social, y sin que afectara para nada su actuación a la validez del acto, pues en la legislación española en vigor, aparte la acción de responsabilidad establecida en el artículo 80 de la Ley, cabe a las partes contender y discutir ante los Tribunales acerca de si el acto fue o no realizado *ultra vires* por los Administradores, al disponerse de una serie de medios de prueba y elementos de juicio de que se carece al realizar la función calificadoradora, y que en consecuencia quepa que sea declarada su nulidad.

Considerando que en el caso de este expediente puede el Consejo de Administración con arreglo al artículo 20 de los Estatutos, prestar los afianzamientos o avales que puedan ser necesarios para el cumplimiento del objeto social, *lo que no resuelve en concreto la cuestión, que queda sometida a toda la problemática y dificultades ya señaladas*, y aún cuando esté autorizado a hipotecar según el apartado g) del mismo artículo, tal facultad hay que relacionarla con el más singular precepto estatutario del artículo 2, en el que tras establecer que el objeto exclusivo de la Sociedad es la adquisición o construcción de fincas urbanas, se indica que accidentalmente pueda la Sociedad enajenar inmuebles sin modificar los Estatutos y por simple acuerdo de la Junta General, por lo que al envolver la hipoteca una posible enajenación forzosa del inmueble hay que entenderla incluida dentro de los actos que necesitan este previo acuerdo social, en tanto no se modifiquen los Estatutos para adecuarlos a la nueva realidad surgida tras la entrada en vigor del Decreto de 25 de febrero de 1977...»

Estas teorías, destinadas a facilitar el tráfico de la empresa mercantil y ampliar el poder de representación de los administradores presentaban el inconveniente de acarrear cierta inseguridad, ya que los actos realizados por el administrador podían ser revocados a instancia de la sociedad, pero la formulación del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 no permitía ir más allá a la hora de objetivar la representación de los órganos sociales. Sin embargo, el texto actual de dicha Ley, y, sobre todo, la Primera Directiva CEE han dado al traste de modo definitivo con esta doctrina, que ha quedado totalmente superada.

En el sistema de la Ley de 1951 el objeto social marcaba el límite «mínimo y máximo» del poder de representación de los administradores, existiendo el sistema de los actos neutros, complementarios y colaterales a modo de válvula de escape a través de la cual se podía dar salida a los casos dudosos.

En el Régimen implantado por la Ley 19/1989, la representación del administrador no está condicionada por el objeto social, excepto a efectos puramente internos. De cara a los terceros, no cabe plantearse ningún problema en torno a la suficiencia de las facultades del administrador, cuya representación se extiende a todos los actos que realice en nombre de la sociedad, sin necesidad de tener en cuenta para nada la cláusula estatutaria relativa al objeto social.

Llama poderosamente la atención, por tanto, que todavía existan dudas a este respecto. Probablemente, la más significativa de entre las Resoluciones actuales, relativas al Registro de la Propiedad, en las que se toca el tema de las facultades de los administradores en relación con el objeto social de las entidades mercantiles, sea la de 3 de octubre de 1994, pero también vale la pena examinar otras, como la de 11 de noviembre de 1991, y sobre todo compararlas con las relativas al Registro Mercantil, también posteriores a 1990, año que podemos considerar como de la recepción del Derecho Comunitario Europeo.

Resolución de 11 de noviembre de 1991: «.. El presente recurso se debate sobre la inscripción de la compraventa de un inmueble... efectuada bajo el imperio de la anterior Ley en favor de una Sociedad Limitada que actúa representada por su Administrador único... en la escritura correspondiente no se expresa el objeto social de la Entidad compradora... ..Si bien es cierto que el objeto social constituye el punto de referencia obligado para determinar el límite del poder de representación de los administradores, los medios que éstos pueden utilizar no tienen más límites que los derivados de la Ley, la moral y el orden público...

...procede acceder a la inscripción del acto... toda vez que, a priori, no cabe determinar si está, no dentro de las facultades conferidas, no sin advertir al fedatario —y más, tras la reforma realizada en esta materia con posterioridad al otorgamiento de la escritura discutida—, la utilidad y conveniencia de expresar el objeto social o la autorización de la Junta —que en este caso existía— en los documentos que sobre esta materia autorice por la trascendencia que el acto puede tener, sino en orden a su inscripción, al menos en cuanto a liberar de responsabilidad al Administrador, si surgiese cuestión sobre ello. »

Resolución de 3 de octubre de 1994: «1. En el presente recurso se debate exclusivamente sobre la inscripción en el Registro de la

Propiedad de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgada en representación de la sociedad prestataria e hipotecante por el Administrador único con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil, lo cual queda debidamente acreditado en el título calificado. El Registrador suspende la inscripción por no acreditarse las facultades del representante de la entidad prestataria para tomar dinero a préstamo.

2. Si se tiene en cuenta: *a)* que por determinación legal el ámbito de representación del administrador de una Sociedad Anónima se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social (*vid.* art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas); *b)* que como ya declarara esta Dirección General (*vid.* Resolución de 11 de noviembre de 1991) es muy difícil apreciar, a priori, si un determinado acto queda incluido o no en ese ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad (toda vez que la conexión entre aquél y el objeto social tiene en algún aspecto matices subjetivos —sólo conocidos por el administrador— participa en muchas ocasiones del factor riesgo implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden, por medios indirectos, resultados negociales propios del objeto social), hasta el punto que ni siquiera puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante; *c)* que es doctrina consagrada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* Sentencias de 14 de mayo de 1984, 24 de noviembre de 1989 y Resoluciones de 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1989) la de la inclusión en el ámbito del poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente, no los actos ajenos al objeto mismo, sino los claramente contrarios a él, esto es, los contradictorios o denegatorios del mismo, *d)* que en el acto ahora cuestionado —tomar dinero a préstamo con garantía hipotecaria, no concurre ninguna circunstancia que permita apreciar su inequívoca contradicción con el objeto social, sino que, por el contrario, se trata de una de esas actuaciones que la doctrina ha dado en calificar de neutros o polivalentes; deberá concluirse en la procedencia de la inscripción cuestionada, todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador la responsabilidad procedente si su actuación estuviese desconectada del objeto social, o incluso la anulación si concurriesen los requisitos necesarios (art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el Auto apelado».

En todas estas Resoluciones se continúa insistiendo en la doctrina tradicional: el objeto social marca los límites, mínimo y máximo, del poder de

representación de los administradores. Lo cierto es que se ha llegado siempre a la solución correcta: autorizar la inscripción del acto, razonando que normalmente se trata de actos neutros, o al menos, no contrarios al objeto social (o dicho de otro modo, que, a priori, no permiten al Registrador pronunciarse acerca de esa contradicción) pero con ello se está haciendo uso de una vía argumental que —después de la promulgación de la Ley 19/1989— se me antoja equivocada y, lo que es peor, que no deja muy bien parada a la función calificadora del Registrador; por las siguientes razones:

1. La argumentación es discutible en el sentido de que juega con la vieja doctrina del acto neutro, y no tiene en cuenta la normativa vigente al tiempo de resolver el caso discutido. Sin perjuicio de volver sobre este punto más adelante, hago hincapié ahora en que, sobre todo la citada Resolución de 3 de octubre de 1994, no aplica el tantas veces citado artículo 9 de la Primera Directiva del Consejo 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968; ni el propio artículo 129 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas y se pierde en una serie de disquisiciones acerca de la dificultad de hallar la conexión del acto dispositivo con el objeto social. A mi juicio, es en estas normas donde está la solución de todo lo que se discute y con su aplicación sobran el resto de los argumentos.

2. No sale muy bien parada la calificación —y reflejamente la propia Institución Registral— porque según estas Resoluciones, cuando se afronta el problema de los actos del administrador que «*no parecen estar comprendidos en el objeto*», al Registrador le resulta imposible apreciar estas circunstancias, dadas las limitaciones en que se mueve —en cuanto a la *cognitio* de los hechos— la calificación registral, y en vista de ello, lo que debe hacer es inscribir a expensas de la eventual invalidez del acto dispositivo. Esto es insostenible hoy en día y hay que decirlo claramente: con todo esto se está tergiversando la antigua doctrina del llamado «acto neutro», hurtando además la aplicación de normas de elevado contenido registral (el art. 9 de la Directiva y el 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) creando con ello una falsa impresión de que el Registro de la Propiedad puede llenarse impunemente de actos dispositivos de dudosa validez cuando lo que resulta de la Directiva y del artículo 129 es todo lo contrario: son actos perfectamente válidos mientras la sociedad no demuestre dos cosas (que son casi imposibles de probar en la práctica) que el tercero conocía la finalidad contraria al objeto social que tenía el acto realizado por el administrador y que había mala fe y culpa grave por su parte.

Mucho más se puede decir de todo esto, pero esta vez no quisiera ser prolijo con los precedentes jurisprudenciales, los cuales están, por otra parte, bastante desenfocados desde el punto de vista estrictamente registral a causa del cambio legislativo operado en 1990. Prefiero enunciar una tesis: las doctrinas acerca de los actos llamados «neutros» que formulaba la Dirección General antes de la citada reforma legal eran perfectamente válidas en su época, porque no había otro instrumento que permitiera conciliar una razonable fluidez del tráfico jurídico con la deseable seguridad de los derechos inscritos, que no fuera ese juego de presunciones en que se basaba aquella doctrina del acto neutro. Hoy en día, cuando hay preceptos que establecen de forma clara y tajante que todos los actos que realice el administrador obligan a la sociedad, aunque resulte del objeto social publicado por el Registro que

dichos actos están claramente fuera del mismo, no se puede seguir apelando a la doctrina del acto neutro en sede registral, porque sólo conduce a devaluar la Institución y la función calificadora.

A mayor abundamiento, esta doctrina, hoy superada, se está aplicando *a fortiori*; las Resoluciones que cito en este trabajo entran, a veces, en prolijas disquisiciones acerca de pretendidas deficiencias del sistema registral a la hora de controlar la seguridad del tráfico jurídico. Lo cierto es que obstinarse en mantener actualmente aquella doctrina (hoy muerta e innecesaria), supone extralimitar de tal modo los supuestos para los que tuvo sentido aplicarla, que se le hace perder su carácter excepcional, convirtiendo en axioma lo que la prudencia de los redactores anteriores a 1990 formuló como solución para casos excepcionales en que existía una laguna legal que hoy, desde la Directiva citada, ha dejado de existir.

Es lamentable que hoy, después de que la reforma de 1990 lleva varios años en aplicación, vengamos arrastrando, todavía, en el Derecho Registral Mercantil el viejo problema de que nos falte soporte dogmático para inyectarlo de una vez en los sistemas registrales de corte germánico. El peso de una Doctrina tradicionalmente contraria al carácter jurídico del Registro Mercantil se deja sentir todavía en los modos de interpretar las leyes. El artículo 9 de la Directiva ha sido criticado por algunos sectores de la doctrina como una imposición alemana, poniendo en tela de juicio su aplicación práctica en nuestro país sin tener en cuenta su carácter imperativo para todos los estados miembros de la CEE y para quienes hemos de aplicar las leyes.

Hoy en día, sin embargo, también existen autores con otros puntos de vista; nuestro país se ha incorporado al sistema europeo y, guste a todos o no, hemos asistido al nacimiento de un Registro Mercantil verdaderamente técnico y que aspira a llegar a serlo tanto como lo es el de la Propiedad, considerado por muchos como uno de los más perfectos de Europa; por eso me atrevo a insistir en este comentario y a poner reparos a decisiones regresivas como la que ahora lo motiva.

3. ORIENTACIÓN GERMANISTA DEL REGISTRO MERCANTIL ACTUAL. Un Registro de carácter técnico tiene que inspirarse en los principios germanistas, como en su día lo hizo el de la Propiedad; nada hay más técnico, desde el punto de vista registral, que la objetivación de la representación mercantil, de marcado corte germánico. De estos sistemas es fiel reflejo el artículo 9 de la Directiva, a tenor del cual los administradores gozan de una representación ilimitada: al tercero le basta comprobar que contrata con el representante de la sociedad para sentirse seguro. *No se trata de una presunción, sino de una norma imperativa*: si el administrador se extralimita incurrirá en responsabilidad ante la sociedad y ante los socios, representados por el consejo de vigilancia, pero *la validez del acto es indiscutible de cara al tercero que contrató con dicho administrador, y éste es exactamente el mismo sistema que rige en España y en el resto de la Europa comunitaria*.

Es de suma importancia resaltar este extremo. La protección otorgada al tercero es indiscutible y se abstrae por completo del contenido de la cláusula estatutaria relativa al objeto social. Por tanto, hoy en día carece totalmente de sentido seguir planteándose aquella problemática del acto neutro: la única posibilidad de anulación es la prueba, por parte de la sociedad, de que hubo mala fe por parte de dicho tercero, y en connivencia con el administrador; con la importante limitación, además, de que el solo hecho de resultar contrario

dicho acto al objeto social inscrito (*Rectius*: publicado en el BORME) no constituye por sí solo esa prueba.

Saliendo al paso de las críticas que pueda merecer este sistema, por los excesos o abusos en que pueden incurrir los administradores, hay que recordar que en el ámbito mercantil siempre ha sido tradicional la objetivación de la representación, y siempre ha prevalecido la seguridad del tráfico sobre la del derecho (cfr. arts. 85 y 324 del Código de Comercio). Por otra parte, la disyuntiva en este caso sería hacer recaer sobre los terceros las consecuencias de una actuación abusiva por parte del administrador y no encontramos argumentos que lo justifiquen, si queremos mantener un mínimo de fluidez en el tráfico. Los socios, que no responden personalmente de las deudas sociales, y son los únicos responsables de haber elegido al administrador, no merecen mayor protección que los terceros que contratan con él fiados en esa representación amplísima y no susceptible de limitaciones que le atribuyen las leyes en la Europa Comunitaria.

En conclusión, para asegurarse (5) de la validez de los actos dispositivos recayentes sobre bienes inscritos a favor de una sociedad mercantil, basta acreditar que actúa representada por su administrador.

Finalmente, debemos aclarar que para el despliegue de esta protección no hay necesidad de hacer referencia al objeto social de la sociedad; la Resolución de 11 de noviembre de 1991 (relativa al Registro de la Propiedad) que en sentido puramente admonitivo indica al Notario la conveniencia de hacer constar el objeto social, no tiene más valor, en este aspecto, que el de formular una benévola advertencia al mismo: que se asegure de que el adquirente conoce el objeto social, previendo la eventualidad de que se interponga alguna demanda de nulidad; porque en caso contrario, el Notario sí que podría haber incurrido (6) en responsabilidad. El Registrador de la Propiedad no puede ni debe entrar en indagaciones acerca de la buena fe de las partes y por eso no necesita siquiera conocer el objeto social (no lo va a publicar como parte del asiento que refleja el acto dispositivo), pero esto no es una limitación de sus facultades calificadoras ni una deficiencia de la institución registral: es consecuencia de la apariencia de validez de que dota al acto el hecho de la intervención notarial; lo mismo que el juicio de capacidad o la identificación de las partes o la autenticidad de la fecha.

En este sentido, comprendo y hasta justifico ciertas dudas y vacilaciones que percibo en las Resoluciones del Registro de la Propiedad, porque esa

(5) En este concepto de representación y poder de disposición «a priori».

(6) En efecto, como es sabido, en el sistema del Notariado Latino el Fedatario no se limita a identificar las firmas de los otorgantes, sino que debe asegurarse de la capacidad, representación, etc., y debe también asesorar a éstos (función primordial que siempre reivindica nuestro Notariado) Pues bien, si la Directiva —y sobre todo el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas— admite la posibilidad de que el tercero pierda su protección en caso de probarse que conocía la contradicción entre el acto celebrado y el objeto social, «con culpa grave»... parece que, por lo menos el Notario, para poder cumplir su deber de asesoramiento, debe asegurarse de que dicho tercero conoce efectivamente el objeto social. Lo lógico, por tanto, es que refleje en la escritura dicho objeto y la circunstancia de habérselo dado a conocer a dicho tercero, ya que, de lo contrario, podría incurrir en responsabilidad por no haber examinado y advertido de dicha contradicción. Por este motivo, la Resolución de 11 de noviembre de 1991 le advierte de la conveniencia de recogerlo en el título.

objetivación absoluta de la representación parece invocar sistemas abstractos que se compaginan muy mal con la concepción causalista del negocio jurídico que nuestro sistema hipotecario ha sabido mantener. La interpretación de esta norma comunitaria debe ser manejada con suma cautela, porque no se debe excluir «a priori» que existen supuestos en que la contradicción con el objeto social pueda ser notoria, obligando al Registrador a formular una calificación negativa, y más adelante volveremos sobre ello; sólo quiero resaltar, por ahora, que la aplicación de la Directiva es perfectamente compatible con la calificación de la causa del negocio dispositivo, y que la objetivación de la representación no excluye ni limita en modo alguno las facultades del Registrador para juzgar de la licitud de aquél.

Había mencionado anteriormente mi opinión de que la norma de la Directiva tiene un elevado contenido registral porque evita la necesidad de hacer averiguaciones más o menos aventuradas acerca de la finalidad del acto dispositivo que realiza el administrador y de su conexión con el objeto social. En este sentido, la **Resolución de 3 de octubre de 1994** enunciaba un razonamiento muy sensato: no puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar (el administrador) y el objeto social... pero es que esto es justamente lo que dice la Directiva: las limitaciones de las facultades dispositivas del administrador que eventualmente resulten de las cláusulas estatutarias, tienen siempre un alcance puramente interno.

Finalmente, quiero terminar este trabajo con dos observaciones que prueban cómo en otras ocasiones se aplica el régimen de objetivación de la representación sin reticencias ni temores de ninguna especie:

1 El vigente Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, ha prohibido terminantemente que se inscriban las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos. Se considera que las mismas son superfluas e inducen a confusión acerca de las verdaderas facultades de dicho órgano.

2. Con anterioridad a la que motiva este comentario se han dictado numerosas Resoluciones relativas al Registro Mercantil que han obligado a precisar el alcance meramente interno de las cláusulas estatutarias limitativas de las facultades de los administradores, considerando esta precisión como *condictio sine qua non* para permitir el acceso al Registro de dichos estatutos, o incluso, llegando a rechazarlos de plano por inducir a confusión en ese sentido.

Nos limitamos a recoger las Resoluciones posteriores a la entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de julio:

Resolución de 11 de marzo de 1992. «...*Es doctrina reiterada de este Centro directivo, que se inicia en la Resolución de 24 de febrero de 1923, y se refuerza en las restantes citadas en los Vistos hasta llegar a la de 11 de noviembre del pasado año, que el Consejo de Administración, y en este caso por delegación el Comité ejecutivo, es el único órgano externo de la sociedad que la dirige, gobierna y representa con extensas facultades, y por eso las limitaciones estatutarias sólo producen límites internos que se traducen en responsabilidad de los Administradores frente a la sociedad y no perjudican a tercero de buena fe cuando aquéllos sobrepasan tales límites; artículos 76 LSA de 1951 y 129.1 de la vigente...*»

Resolución de 8 de junio de 1992, rectificada por la de 1 de septiembre de 1992. La primitiva resolución consideraba que la autorización a los administradores para *«participar en otras Sociedades constituidas o en período de constitución»* supone un desarrollo indirecto del objeto, que genera confusión e indeterminación y, por consiguiente, no es inscribible. La rectificación afirmó que no hay tal desarrollo indirecto del objeto, y, por tanto, puede inscribirse la cláusula... *«La suscripción o posterior adquisición por una Sociedad Anónima de acciones o participaciones sociales de una entidad que tenga un objeto social diferente no implica, necesariamente, para aquélla, una actuación ajena a su objeto social...»*

Resoluciones de 13, 14 y 15 de octubre de 1992. *«La previsión estatutaria de la necesidad de autorización de la Junta para el otorgamiento de poderes por el administrador, no sólo carece de eficacia al objeto de excluir la plena validez de los que sin ella puedan otorgarse sino que debe ser excluida del Registro en tanto no se precise debidamente el alcance meramente interno de la necesidad de tal autorización...»*

Resolución de 12 de julio de 1993. Se estipula en los estatutos que para la enajenación y gravamen de inmuebles se precisa acuerdo de la junta general. Se deniega su inscripción... *«Si se tiene en cuenta que en las hipótesis de pluralidad de Administradores solidarios el poder de representación corresponde, por ministerio de la Ley, a cada uno de aquéllos individualmente, quedando excluida de la autonomía de la voluntad la alteración de este esquema legal... deberá rechazarse el acceso registral de la cláusula debatida, en tanto en ella no se precise debidamente el alcance meramente interno de esta necesidad de autorización de la Junta para los actos cuestionados. »*

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

POR ELENA MÚGICA ALCORTA

OBLIGACION «PROPTER REM» DE NO SOBREEDIFICAR. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1996.)

Hechos.—En escritura pública de segregación y compraventa se estipuló que el vendedor sólo podría edificar en una porción de la finca matriz que se reservaba hasta determinada altura máxima. Posteriormente sobre la finca segregada se construyó un edificio, cuyos pisos fueron enajenados con constancia de aquella limitación en el título.

Doctrina de la sentencia—El propio beneficiario de aquella limitación de no sobreedificar vino como a ceder el derecho a su exigencia a los adquirentes de los pisos al incluirse el contenido de dicha cláusula en sus respectivas escrituras de compraventa, posibilidad negocial que, al debatirse su exigencia dentro de la esfera de los obligados directos o causahabientes por traslación de los derechos así gestados, no sólo no viola el artículo 1 257 del Código Civil, sino que se ampara en la libertad negocial del artículo 1 255 del Código Civil, que también, siguiendo la mejor doctrina, debe funcionar aun cuando el contenido de esos derechos equivalga a una suerte de obligación *propter rem* a cargo de la parte constreñida al gravamen de no sobreedificar.

Comentario.—En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de junio de 1990 declaró que la condición de no construir asumida personalmente por el primitivo vendedor en su configuración técnico-jurídica comporta una obligación de prestación negativa o *non facere* incluíble en la específica categoría de las sujeciones atípicas *propter rem* en las que el titular del fundo abdica de su facultad de ejercicio de construir en favor de quienes con él contratan y de sus causahabientes.

Las obligaciones *rei*, *propter rem* o ambulatorias son aquellas relaciones jurídicas obligatorias cuyo sujeto pasivo está determinado no personalmente sino por ser titular de un derecho real sobre una cosa y que se transmiten o extinguen con el derecho real individualizador (*ambulant cum dominio*). Como decía FÉLIX FERNÁNDEZ GIL, se caracterizan por las notas de:

- accesoriedad, respecto de un derecho real, cuya suerte siguen;
- especial designación del sujeto pasivo a través de la titularidad de un derecho real;
- ambulatoriedad, transmisión de la obligación por la transmisión del derecho real;
- facultad de renuncia y abandono liberatorios, la prestación puede dejar de cumplirse si el deudor renuncia o abandona el derecho real; y
- no aplicación del dogma de la autonomía de la voluntad, no hay más obligaciones *propter rem* que las reconocidas por la Ley.

La primera de estas notas concurre también frecuentemente desde el lado del acreedor, y así sucede en la situación fáctica de la sentencia que aquí comentamos, pues como ha puesto de relieve ABERKANE la figura es, en ocasiones, un medio técnico para solucionar los conflictos que surgen entre propietarios vecinos.

La nota de la tipicidad, fundada en la quiebra que la obligación *propter rem* supone al principio de eficacia relativa de los contratos (art. 1.257, párr. 1.º del Código Civil), no es unánimemente aceptada. Así, DÍEZ PICAZO y GULLÓN admiten su creación por los particulares, si bien reconocen la dificultad de deslindar la obligación de contenido negativo de la servidumbre negativa (art. 533, párr. 2.º del Código Civil).

En cuanto al problema de su acceso al Registro de la Propiedad, afirman estos mismos autores que la constancia registral es indiscutible en la hipótesis de obligaciones *propter rem* establecidas como parte del contenido de un derecho real en virtud del principio de autonomía de la voluntad cuyo despliegue permite la Ley (arts. 470, 594, 598 del Código Civil y 5 de la LPH); en los demás casos tampoco debe rechazarse su inscripción en la práctica cuando sean cauce de satisfacción de necesidades que de otro modo no se podría lograr o se alcanzaría de manera precaria. Con un criterio más rigorista, la Resolución DGRN de 21 de octubre de 1980, ante un caso de regulación de conjunto inmobiliario mediante el establecimiento de servidumbres o limitaciones recíprocas entre los distintos edificios, señaló que «la indudable utilidad que han de prestar las servidumbres que se pretenden establecer las encuadran dentro del marco general exigido por el artículo 530 del Código Civil y las obligaciones que impone a los que sean propietarios de cada uno de los inmuebles que se vayan formando, las incluye dentro de las llamadas servidumbres *propter rem*, por lo que así configuradas pueden ser inscritas en el Registro al quedar las mencionadas obligaciones fuera del alcance del artículo 98 LH».

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1996.)

Se aprecia en el supuesto litigioso la concurrencia de los tres requisitos que condicionan la prosperabilidad de la acción reivindicatoria: a) el negocio objeto de reivindicación era propiedad de la comunidad conyugal continuada (arts. 60 a 71 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, Ley 15/1967, de 8 de abril) existente entre los actores y el demandado; b) el aludido negocio es exactamente el mismo que ha venido poseyendo, en calidad de administrador, el demandado; y c) éste no ha probado haber adquirido el dominio exclusivo, que se atribuye, del repetido negocio.

**TERCERÍA DE DOMINIO. INTERPUESTA POR EL COMPRADOR EN COM-
PRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO. ADQUISICIÓN DE DOMINIO:
EN COMPRAVENTA CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO. (SENTENCIA
DE 3 DE JULIO DE 1996.)**

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, en Sentencias de 16 de julio de 1993 y 23 de febrero de 1995, tiene declarado que en la venta con reserva de dominio asiste al comprador la facultad de ejercitar la tercería de dominio aunque no haya satisfecho la totalidad del precio al tiempo de los embargos, ya que no se puede privar al adquirente de la posibilidad de ejercitar las acciones procedentes para la conservación de sus derechos. Las ventas con reserva de dominio actúan como instrumentos jurídicos para garantizar el pago de lo que se vende, de tal manera que el incumplimiento por parte del comprador produce la resolución expresa del convenio, al pactarlo expresamente, pero no desvirtúa ni deriva el contrato hacia orientaciones que no se concilien con el dominio, aunque sea resoluble, el cual se transmitió al adquirente, integrando su patrimonio, si bien con restricciones dispositivas en tanto no pagara el total y, por ello, no se encuentra en situación de simple poseedor de bienes ajenos, sino más bien de poseedor a título de legítimo dueño.

Comentario.—Dice SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA, en *La tercería de dominio según la jurisprudencia última*, que la legitimación del comprador de bienes sometidos a reserva de dominio para interponer tercerías de dominio, creciente y justamente reconocida por la jurisprudencia, es inexplicable desde la concepción que equipara la tercería a la acción reivindicatoria, en cambio, cobra plena justificación si la tercería no se relaciona con un preexistente derecho de propiedad, sino con cualquier otro oponible al embargo. A las sentencias citadas pueden añadirse las de 19 de mayo de 1989 y 12 de marzo de 1993; así como la Sentencia AP de Madrid, sección 10.ª, de 4 de octubre de 1993 y la Sentencia TSJ de Navarra, de 17 de junio de 1992. En sentido opuesto, las de 11 de julio de 1983 y 10 de diciembre de 1991.

**PROPIEDAD HORIZONTAL. URBANIZACIÓN. LEGITIMACIÓN PROCESAL
DEL PRESIDENTE. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS COMUNES. ADQUI-
SICIÓN DE DOMINIO. EN NEGOCIO FIDUCIARIO. ACCIÓN CONTRA-
DICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS. SUPUESTO DE ACCIÓN PERSONAL
CON TRASCENDENCIA REGISTRAL. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1996.)**

La Sala Primera del Tribunal Supremo tiene reconocida la validez de las supracomunidades; tanto doctrinal como jurisprudencialmente se admite en el caso de las urbanizaciones la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración, la propia y exclusiva de cada edificio y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios, pero hallándose ambas sometidas en cuanto a su organización y funcionamiento (a falta de una organización específica de la segunda), no a la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, sino al régimen de la LPH de 21 de julio de 1960. La urbanización se registrará primero por sus estatutos; si no existen o para complementarlos por la LPH, aplicada de modo análogo, y también puede registrarse, si así se establece expresamente, creando una asociación, cual ocurre en el caso debatido.

Las comunidades de propietarios (sean de un edificio, sean de una urbanización) carecen de personalidad jurídica, aunque no puede desconocerse la legitimación procesal que a su presidente le confiere el artículo 12 LPH.

Los negocios fiduciarios constituyen medio indirecto y fuera de los contratos típicos para obtener un resultado, que no puede motejarse de contrato ficticio, aparente, simulado o disimulado, sino existente y querido por las partes contratantes que lo elaboran mediante un acto formal mixto e integrado por dos independientes pero de finalidad unitaria, uno de naturaleza real, por el que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional que constriñe la devolución de lo adquirido cuando se dé la circunstancia prevista como finalidad o motivo causalizado, constituyéndose en su conjunto como contrato causal, conforme al artículo 1.274 del Código Civil, siendo justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la transmisión, que operará plenamente frente a terceros, pero no *inter partes*, porque el derecho de propiedad no accede de modo definitivo al patrimonio del fiduciario, que en modo alguno puede considerarse tercero y que al pretender la adjudicación definitiva, sin causa para ello, actúa de mala fe y forma fraudulenta.

No se produce infracción del artículo 38, párrafo 2.º LH por la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de los asientos existentes en el Registro de la Propiedad contradictorios, aunque la acción principal ejercitada tenga carácter personal y de condena, cuando ciertamente produce después efectos reales al destruir una titularidad formal. También se ejercitó una acción contradictoria del dominio que no es necesario calificar de reivindicatoria y que trasciende después al Registro.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1996)

La identificación de la finca reivindicada es requisito básico de la acción reivindicatoria.

PRIORIDAD REGISTRAL. FE PUBLICA REGISTRAL. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1996.)

El principio *prior tempore potior est iure* no es suficiente cuando entra en juego el mecanismo registral característico del sistema inmobiliario español, donde la prioridad es preciso ponerla en relación con el Registro de la Propiedad, por lo que en caso de doble venta de un inmueble urbano, en la que el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil) no inscribe en el Registro de la Propiedad y el posterior sí realiza la inscripción a su nombre, confiere a este último la propiedad, siempre que medie buena fe, que en materia de derechos reales no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento.

El adquirente que inscribe ostenta la cualidad de tercero hipotecario, conforme al artículo 34 LH, es decir, que, conforme al artículo 32, los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no le perjudican; y si es válido el título adquisitivo al tercero del artículo 34 no le afecta la excepción del artículo 33.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE PLURALIDAD DE OBJETOS. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1996.)

La división de la comunidad sobre una multitud de objetos no puede producirse por la voluntad unilateral de uno de los comuneros respecto a uno solo de aquellos objetos, acudiendo al artículo 400 del Código Civil, ya que es un precepto pensado para otro supuesto distinto, esto es, para cuando lo que está en comunidad es un único objeto. Precisamente el artículo 406 del Código Civil ordena la aplicación de las normas de la división de herencia a los partícipes en la comunidad en la división de ésta, lo que se adapta perfectamente a la situación en la que lo que está en comunidad es una pluralidad de objetos.

ADQUISICION DE DOMINIO: EN COMPRAVENTA DE BIEN MUEBLE CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO TERCERIA DE DOMINIO. INTERPUESTA POR EL VENDEDOR DE BIEN MUEBLE CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1996.)

El pacto de reserva de dominio, reconocido en su validez por la doctrina uniforme de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y por virtud del cual en el contrato de compraventa el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, viene a constituir simplemente una garantía de cobro del precio alzado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada. Tal pacto viene expresamente reconocido como una de las garantías que válidamente pueden establecer los contratantes en el artículo 6.12 de la Ley de 17 de julio de 1965 sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos y será oponible a terceros si los contratos en que se inserten se inscriben en el Registro a que se refiere el artículo 23.2 de la Ley. Por otra parte, es reiterada la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en que se reconoce a favor del vendedor la acción de tercería de dominio para obtener el alzamiento de los bienes muebles vendidos con sujeción a la Ley de 1965 y sobre los que se haya pactado la reserva de dominio, siempre que conste su inscripción en el Registro especial con anterioridad al embargo trabado.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1996.)

La condición de tercero hipotecario protegido por la fe pública registral, en cuanto cualidad o situación estrictamente personal que beneficia al adquirente que reúne los requisitos exigidos por el artículo 34 LH, no se transmite automáticamente, *ope legis*, a los posteriores adquirentes a título oneroso, si éstos no reúnen también los requisitos exigidos por dicho precepto.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE COSA ESENCIALMENTE INDIVISIBLE. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1996.)

Uno de los modos o formas a través de los cuales puede cristalizar la facultad divisoria o extintiva de la comunidad, cuando el bien comunitario sea

un edificio y así lo pida uno de los condueños, es mediante la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, conforme autoriza el artículo 401, párrafo 2.º del Código Civil, pero dicho peculiar modo de extinción comunitaria para poder desplegar la finalidad a que está llamado, exige que las características del edificio lo permitan, lo que ha de entenderse tanto desde el punto de vista meramente estructural o arquitectónico sin tener que acudir a la realización de importantes y sustanciales obras, cuanto desde las perspectivas de las adjudicaciones de pisos o locales independientes que hayan de hacerse a cada uno de los condueños, en función de sus respectivas cuotas o participaciones indivisas y para el pago de las mismas.

Cuando originariamente el edificio no reúna las características a que se refiere el artículo 396 del Código Civil, se dan las circunstancias precisas para la venta en pública subasta de la finca y el subsiguiente reparto del precio obtenido entre los comuneros, al concurrir las circunstancias de hecho y jurídica de esencial indivisibilidad de la finca común. La apreciación sobre la divisibilidad o indivisibilidad en tal aspecto no es un hecho, sino un concepto valorativo deducible de unos hechos, dependiendo la consideración de tal circunstancia no sólo de la indivisibilidad real, sino también de la indivisibilidad jurídica, configurada ésta por resultar inservible la cosa para el uso a que se la destina, su anormal desmerecimiento si se produce la división, o el origen de un gasto considerable a los partícipes.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. REQUISITOS DE DOMINIO DEL ACTOR Y DE IDENTIFICACION DE LA COSA USUFRUCTO REPARACIONES E IMPUESTOS (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1996.)

La identificación de la cosa es una *quaestio facti* cuya apreciación está atribuida a los Tribunales de instancia.

La titularidad de la concesión objeto de la acción declarativa de dominio no es cuestión que pueda ser resuelta por los Tribunales del orden jurisdiccional civil.

El impago por el nudo propietario del importe de reparaciones e impuestos en modo alguno implica reconocimiento de la pérdida de la cosa usufructuada.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACION DE ESTATUTOS. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1996.)

Cuando el acuerdo de la Junta de Propietarios implica la modificación de reglas estatutarias, es necesaria la unanimidad de los copropietarios.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1996.)

Ante la alegación del deudor de que el requerimiento de pago debió referirse a cantidad vencida, determinada, líquida y exigible, se resalta el estado de pasividad y de indefensión voluntaria en que se colocó aquél, porque nada le hubiera impedido conocer la cantidad que se le reclamaba, pues en el texto de la

cédula se daba referencia exacta del procedimiento que se tramitaba y del Juzgado que lo hacía. La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la falta de requisitos formales del requerimiento ha sido siempre la de negar la nulidad de todo el procedimiento judicial sumario cuando tal requerimiento ha dado a conocer al requerido su existencia, con lo que ha podido adoptar decisiones para la defensa de sus derechos, cortando así las conductas abusivas de alegaciones posteriores por motivos meramente formales.

TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. SOBRE CREDITOS EMBARGADOS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1996.)

Hechos.—Tercería de dominio interpuesta por los titulares de un crédito instrumentado en letras de cambio.

Doctrina de la sentencia—Respecto a la naturaleza y finalidad de la tercería de dominio, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido experimentando una evolución progresiva un tanto vacilante, que va desde una primera posición de equiparación absoluta con la acción reivindicatoria; pasando después por una posición intermedia, en la que sólo a modo de *obiter dicta* se indica la mera analogía, sin posibilidad de identificación, entre ambas acciones; hasta llegar a la concepción más reciente, en la que el objeto de la tercería de dominio ha quedado delimitado y dirigido a liberar del embargo bienes que se encontraban indebidamente trabados, coincidiendo su ámbito de actuación con el de los bienes susceptibles de ser embargados según el artículo 1.447 LEC, afectando tanto a los bienes materiales como a los inmateriales, con la sola condición de que no sean de la propiedad del deudor apremiado.

La inadmisión de la tercería de dominio, cuando se trata de bienes no corporales, entraña un caso calificable de indefensión referida a la liberación de los bienes embargados, al negarse tal derecho a aquellos terceros verdaderos titulares de esos derechos; pero esta indefensión no es absoluta, tiene más bien un carácter restringido, pues al no prejuzgarse en la tercería la existencia del propio derecho de tercero, cabe que éste haga uso de la reserva establecida en el artículo 1.533, párrafo 2.º LEC, cuando determina que «deja a salvo el derecho de tercero para deducirlo contra quien y como corresponda».

Comentario.—La doctrina admite que la tercería de dominio pueda recaer sobre determinados derechos distintos al dominio (usufructo, uso, servidumbre, derechos incorporales, etc.) con la finalidad de excluir de la vía de apremio los que no pertenezcan al ejecutado. La jurisprudencia así lo ha reconocido, estimando las reclamaciones sustentadas en derechos de crédito (Sentencias de 29 de octubre de 1984, que contiene genéricos pronunciamientos permisivos, 11 de abril de 1988; 31 de diciembre de 1996) y en el derecho sobre el piso comprado en construcción [Sentencia de 2 de febrero de 1994, incluso «hipotéticamente, en el caso de (.) falta de *traditio* o modo en el proceso adquisitivo de dominio del bien embargado»].

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS. NO OPERA EL «LITIS CONSORCIO» PASIVO NECESARIO. FE PUBLICA REGISTRAL: NO PROTEGE AL QUE ADQUIERE CON VICIOS EN SU TITULACION. ADQUISICION DE DOMINIO: EN DONACION «MORTIS CAUSA» DOBLE VENTA: NO SE DA CUANDO AL OPERARSE LA SEGUNDA VENTA EL VENDEDOR YA NO ERA PROPIETARIO. (SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 1996.)

De los requisitos que el artículo 34 LH exige para la figura del tercero hipotecario (adquisición del dominio o de algún derecho real sobre bienes inmuebles, de buena fe y a título oneroso, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo e inscripción de dicho derecho a favor del adquirente), el primero de ellos ha sido concretado por reiterada y uniforme jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que el acto adquisitivo del tercero ha de ser necesariamente válido. La cualidad de tercero hipotecario no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe con base en tal acto o negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero; pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo, en el sentido de convalidarlo sanándolo de los vicios de nulidad de que adolezca. Para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero o protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 LH y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación en la Ley Hipotecaria de 1961 y de su colocación sistemática en la Ley actual.

El instituto del *litis consorcio* pasivo necesario tiene por finalidad esencial la de evitar que una sentencia pueda afectar directamente a quien, por no haber sido parte en el proceso, no se le ha dado la posibilidad de ser oído y de defenderse en el mismo, lo que no ocurre con el tercero hipotecario, dado que no le puede afectar en modo alguno la sentencia que recaiga en el proceso, pues la inscripción a su favor ha de mantenerse subsistente en todo caso.

La llamada donación *mortis causa* a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual, desde luego, no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias. Si bien es cierto que la donación *mortis causa* es libremente revocable por el donante, también lo es que dicha revocación ha de hacerse en testamento y de forma suficientemente expresiva de la voluntad de tal revocación.

El artículo 1.473 del Código Civil presupone la coexistencia de dos ventas de una misma cosa a diferentes personas, por lo que no es aplicable cuando una de las transmisiones no fue efectuada por venta, sino por donación. Además, es reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que la tipificación de la doble venta requiere para su existencia que cuando se perfeccione

la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido, ya no se da el supuesto del artículo 1.473 del Código Civil, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma.

CALIFICACION REGISTRAL Y JUICIO DECLARATIVO SOBRE LA VALIDEZ DEL TITULO INSCRIBIBLE SOBRESEIMIENTO RESPECTO DEL REGISTRADOR. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: LEGITIMACION PARA INSTAR LA NULIDAD. (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1996.)

Hechos.—En procedimiento judicial sumario se dictó auto de aprobación de remate, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad fue denegada por adolecer el testimonio presentado de los siguientes defectos: Primero.—No expresar las cantidades exactas que por principal, intereses y costas son objeto de reclamación, lo que hace imposible calificar la observancia del principio de limitación de responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero, consagrado en los artículos 114 y 120 LH. Segundo.—La finca se adjudica al rematante en primera subasta por cantidad inferior al precio de tasación de la finca consignado en el Registro. Contra la nota de calificación el rematante interpuso recurso gubernativo, el cual fue desestimado por el presidente del Tribunal Superior de Justicia. Ante dicha desestimación se solicitó en el procedimiento de ejecución hipotecaria la declaración de nulidad de las actuaciones practicadas y la devolución del precio de subasta, petición que fue denegada por remisión al juicio declarativo correspondiente. Finalmente se ejercitó acción en procedimiento ordinario demandando, junto a numerosas personas, al Registrador de la Propiedad, respecto del cual se acordó el sobreseimiento y se decretó la absolución en el fallo.

Doctrina de la sentencia.—Condición inexcusable de todo recurso, en general, y del de casación, en particular, es la de que el recurrente tenga algún interés jurídico que defender con la interposición del mismo, condición que no concurre en el caso de autos, ya que a los recurrentes no les afecta en absoluto (ni directa ni indirectamente) la referida absolución del Registrador de la Propiedad que, además, sería el único y exclusivo legitimado para recurrir la sentencia por la innecesaria absolución.

Si bien es cierto que el órgano judicial, al haber decretado el sobreseimiento del proceso en cuanto al Registrador, no tenía necesidad alguna de absolverlo en el fallo de su sentencia, también lo es que esa expresada e innecesaria absolución no afecta de manera alguna al pronunciamiento estimatorio que la expresada sentencia hace del pedimento de la demanda, por lo que el fallo de dicha sentencia ha de ser mantenido en los términos en que aparece redactado, dado el carácter meramente accidental y superfluo que en el mismo tiene la repetida e innecesaria absolución del aludido Registrador.

Por otro lado, la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene admitida la posibilidad de que un tercero, que haya sido totalmente ajeno a un procedimiento sumario (no parte en el mismo) y que resulte perjudicado, pueda pedir y obtener, a través del juicio declarativo ordinario correspondiente la nulidad de lo actuado en dicho procedimiento sumario. El artículo 132 LH reserva para el juicio declarativo que corresponda todas las cuestiones que se refieran a la nulidad de actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la misma Ley.

Comentario.—Los artículos 66 LH y 101 *in fine* RH permiten a los interesados, en caso de calificación denegatoria o suspensiva de los títulos presentados a inscripción, acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos. Este es el llamado *recurso judicial* sobre el que pueden hacerse las siguientes consideraciones

a) Su naturaleza, según Roca Sastre, no es propiamente la de un verdadero recurso contra la calificación del Registrador, sino la de un juicio declarativo, ventilable entre los interesados, al objeto de contender acerca de la validez del título que el Registrador considera defectuoso.

b) Puede interponerse en cualquier tiempo, aunque con sujeción a los plazos generales de prescripción y caducidad.

c) La legitimación activa y pasiva corresponde exclusivamente a los interesados, pero no al presentante sin poder auténtico expreso (MANZANO SOLANO), ni al Notario autorizante del documento, ni al Registrador. De ahí que el artículo 132 RH disponga: «En los litigios que los interesados promovieren ante los Tribunales con arreglo al artículo 66 de la Ley, para ventilar y contender “entre sí” acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiere la calificación del Registrador, no será parte éste, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento, en el caso de que en tales pleitos fuere demandado, así como deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario, en cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona, se haga notar que, contraviniendo la expresada prohibición, se ha entendido el procedimiento con el Registrador»

d) Puede pedirse anotación preventiva de la demanda, según los artículos 42.1.º y 66 LH y 101 RH, cuyos efectos se retrotracen a la fecha del asiento de presentación del título, si el mandamiento que la ordena se presenta en el Registro dentro del plazo de vigencia de aquél. Por lo tanto, esta anotación preventiva presenta la naturaleza propia de las de demanda en general, en cuanto es una medida cautelar para asegurar que la sentencia pueda ejecutarse en las mismas condiciones que concurrían en el momento de interponerse la demanda anotada; pero además produce un efecto análogo al de la anotación de suspensión por defectos subsanables, ya que evita provisionalmente la aparición de terceros protegidos por la fe pública registral cuando la calificación registral impide el acceso del título al Registro. A diferencia de la nota marginal de interposición de recurso gubernativo de los artículos 66 LH y 114 RH, que acarrea la suspensión de los términos de duración del asiento de presentación o de la anotación de suspensión en su caso desde el día en que se le interponga el recurso hasta el de su resolución definitiva, el plazo de duración de la anotación de demanda no se extiende sin prórroga hasta la resolución del recurso, sino que queda sujeto al régimen general de los artículos 86 LH y 199, párrafo 2.º RH.

e) La tramitación, a falta de normas específicas, será la del juicio declarativo que por la cuantía corresponda, a tenor del artículo 481 LEC.

f) En cuanto al fallo, el artículo 101, párrafo 1.º RH impide que los resultados de este procedimiento estén prejuzgados por la calificación registral del título, lo cual es conforme con los principios de tutela judicial efectiva, exclusividad de los Juzgados y Tribunales para juzgar e independencia de los Jueces y Magistrados.

g) Como efectos especiales de la resolución, además de los generales derivados del pronunciamiento correspondiente, el artículo 101, párrafo 2.º

RH establece que si la ejecutoria que en este procedimiento recayere resultare contraria a la calificación, el Registrador practicará el asiento solicitado, el cual surtirá sus efectos desde la fecha de presentación del título, si se hubiere tomado la correspondiente anotación preventiva y ésta estuviese vigente. El plazo para verificar la inscripción, según el artículo 97, párrafo 4° RH, comenzará a contarse desde la fecha en que se notifique al Registrador la resolución que se dicte. Dice LACRUZ BERDEJO que el Registrador ha de inscribir en este caso, no porque los Tribunales declaren en la ejecutoria que el título es inscribible, sino porque el Registrador debe calificar ahora sobre la base de un título que el órgano judicial ha declarado válido y, en consecuencia, el documento resulta inscribible.

RETRACTO LEGAL: COMPUTO DEL PLAZO EN CASO DE ADJUDICACION JUDICIAL AL ACREEDOR EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO.
(SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1996)

La más reciente doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, renovadora de la anterior, viene a declarar que en los supuestos de ventas judiciales la acción retractual surge desde el momento de la aprobación de la subasta y adjudicación judicial, al tratarse de acto público, precedido de la necesaria publicidad de todas las condiciones de la misma.

En cambio, en el caso de autos, si bien se celebraron las dos primeras subastas, quedaron desiertas, por lo que no hubo remate ni aprobación del mismo y con ello identificación pública de los adquirentes. La adjudicación de la finca al actor tuvo lugar porque así lo solicitó, en el ejercicio del derecho que a tales efectos prevé la regla 11.ª del artículo 131 de la LH. Se trata de actuaciones internas que se desarrollaron en el ámbito del proceso sumario, a diferencia de las que representan el anuncio y la celebración de las subastas, que son notoriamente externas, por lo que el retrayente no estaba en condiciones de conocerlas al no ser parte en el procedimiento ni habersele notificado nada al respecto, pues, a mayores razones, ante la ausencia de rematantes, había tercera y sucesivas subastas sin sujeción a tipo.

Para retraer es preciso tener conocimiento cabal y lo más exacto posible de la transmisión operada y de sus elementos esenciales, accesorios y condiciones que puedan resultar influyentes, y esta noticia no la tuvo el retrayente del procedimiento sumario sino del Registro de la Propiedad, al que se incorporó la adjudicación judicial de la finca litigiosa causando la correspondiente inscripción, y fue sólo a través de la certificación registral cuando aquél alcanzó suficiente información de haberse llevado a cabo la adjudicación de referencia, identificando a sus destinatarios y el precio correspondiente a la misma, surgiendo desde entonces el cómputo para el ejercicio del derecho en el plazo que la Ley le otorga.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO. OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1996)

La modificación del título constitutivo de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere inexcusablemente, por imperativo legal, el acuerdo

unánime de todos los copropietarios (art. 16, norma 1.ª LPH), unanimidad que no existió en el supuesto litigioso.

Cuando las obras ejecutadas han alterado un elemento común del edificio sin el consentimiento unánime de todos los integrantes de la comunidad de propietarios y, por tanto, se trata de la denuncia o impugnación de obras en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, por haber sido ejecutadas con infracción de las normas legales o estatutarias, el único legitimado pasivamente para soportar la correspondiente acción impugnatoria de tales obras es el copropietario ejecutor de las mismas, sin que haya necesidad de demandar a los demás copropietarios, que ninguna intervención tuvieron en la ejecución de las referidas obras.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1996.)

Del conjunto de los hechos declarados probados no resulta ilógico, erróneo o irrazonable, según las reglas del buen criterio, deducir la inexistencia real del precio en la compraventa, que según los artículos 1.274 y 1.445 del Código Civil constituye la causa del contrato, y la nulidad por simulación absoluta del contrato aportado como título fundamental de la tercera.

EJECUCION DE HIPOTECA: SUBSISTENCIA DE ARRENDAMIENTOS. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1996.)

Hechos.—En procedimiento sumario hipotecario se aprueba el remate y se adjudica una vivienda al actor, acordándose por providencia dar posesión al adjudicatario y notificar al deudor hipotecario para que en determinado plazo desaloje la finca, providencia contra la que recurre el arrendatario por contrato anterior a la constitución de hipoteca solicitando la nulidad de la subasta. La nulidad no es acordada, si bien se limita la posesión del bien adjudicado al hecho de dar a conocer al ocupante la adjudicación al actor, reservando a aquél las acciones que le puedan corresponder en el cauce procesal adecuado.

Doctrina de la sentencia.—No procede la declaración de inexistencia del contrato de arrendamiento como consecuencia de la adjudicación en el procedimiento judicial sumario, porque ello implicaría aumentar las causas de auténtico *numerus clausus* de extinción que se refieren en el artículo 114 LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964.

Comentario.—Sobre la subsistencia o purga del arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca cuando ésta se ejecuta, puede consultarse la completa referencia bibliográfica aportada por PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento urbano*, notas 73 y 75

ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El sistema legal español de adquisición de la propiedad previene, frente a otros meramente consensuales, la doble necesidad del título («ciertos contra-

tos») y del modo («mediante la tradición») para que la traslación del dominio se produzca. Más las formas de tradición, comprendidas en la escueta fórmula del artículo 609 del Código Civil, no se reducen para los inmuebles a la llamada posesión civilísima del artículo 1.462 del Código Civil que establece, como regla general, que el otorgamiento de escritura pública de venta equivaldría a la entrega de la cosa objeto del contrato, sino que comprende diversas modalidades, tales como la entrega de llaves u otras simbólicas o derivadas del hecho mismo posesorio, en relación con el título adquisitivo.

ADQUISICION DE DOMINIO EN VENTA DE COSA FUTURA. TITULO Y MODO. «TRADITIO». (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Del contrato de compraventa no nacen más que las obligaciones principales de entrega de la cosa y pago del precio convenido (art. 1.445 del Código Civil). La propiedad no se adquirirá más que cuando la cosa sea entregada, cuando se efectúe la *traditio* para ello (arts. 609 y 1.095 del Código Civil).

Hay que partir de la distinción entre la prueba de los actos sobre los que se fundamenta la Sala de Apelación para afirmar que existió *traditio* (y, por tanto, adquisición de la propiedad) y la existencia en sentido jurídico de dicha *traditio*. El primer aspecto es un problema de prueba de hechos, que sólo puede combatirse en casación, en cuanto a la valoración hecha por el órgano de instancia, demostrando que se han infringido normas que regulan la actividad probatoria. El segundo aspecto aborda una cuestión estrictamente jurídica, cual es la de determinar si aquellos actos configuran el concepto de tradición, que es la entrega y recepción de un objeto con el ánimo de transmitir y adquirir, respectivamente, su propiedad (tratándose del contrato de compraventa).

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR ANUNCIO DE LA SUBASTA. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1996)

Hechos.—En autos de procedimiento judicial sumario consta que, con anterioridad a la presentación de la demanda, se practicó requerimiento notarial al deudor en el domicilio consignado en el Registro, sin resultado, por hallarse en situación de abandono, y después en el domicilio del deudor, conforme era conocido, mediante entrega de cédula de notificación a un vecino. Posteriormente, ya iniciado el proceso, se intentó la notificación judicial, en este último domicilio, mediante carta certificada con acuse de recibo.

Los edictos anunciadores de la subasta se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado* y en el Boletín Oficial de provincia distinta de aquélla en que radica la finca hipotecada, pero se omitió la exigible publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia en que se seguía el procedimiento y en que radicaba la finca.

Doctrina de la sentencia.—La regla 3ª del artículo 131 LH exige acta notarial que justifique haberse practicado al deudor, en el domicilio que resulte vigente en el Registro, requerimiento de pago con diez días de anticipación, o en su defecto, si el Juez al examinar la demanda observa que los requerimientos no se han practicado, que éstos se acrediten en los autos en la forma dispuesta por

la Ley Procesal Civil para las notificaciones por cédula. No cabe duda de que en el caso se cometieron irregularidades, ya que el requerimiento notarial previo, al que se acoge el juzgador para justificar la inutilidad del segundo, no hace mención de los posibles vecinos que debían haber sido, en primer término, objeto de notificación, y no resulta acreditada la fuente de información sobre el segundo domicilio, ni realizado en forma el requerimiento judicial.

La regla 7.ª del artículo 131 LH ordena que los edictos anunciadores de la subasta se insertarán a elección de quien solicite aquélla en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia en que se siga el procedimiento, y en el de aquélla o aquéllas en que radiquen la finca o las fincas, si el valor de las fincas excediere de doscientas mil pesetas, sin rebasar los cinco millones de pesetas. Si excediere de esta última cantidad se publicarán, además, en el *Boletín Oficial del Estado*. El anuncio oficial publicado en forma cumple finalidades respecto a los terceros que no pueden ser obviadas con un conocimiento privado. La publicidad de la subasta en la forma legalmente ordenada constituye un requisito de forma esencial que debe observarse en sus exactos términos, de manera que aunque deba tenerse en cuenta la finalidad de la norma, a los efectos de la indefensión, sin duda que se produce cuando aquellas reglas de publicidad no se observan, pues la mejor defensa del interesado radica en la garantía ínsita en la forma.

De acuerdo con lo razonado, procede declarar la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, la nulidad de la inscripción registral que se haya podido producir en virtud del auto de adjudicación de los bienes.

DOBLE VENTA. TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—Se discute en el litigio la preferencia entre dos adquisiciones del mismo inmueble, derivadas de sendos procedimientos de apremio judicial.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.473, párrafo 2.º del Código Civil regula la preferencia en el caso de doble venta de bienes inmuebles, disponiendo que la propiedad pertenecerá al que antes haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad, con lo que viene a consagrar el principio de prioridad registral; y si bien el precepto no hace mención a la existencia de la buena fe, a diferencia de los otros dos párrafos del mismo artículo 1.473, la necesidad de que concurre este requisito es señalado tanto por la doctrina como por reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entendiéndose que la buena fe en el campo de los derechos reales no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1.261 y concordantes del Código Civil), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1.950 del Código Civil, que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama, según dispone a efectos registrales del artículo 34 LH.

La buena o mala fe es una cuestión de hecho cuya determinación compete al juzgador de instancia en la medida en que es un concepto jurídico que se apoya y resulta de la valoración de conductas y comportamientos deducidos de unos hechos ampliamente examinados en la instancia, de forma que la

impugnación procesal de tal apreciación, a partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, sólo podrá hacerse alegando error de derecho en la valoración de la prueba por el cauce procesal del actual número 4.º del artículo 1.692 LEC y con invocación de las normas valorativas de prueba que se estimen infringidas.

Declarada por la sentencia de la Audiencia Provincial la ausencia de buena fe en el titular registral, no obstante, haber tenido acceso al Registro de la Propiedad su título de dominio, ha de reconocerse preferencia a la adquisición del otro adjudicatario en subasta judicial que entró en posesión de la finca, de acuerdo con el artículo 1.473, párrafo 2.º del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sin que pueda beneficiarse el titular registral de la protección que dispensa el artículo 34 LH, pues la exigencia de la buena fe resulta presupuesto necesario para que opere la protección privilegiada que en dicho fundamental precepto se contiene.

Comentario.—Aunque la buena fe no aparece requerida expresamente en el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código Civil, a diferencia de los otros apartados del precepto, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la Sentencia de 13 de mayo de 1908, la viene exigiendo. Como explica ALBADALEJO, la especialidad que establece el artículo 1.473 del Código Civil es la de exigir buena fe, porque aplicando las reglas civiles generales, habría adquirido definitivamente la propiedad el comprador a quien se hubiese entregado la cosa vendida. Ha sido considerado de buena fe el comprador *inscius prioris venditoris* (que no conoce la venta anterior, POTHIER); *si él supiese que aquel de quien compra la cosa no avía derecho de la vender* (Partida quinta, título 29, ley 14). Según el Tribunal Supremo, la buena fe del comprador debe consistir, por lo menos generalmente, en que ignora que lo que se vendió a él había sido vendido antes a otro (Sentencia de 17 de diciembre de 1984).

COMUNIDAD DE BIENES. USO Y DISFRUTE DE LA COSA COMUN. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Hechos —Comunidad cuyo objeto es un local destinado a garaje y en la que los comuneros, dada la imposibilidad por falta de espacio de que todos ellos usaran de la cosa común, otorgaron escritura pública concediendo el uso preferente a determinados propietarios y pactando la indivisión durante diez años

Doctrina de la sentencia.—En dicha comunidad, por definición, todos los copropietarios tienen derecho a su cuota de propiedad, uso y disfrute. Producida la imposibilidad de dar satisfacción al derecho de todos, es lo cierto que todos los comuneros siguen siendo comuneros y que el derecho de uso preferencial concedido para más allá de los diez años pactados de indivisión y transmisible a terceros, como pretenden los comuneros favorecidos, entrañaría la desaparición del derecho de los restantes. La atribución permanente y transmisible del uso implica, además, la pérdida de toda posibilidad racional de que cualquiera de los comuneros excluidos pueda disponer de su cuota, convertida ésta en un puro simbolismo carente de valor.

La relación jurídico-material de todos los comuneros es idéntica en su contenido (pertenencia a la comunidad, pacto de indivisión por diez años, derecho de uso...) y requiere una solución uniforme, igual para todos ellos,

porque entre todos se da la situación de litisconsorcio pasivo necesario que no permite soluciones de uso parciales. Sentado que el garaje es común; que todos los comuneros tienen derecho de uso; que ninguno puede ser obligado a permanecer en la indivisión, como dice el artículo 400 del Código Civil; que han transcurrido los diez años pactados; y que carece de valor el pacto transaccional, porque es imposible satisfacer las preferencias conservando el derecho no renunciado de los comuneros, de acuerdo con el artículo 404 del Código Civil, y por la indivisibilidad de la cosa, procede la venta en pública subasta, única posible solución uniforme para todos los comuneros.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

RUINA FUNCIONAL: CONCEPTO. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1997)

Doctrina de la sentencia —El contrato de obra, que el Código Civil denomina arrendamiento de obras, tiene por objeto la obra y el precio. La obra es el resultado previsto en el contrato, derivado de la buena fe y el uso, siendo este resultado de la actividad el elemento objetivo que caracteriza y constituye la esencia del contrato de obra.

Consecuencia de lo anterior es la obligación de la parte llamada «contratista» de realizar y entregar la obra, y que ésta sea la prevista, correcta y adecuada. Si la obra consiste en una edificación, el artículo 1591 del Código Civil impone un plazo de garantía de la corrección de la obra, en el cual se prevé una responsabilidad, de naturaleza contractual, en caso de ruina del edificio.

El concepto de ruina (que no es un supuesto de saneamiento por vicios ocultos) no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino uno mucho más amplio, el de ruina funcional. La doctrina que reiteradamente ha venido manteniendo esta Sala para perfilar el concepto de ruina, abunda en la idea de separarle de una interpretación literal, identificativa con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él aquellos graves defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como aquéllos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio.

La ruina funcional configura una verdadera violación del contrato y superior del significado riguroso y estricto de arruinamiento total o parcial de la obra hecha.

EL ACREEDOR HIPOTECARIO ES ADQUIRENTE A TÍTULO ONEROSO Y ESTA PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 34 LH. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1997)

Hechos.—La dueña de una finca la enajenó en virtud de un contrato transaccional, y algunos días después la hipotecó a favor de una entidad de cré-

dito, cuando ella figuraba todavía como titular registral. El adquirente demanda la nulidad de la hipoteca, pero su pretensión es rechazada.

Doctrina de la sentencia—El artículo 34 protege al que adquiere de quien en el Registro de la Propiedad figura con facultades para transmitir (o para constituir derechos reales), aunque se «anule o resuelva» el derecho del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro. Si después de la enajenación la vendedora hipotecó como si fuera verdadera propietaria civil, siendo así que sólo lo era para el Registro de la Propiedad porque todavía figuraba inscrita a su favor esa propiedad, el tercero goza de la protección registral.

El motivo apunta que el acreedor hipotecario no es un adquirente a título oneroso, que no es tercero; y en fin, que debe prevalecer la realidad extrarregistral sobre la registral. Es ostensible el olvido que se padece de los principios en que se asienta toda la legislación hipotecaria desde la primera Ley de 1861, que son el de hacer seguras las adquisiciones de inmuebles y garantizar a los acreedores que presten sobre los mismos.

El motivo alude a que el acreedor hipotecario no es un adquirente a título oneroso. La doctrina de esta Sala es justamente la contraria (Sentencias de 15 de marzo de 1958 y 17 de octubre de 1989), como no podía ser menos desde el momento en que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercute por su necesaria accesoriidad. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca para protegerlo y favorecer la seguridad de los préstamos, es jurídicamente su causa, y la que estructura en consecuencia toda la normativa sobre la hipoteca, por lo que puede decirse que si se cumple, el negocio de constitución de la misma tiene causa y está protegido por la Ley.

EL INCUMPLIMIENTO «IN NATURA» LLEVA APAREJADA LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Dentro de la pura dogmática jurídica, si bien el efecto resarcitorio del perjudicado por el incumplimiento *in natura* conduce al *id quod interest* en el que el primer sumando o valor de la cosa no entregada ha de coincidir con el asignado al momento del incumplimiento originario, el relativo a los daños y perjuicios acreditados hasta la cabal reparación del derecho del acreedor ejecutante, que se justifica por el reproche a la conducta infractora del incumplidor condenado a manera de una sanción indemnizatoria.

NO HAY PLENA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD POR CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—Las teorías de la inversión de la carga de la prueba y de la responsabilidad por riesgo que tiene proclamadas esta Sala en materia de responsabilidad por culpa extracontractual derivada de la circulación de vehículos de motor, no implica en modo alguno el acogimiento o consagración de una plena y total objetivación de dicha clase de responsabilidad, sino que la misma ha de tener, en todo caso, un componente psicoló-

gico culpabilístico, siquiera sea mínimo, por parte del agente; por lo que si de la valoración de toda la prueba practicada se obtiene la inequívoca conclusión de que por parte del que aparece como imputado no ha intervenido la más mínima culpa o negligencia en la producción del trágico resultado, la demanda ha de ser desestimada.

COMPENSACION DE CULPAS. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La moderna doctrina jurisprudencial, tanto procesal como civil, ha venido desplazando la institución de la compensación de culpas al campo de lo causal, valorando los comportamientos confluyentes en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción (autor), como desde el lado pasivo de la consecuencia (víctima) y limitando su aplicación a los supuestos en que se produzca una interferencia en el nexo causal como consecuencia de la actuación negligente de la propia víctima o de un tercero que no llegan a ocasionar la ruptura del nexo de causalidad (Sentencias de 11 de marzo de 1971, 14 de junio de 1973 y 2 de febrero de 1976).

FRAUDE DE LEY: ES CONDUCTA FRAUDULENTA LA INTERPOSICION DE TERCERA DE DOMINIO POR SOCIEDAD QUE ES DUEÑA DEL CAPITAL SOCIAL DE LA EJECUTADA. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El verdadero nudo de la cuestión reside en el fraude que resulta de adquirir separadamente la maquinaria de Fabra, S. A., y la totalidad de sus acciones, dejando subsistente a la sociedad, y de esta manera los acreedores de la misma se encuentran sin bienes cuando vayan a satisfacerse posteriormente sus créditos por la vía judicial, porque formalmente pertenecen a otra sociedad distinta.

Rotoprinter Color, S. A. no absorbe ni se fusiona con Fabra, S. A., y de esta manera, a pesar de ser plena propietaria de ella, no le afectan sus deudas. Se ha conseguido, amparándose en el texto de una norma (art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas), que preceptúa la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales, la vulneración de otra de carácter imperativo (art. 1.911 del Código Civil).

CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS» REQUISITOS PARA SU APLICACION
(SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. A) Que dicha cláusula no está legalmente reconocida. B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los tribunales. C) Que es una cláusula peligrosa, y en su caso debe admitirse cautelosamente. D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquila-

ción del equilibrio de las prestaciones; y *c*) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones. Doctrina mantenida con reiteración por la jurisprudencia más reciente

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: HA DE CONCURRIR CULPA.
(SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1997.)

Hechos.—El Ayuntamiento de A. organizó un festejo taurino con suelta de vaquillas en la plaza portátil. Una vaquilla corneó a un participante que resultó muerto. La viuda demanda al Ayuntamiento, que es absuelto.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho modernamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir, y sin excluir en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa.

Una cosa es que la celebración de aquel espectáculo —suelta de «vaquillas» en una plaza portátil— origine un riesgo que pudiera conceptuarse de intrínseco o natural al festejo en sí mismo considerado, y otra bien distinta que el resultado dañoso se produjera con el concurso de una falta de previsión o de diligencia, que unidas a aquel peligro, fuera factor desencadenante del accidente, y pretender lo contrario sería elevar el riesgo a la categoría de elemento causal de la culpa extracontractual y objetivizar de manera absoluta la responsabilidad a derivar de ella, con olvido de que la pura y simple creación de un riesgo no puede comportar la existencia de la mentada culpa, puesto que conviene reiterar que en todo caso ha de concurrir el elemento culpabilístico por leve que fuese.

EL ARTICULO 34 LH ESTABLECE UNA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL QUE PUEDE SER DESVIRTUADA POR PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La protección pública registral descansa en la concurrencia de buena fe en el adquirente. Buena fe registral equivale, al igual que en los artículos 433 y 1.950 del Código Civil, a ignorar el que adquiere, en base a la legitimación dispositiva de quien aparece como titular en el Registro, que la titularidad del causante no existe, está viciada o sometida a limitaciones de plena libertad de disponer, como sucede cuando concurre un derecho de opción, válidamente otorgado y que conserva su eficacia y vigencia.

El artículo 34 sólo establece una presunción de exactitud registral, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contra (Sentencias de 16 de septiembre de 1985 y 8 de mayo de 1992) y lo mismo sucede respecto a la presunción de buena fe, que es de naturaleza *uris tantum*.

DERECHO DE OPCIÓN: CARACTERÍSTICAS. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Las premisas de la opción, que integran una consolidada y uniforme doctrina jurisprudencial, son las siguientes: 1) la opción de compra es una figura *sui generis* con sustantividad propia, mediante la cual el optante logra de modo exclusivo, la facultad de prestar su consentimiento en el plazo señalado a la oferta de venta que, por el primordial efecto de la opción, es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla en el plazo aludido; y 2) una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado y comunicada al concedente, se extingue y queda consumada la opción y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse con relación a éste el concurso del consentimiento exigido por la Ley, sin que el optatario o concedente de la opción pueda hacer nada para frustrar su efectividad.

Entre los requisitos que debe cumplir el optante figura el de notificar el ejercicio del derecho de opción al vendedor optatario dentro del plazo.

EL AFIANZAMIENTO MERCANTIL TIENE CARÁCTER SOLIDARIO. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Aunque la jurisprudencia de esta Sala en un principio había proclamado, basándose en una interpretación contractual civil, que el afianzamiento mercantil tipificado en el artículo 439 del Código de Comercio, no gozaba de ser de naturaleza solidaria en su relación interna personal, y que los beneficios de división, excusión y orden le eran aplicables, ahora, y debido a la necesidad de otorgar las debidas garantías a todas las operaciones mercantiles, necesidad esta, por otra parte, exigida paradigmáticamente en el acervo mercantil de la Unión Europea, ha hecho que la nueva doctrina jurisprudencial de esta Sala haya proclamado con base al artículo 3.1 del Código Civil, la necesidad de otorgar carácter solidario a las obligaciones derivadas de la contratación mercantil, y con ello añadir una especificidad más al Derecho mercantil en relación a su tronco origen del Derecho civil.

LA «REGLA DEL JUICIO» DEL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL NO ESTA AL ALCANCE DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Para que el Juez pueda fallar, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria, que es lo que en la ciencia del derecho se denomina «regla de juicio» y que en el proceso civil se encuentra en el artículo 1.214 del Código Civil, de modo que lo determinante para la aplicación de esta pauta es la presencia de la duda después de que se haya desarrollado al menos una mínima labor probatoria en el litigio, sin que de otro lado este mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, que no impedirán su utilización en los supuestos de hecho incierto, ni tienen resortes para modificar su estructura y sentido, hasta el punto de que esta

Sala, en Sentencias entre otras de 19 de febrero y 18 de marzo de 1988, ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1.214 en los supuestos de que el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada «regla del juicio».

HIPOTECA· EL INTERES DE DEMORA ES INCOMPATIBLE CON LA CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El interés convencional de todo préstamo oneroso tiene la función fundamental de ser la retribución o precio que el mutuuario ha de pagar por la utilización y disfrute de un capital en dinero que le presta el mutuante, pero puede también (cuando su tasa es más elevada) utilizarse como medio de compensar la depreciación monetaria.

Por otro lado, para compensar la devaluación monetaria en las épocas de inflación, está doctrinal y jurisprudencialmente admitida la posibilidad de que las partes estipulen las llamadas «cláusulas de estabilización» en las que, como módulo regulador de la depreciación monetaria producida, se atiende a los índices generales del costo de vida, establecidos por el Instituto Nacional de Estadística. Cuando el interés pactado en un concreto préstamo (por la baja tasa estipulada para el mismo) no cumple más que la primera función anteriormente indicada (retribución o precio por la utilización y disfrute de un dinero ajeno), dicho interés es plenamente compatible con la cláusula de estabilización. Pero cuando, por la más elevada tasa estipulada para el interés convencional ha de entenderse que éste, además de la primera cumple también la segunda de las expresadas finalidades. No puede admitirse su compatibilidad con una cláusula de estabilización que cubra la totalidad de la depreciación monetaria producida, siendo ésta la razón por la que el artículo 219 RH señala un límite máximo a la operatividad revalorizada de ésta, que no puede, en ningún caso, exceder (aparte de intereses y costas) del 50 por 100 del principal si el plazo del préstamo fuera superior a diez años, ni del 25 por 100 en los demás casos, siempre que el plazo del préstamo exceda de tres años.

Si además de pactarse un primer interés de tasa notablemente baja, se estipula también un segundo interés de tasa significativamente muy superior a la del primero, para el supuesto de que el prestatario incumpla lo pactado en el contrato de préstamo, ha de entenderse que dicho interés superior tiene también como finalidad la de compensar la devaluación monetaria producida por la inflación durante el mayor plazo de duración del contrato, por lo que resulta, ética y jurídicamente, incompatible con una cláusula de estabilización específicamente estipulada con esa misma finalidad, la cual ha de tenerse por nula e ineficaz.

NULIDAD DEL PACTO COMISORIO MEDIANTE LA VENTA AL ACREEDOR POR EL DEUDOR DEL BIEN HIPOTECADO, SIENDO EL PRECIO LA DEUDA NO PAGADA (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1997.)

Hechos.—Una señora hipotecó un edificio de su propiedad a una entidad en garantía de una deuda de veinte millones. A continuación y en documento privado pactaron la compraventa de dicha finca a favor del acreedor en cier-

tas condiciones, siendo el precio la misma cantidad. El Tribunal Supremo declara la nulidad de la venta por haberse realizado en fraude de ley y encubrir un pacto comisorio.

Doctrina de la sentencia.—A través de la instrumentación de una compraventa en la que el objeto es el inmueble gravado y el precio es el importe de la deuda insatisfecha, el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente; que se apropie de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley porque, al amparo del texto de una norma que lo permite (art. 1.445 del Código Civil) resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio por lo que, descubierto el fraude, hay que aplicar ésta por ordenarlo el artículo 6.4 del Código Civil.

Frente a ello no puede alegarse que el acreedor tenía la opción de ejecutar la hipoteca o la de exigir la transmisión de la propiedad de la finca, independizando así dos consecuencias jurídicas del incumplimiento. El artificio fraudulento reside precisamente en esa disociación, de tal manera que parezca que la apropiación de la cosa dada en garantía no es una consecuencia de la hipoteca, sino de exigir el cumplimiento de un simple contrato de compraventa. Pero se articule más o menos ingeniosamente, lo cierto es que el acreedor hipotecario satisface de una manera forzosa para su deudor el interés que tiene, pasando a ser propietario, por el importe de la deuda garantizada, del inmueble gravado.

Tratándose de una norma legal imperativa como es la de la prohibición del pacto comisorio (arts. 1.858 y 1.859 del Código Civil) no es necesario reconvenir para que se decrete su nulidad, porque no se trata de la defensa de ningún interés privado, sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas.

En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los Tribunales.

LA FACULTAD DE PRORROGAR LA RETENCION DE LA COSA DADA EN PRENDA, EN GARANTIA DE OTRAS DEUDAS, NO SIGNIFICA QUE DICHA PRENDA PUEDA SER REALIZADA. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.866 del Código Civil que según la parte recurrente ha sido infringido en la sentencia recurrida, da al acreedor el derecho a retener en su poder la cosa recibida en garantía a través de la figura de la prenda, hasta que el deudor no satisfaga la deuda principal.

El párrafo 2 del mismo permite extender los efectos garantistas de dicha prenda a otra deuda, entre las mismas personas, que no se tuvo en cuenta en el momento de acordarse la referida garantía.

Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta la emblemática Sentencia de esta Sala de 24 de junio de 1941, que ha sido desarrollada por importante doctrina civilista, en el sentido de exigir a esta figura de garantía dos requisitos esenciales como son:

a) Que entre el acreedor pignoraticio y el deudor principal existan dos o más deudas, de las que la primera de ellas esté garantizada con prenda, mientras que sobre la segunda no se ha pactado garantía alguna, y

b) que la segunda deuda que carece de garantía tenga vencimiento anterior a la primera que se constituyó y que está garantizada con la prenda.

Lo que se pretende en el artículo 1.866 del Código Civil es otorgar al acreedor la facultad de prorrogar la retención de la cosa dada en prenda, a otras deudas en principio no garantizadas con tal prenda, pero ello no significa que dicha prenda pueda ser realizada en caso de incumplimiento en esas otras deudas para su satisfacción, y ni mucho menos que con ello pueda perjudicarse a terceros afectados por la deuda principalmente garantizada.

J. Q. S.

LA FABRICACION INCORRECTA CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CON LA CONSIGUIENTE OBLIGACION DE INDEMNIZAR EN BASE AL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL Y NO AL 1.902 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—No cabe alegar que no exista culpa contractual, y sí extracontractual, por estimar que el contrato se agotó definitivamente y la recurrente quedó desligada de toda responsabilidad, con lo que se viene a aportar curiosa interpretación de la culpa, al admitirla en su condición de contractual desde que se concertó y perfeccionó el negocio hasta que se cumplió con la entrega e instalación de los depósitos en las dependencias de la actora, y desde entonces pasar a transformarse en culpa extracontractual.

El contrato resultó perfeccionado, ya que se produjo el contrato convenido y concurrió precio cierto, pues tanto los presupuestos como las ofertas, si bien son actividades unilaterales de parte, una vez que se recibe respuesta aceptada o contraoferta que se asume, la relación del contrato social adquiere rango y condición de contractual, al darse la conjunción de voluntades que estructura las obligaciones así creadas (art. 1.254 del Código Civil).

Aunque el contrato resulte debidamente perfeccionado, no por ello queda blindado de toda reclamación posterior por su incumplimiento, ejercitada dentro de tiempo legal.

EL PRINCIPIO GENERAL DE IRRETROACTIVIDAD (ARTICULO 2.3 DEL CODIGO CIVIL) CONSIDERA NO APLICABLE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 262.5 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, POR PRODUCIRSE LA OMISION GENERADORA DEL DEBER DE SOLICITAR EL ACUERDO DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida configura la responsabilidad solidaria de los administradores con la de la sociedad por las deudas sociales como una pena civil por la inactividad de aquéllos al no solicitar el acuerdo de la disolución de ésta en aquellos casos en que tal causa puede colocar a la entidad en una situación de insolvencia frente a los acreedores, y, por la fecha de la coyuntura del debate, como las normas intertemporales

del Texto Refundido no contemplan esta problemática, somete la misma a la Disposición Transitoria tercera del Código Civil y llega a la conclusión de que, por la circunstancia de que la omisión generadora de aquél deber en común se produjo antes de la vigencia de la nueva Ley, no es aplicable a los administradores la sanción del citado artículo 265.5, la que, si vigente la nueva Ley, los administradores incurrieron en la negligencia de no convocar la Junta cuando debían hacerlo, se les podrá sancionar, más si la actuación irregular se había producido previamente a la entrada en vigor de la misma, la inactividad de aquéllos no ha provocado perjuicio alguno para la entidad demandante y, por consiguiente, no cabe penalización.

LOS ARTICULOS 1.124 y 1.504 DEL CODIGO CIVIL NO SE EXCLUYEN, SINO QUE SE COMPLEMENTAN, Y LA ACCION RESOLUTORIA CONTRACTUAL ESTABLECE UN PLUS —LA EXISTENCIA DE UN FIRME REQUERIMIENTO— EN RELACION A LA ACCION CONTEMPLADA EN EL PRIMER ARTICULO. (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—La facultad resolutoria del artículo 1.504, en el especial supuesto de venta de inmuebles, como la genérica del artículo 1.124, requiere no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el denunciado como incumplidor, sino que es preciso que patentice de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y que ésta sea imputable al comprador, ahora bien, dicho incumplimiento no supone, ni mucho menos, una actitud dolosa del incumplidor, sino que simplemente es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, y que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, así como que se dé un impago prolongado, duradero, injustificado, o que quede sin conseguir el fin económico-jurídico que implica el contrato de compraventa.

En resumen, la sentencia establece que para el éxito de la especial acción resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil, han de concurrir los siguientes requisitos: *a)* precio aplazado, *b)* impago del precio, *c)* voluntad rebelde al cumplimiento, *d)* requerimiento judicial o notarial, y *e)* vendedor cumplidor.

NO CABE MANTENER LA EXISTENCIA DE REVOCACION DE UNA DONACION MODAL CUANDO LA PROPIA DONANTE EXTINGUE LA DOBLE CONDICION QUE CONFORMA LA OBLIGACION MODAL. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El artículo 647 del Código Civil cuando habla de la revocación de la donación por parte del donante establece que surge tal posibilidad si el donatario deja de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso, ahora bien, dicho término de condición no se debe enfocar en el sentido técnico-jurídico, sino como un modo o gravamen que se añade al contrato de donación, y que indica lo que la doctrina científica consolidada denomina «donación modal», acto semigratuito que puede ser revocado si no se cumple tal modo o gravamen, significando tal revocación lo que determina el artículo 1.124 del Código Civil que fundamenta la acción resolutoria en las obligaciones recíprocas.

La doble condición impuesta por el donante en su acto, en principio gratuito, estaba constituido por dos elementos, uno la obligación por parte de la donataria de alimentar al donante y a su esposa, y otro, por la de tenerlos en su domicilio.

La donataria cumplió dichas obligaciones modales hasta que por voluntad del donante, plasmada por escrito y reconocida en confesión judicial, el mismo y su esposa abandonaron el domicilio de la donataria de una manera libre y voluntaria.

La posibilidad de éxito de la pretensión revocatoria del donante es inexistente, puesto que la donación modal como negocio jurídico del cual se derivan obligaciones recíprocas, exige como condición *sine qua non* el incumplimiento por parte del donatario del gravamen al que estaba comprometido, dato imprescindible que no se da en la presente litis, puesto que si el incumplimiento modal no se llevó a cabo fue por causa exclusiva del donante, ya que la donataria puso de su parte todo lo necesario para llevar a cabo aquello a lo que estaba comprometida

LAS ARRAS, SEA CUAL SEA SU NATURALEZA, PRESUPONEN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, POR LO QUE NO ES POSIBLE JURIDICAMENTE LA EXISTENCIA DE UN PODER PARA CONTRATARLAS EXCLUSIVAMENTE (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—No es posible disociar las arras del contrato de compraventa, y ello es de una claridad meridiana. Sean las arras confirmatorias o penitenciales, han de tener como referencia un determinado contrato de compraventa en el que esté especificado el objeto y precio de otra manera, no podría desplegar sus efectos. En suma, es totalmente lógica y acertada la conclusión de la sentencia recurrida de que el poder otorgado a su hermano lo era asimismo para celebrar un propio y verdadero contrato de compraventa.

EL QUANTUM INDEMNIZATORIO PUEDE CUANTIFICARSE EN EJECUCION DE SENTENCIA CUANDO NO ES POSIBLE ESTABLECER EN LA PROPIA SENTENCIA NI LA CANTIDAD LIQUIDA A INDEMNIZAR NI LAS BASES CON ARREGLO A LAS CUALES DEBA HACERSE LA LIQUIDACION. (SENTENCIA DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La reducción del montante de la indemnización al que se contiene en el informe elaborado por el perito de la compañía aseguradora, es improcedente, no sólo porque al haber sido confeccionado de forma unilateral, sin intervención de la parte accionante, y, es más, ocultando a ésta su contenido, privando a la misma de formular cualquier objeción, adolece de los elementos objetivos necesarios para avalar su legalidad, sino porque, al basarse en una descripción genérica de los bienes y objetos, con un coste de recuperación sensiblemente inferior al informe aportado por el apelado, no parece desaconsejable cuantificar el verdadero quantum indemnizatorio en período de ejecución de sentencia, tal y como ha acordado el juzgado *a quo*, si bien aquél no podrá rebasar lo solicitado en demanda para no quebrantar el principio de congruencia.

LOS INTERESES DEL ARTICULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO CONSTITUYEN UN REDITO ESPECIAL DE DEMORA DE CARACTER PENALIZADOR Y CONMINATIVO. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro es una norma de carácter general para todos los seguros, que tiene su concreción específica respecto al de daños en el párrafo último del artículo 38 y su razón de ser en el artículo 18.

Con base en dicha normativa, el asegurador queda ciertamente obligado a satisfacer o consignar la indemnización desde que se produce el siniestro, ya que la obligación resarcitoria no nace de la sentencia puesto que ésta únicamente determina el importe finalmente acreditado. Y para forzar al cumplimiento de la obligación de indemnizar surge la imposición de un interés claramente sancionatorio, con el fin de disuadir a practicar una conducta que dificulte o retrase el pago, por lo que dicho interés, que alcanza un montante del 20 por 100, constituye un rédito especial de demora, que no exige la motivación del acreedor, puesto que se trata de casos en los que la Ley establece directamente la mora sin limitación de aquél. En otras palabras, que dicha posibilidad de recargo tiene un carácter penalizador y conminativo.

Ahora bien, para que pueda aplicarse dicha imposición de intereses tienen que concurrir los siguientes requisitos: a) que hayan transcurrido tres meses, y b) que no exista causa justificada o éste fuera imputable al acreedor.

LA CONDICION SUSPENSIVA POTESTATIVA ES MERECEDEORA DE LA NULIDAD DEL ARTICULO 1.115 DEL CODIGO CIVIL EN CONEXION CON EL ARTICULO 1.256 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La condición tiene carácter potestativo respecto a la vendedora en cuanto que, en definitiva, se hace depender de su voluntad la resolución del precedente contrato de permuta que había convenido. Dado que la condición se hace depender de la exclusiva voluntad de la vendedora, su falta de realización es merecedora de la nulidad prevenida en el artículo 1.115 en conexión con el artículo 1.256 del Código Civil, cuya sanción es independiente de la calificación a atribuir la conducta de la vendedora, sea dolosa o no.

I. I. M.

INTERPRETACION CONTRACTUAL EN UN CONTRATO ONEROSO DE ACUERDO CON LA MAYOR RECIPROCIDAD DE INTERESES. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tarragona en Sentencia de 17 de octubre de 1992 desestima totalmente la demanda. La Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª) en Sentencia de 4 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera en parte.

Hechos.—El día 5 de febrero de 1986 y mediante documento privado, don Angel y don José López Camín vendieron a don José M.^a Forné Llambrich un local; el precio de dicho inmueble se iba a satisfacer entregando al comprador a la firma una determinada cantidad y el resto documentado en letras de cambio que aceptó con vencimientos mensuales y por el importe que se señalaba en ellas hasta una fecha, el 10 de febrero de 1996. En la cláusula 5.^a del contrato se estipuló que en caso de que el comprador satisficiera todo o parte del precio antes del vencimiento establecido, se le haría una bonificación por pronto pago a razón del 13 por 100 anual, aplicado sobre los efectos anticipados a su vencimiento y una vez deducido el importe de los timbres de estos vencimientos anticipados. Al final del mismo contrato, después de las firmas de los contratantes figuraba la siguiente adición y que por su importancia procedemos a reproducir en nuestro comentario: «Ambas partes de acuerdo establecen que: 1. El tipo de interés a aplicar en cláusula quinta será del 14 por 100 anual en lugar del que figura, y 2. Como regulación de la cláusula sexta de rescisión se acuerda por ambas partes que se produzca dentro de los dos primeros años, el comprador perderá la totalidad de las cantidades entregadas y si se produce la rescisión a partir del segundo año, el vendedor devolverá al comprador las cantidades entregadas hasta la fecha de rescisión».

Doctrina de la sentencia.—Estudia la presente litis lo ilógico de la interpretación literal de la cláusula acabada de mencionar de los hechos aducidos, en relación con una denunciada infracción del artículo 1.281 del Código Civil, tanto en su primer como en su segundo párrafo. Y la referente a una hipotética voluntad común de las partes y que se sustancia en la conducta del propio comprador y en el descubrimiento de un hipotético error obstativo que justifique la voluntad que se quiso dejar plasmada en el contrato.

La doctrina de la Sala es la de que la interpretación contractual, aunque es soberanía del órgano de instancia, puede ser censurada casacionalmente cuando es ilógica o cuando vulnera reglas legales.

El aludido artículo 1.281 del Código Civil en su primer párrafo ordena la atención a los términos del contrato siempre que éstos no dejen duda sobre la intención de los contratantes. Sin embargo, no puede aceptarse la infracción del párrafo segundo de dicho precepto, pues no consta en absoluto cuál fue la voluntad común de las partes contratantes en cuanto a la base sobre la que aplicar la bonificación, distinta de la expresada en la cláusula litigiosa, ni nada en contrario se puede inducir de la conducta del comprador que se limita a cumplir su obligación de pago de los vencimientos conforme a lo estipulado y hacer uso de la facultad de adelantarlo y obtener con ello la bonificación.

No obstante, resulta inaceptable la hipótesis del «error obstativo», con la que se intenta introducir una base para hallar el resultado de una bonificación (el interés aplicado a cada vencimiento), cuando en la apelación se ha manifestado que tal base era la totalidad del precio aplazado. Es una cuestión nueva, por tanto, cuyo planteamiento en casación está rígidamente vedado por la doctrina de esta Sala en pro de la defensa del principio de contradicción y audiencia de parte. Además, resulta evidente en todas las pruebas obrantes que en el contrato de compraventa entre las partes sólo se señaló un precio, y no hubo desglose entre lo que correspondería a la venta en sí misma y lo que correspondería al aplazamiento de los vencimientos, ni tampoco se dijo absolutamente nada sobre el tipo de interés aplicado a cada nominal de

los efectos en que se instrumentó el precipitado aplazamiento del pago del precio. Así las cosas, de nada serviría hablar de una bonificación sobre el interés aplicado a cada vencimiento, ya que se desconoce este dato. Tampoco puede alegarse seriamente un error en la declaración de voluntad.

EL CONTRATO DE OBRA. PARALIZACION DEL MISMO. LA FALTA DE PRUEBA DEL ABANDONO O INCUMPLIMIENTO POR EL CONTRATISTA. EL PAGO DEL PRECIO POR EL DUEÑO DE LA OBRA (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Zaragoza en Sentencia de 27 de marzo de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.ª) en Sentencia de 15 de marzo de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En el presente caso, don Angel Sanz Ortego celebra con fecha 16 de abril de 1990 contrato de obra con la demandada «Construcciones Fleso, S. A.», por el que ésta se obliga a construir una vivienda unifamiliar, pudiendo dicho señor resolver dicho contrato de pleno derecho por las causas generales previstas en derecho por los motivos siguientes: a) incumplimiento de cualquiera de las estipulaciones del contrato; b) abandono de las obras, y c) por subcontratar total o parcialmente sus obligaciones contratadas sin autorización del promotor.

Doctrina de la sentencia.—Hemos de comenzar el estudio de la presente litis diciendo que el contrato de obra, definido conjuntamente con el de prestación de servicios en el artículo 1.544 del Código Civil, es aquél por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto a la otra parte que pagará este precio. El objeto de dicho contrato no es tanto la actividad como el resultado obtenido, y éste es el determinante del pago o retribución. A su vez, una variedad del contrato de obra es aquélla en que el contratista es el sujeto que se obliga a ejecutar la obra y a suministrar también el material, como prevé el artículo 1.588. Por otra parte, el artículo 1.593 contempla el supuesto del contrato de obra por precio alzado y la posibilidad de aumento del precio en el caso de aumento de obra ordenado o autorizado por el comitente o dueño de la misma.

Hechas estas puntualizaciones hemos de decir que, en el caso de autos se produce un abandono de las obras por el contratista, se produce, pues, un incumplimiento de las obligaciones contractuales. El término abandono adquiere aquí un sentido subjetivo porque el hecho de dejar alguna cosa, alguna actividad o algún derecho no puede ser otra que el dejar voluntariamente la ejecución de la obra por parte del contratista, es decir, tiene un sentido equivalente a la norma del artículo 1.124 del Código Civil, pues es el dejar la ejecución un incumplimiento de su obligación contractual.

LA COMPETENCIA EN EL ORDEN CIVIL PARA CONOCER DE ACCIDENTE LABORAL POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL CON RESULTADO DE LESIONES (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Toledo en Sentencia de 2 de octubre de 1992 estima la excepción de falta de competencia. La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª) en Sentencia de 3 de febrero de 1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—El actor, don Ismael García de Andrés, nacido el 1 de mayo de 1973, en fecha 17 de mayo de 1990 y prestando servicios para la empresa demandada en el recinto «Hormigones Toledo, S. A.», sufre un accidente que le ocasiona el arrancamiento traumático del miembro superior derecho.

Doctrina de la sentencia —El recurso de casación se basa en la denuncia del abuso, exceso o defecto en el ejercicio funcional y en la falta de jurisdicción o de competencia objetiva, pues resulta clara que en la relación jurídica dimanante de un contrato de trabajo, no se halla ajustada a derecho la interpretación de la sentencia porque resulta indiscutible que entre las partes existe una relación laboral y que la conducta de la recurrente fue calificada por el Juzgador de primera instancia como de negligente, pero en todo caso dentro del contrato de trabajo, lo que implica necesariamente que la jurisdicción encargada de conocer todas las acciones que del contrato de trabajo se derivan sea la de lo social y no la de lo civil, pues la atribución a la jurisdicción de lo social viene justificada por el hecho de que surja la obligación de indemnizar en base al artículo 1.902 del Código Civil, según el cual la acción u omisión culposa del agente tiene que suponer un acaecimiento de la vida, ajena al margen de una relación contractual, porque de lo contrario estaría mos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual sino contractual. Y en nuestro caso esa pretendida responsabilidad del demandado debe calificarse de contractual. Cuando la responsabilidad civil del artículo 1.902 citado, dimana de un contrato de trabajo, se produce una «vis atractiva a favor de la jurisdicción de lo social», estando acreditado en los presentes autos la existencia de un accidente de trabajo que trae su causa de un contrato de tal naturaleza, es evidente que corresponde el examen y pronunciamiento del mismo a la jurisdicción de lo social, procediendo a declarar como órgano incompetente la jurisdicción civil para entender de la presente litis. Entre las partes litigantes existía una relación jurídica totalmente enmarcada dentro del contrato laboral, pero en todo caso y aunque se admitiese que la falta de diligencia observada por el empresario hubiese sido merecedora de su inclusión en el ámbito de la culpa, esta conducta correspondería ser juzgada por el Juzgador de lo social.

En el supuesto que nos ocupa, lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual hace recaer en la posible compatibilidad de las prestaciones civiles y sociales, reconocida por reiterada jurisprudencia, estableciéndose en todas ellas que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia al admitir que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las referidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil. Así las cosas, las sentencias pueden agruparse del modo siguiente: 1. Aquéllas que sientan la doctrina relativa a que debe corresponder a la jurisdicción civil las materias residuales no atribuidas a otro orden, laboral en

su caso; 2. Las recaídas en accidentes laborales con resultado de lesiones graves o de muerte, y 3. Aquéllas otras con igual resultado antedicho y concurrencia de culpas; pero la totalidad de estas sentencias siempre se están refiriendo a casos de accidentes de trabajo, lo que significa que en la cuestión planteada por el recurrente y abstracción hecha, la doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala se ha decantado por conceder preferencia a la jurisdicción civil.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Palma del Condado (Huelva), en Sentencia de 20 de abril de 1992 desestima la demanda íntegramente. La Audiencia Provincial de Huelva en Sentencia de 11 de marzo de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Existencia de un reproche culpabilístico que deriva del hecho de servirse el Ayuntamiento de la Palma del Condado y en su propio beneficio de un vehículo de motor que se encontraba en lamentable estado, lo que motivó un fallo de sus frenos y a la postre el accidente sufrido por el demandante, esto revela una total ausencia del necesario cuidado y atención que el citado Ayuntamiento debería haber empleado para evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos.

Doctrina de la sentencia.—El estudio de la responsabilidad por culpa extracontractual alcanza en la presente litis un acentuado análisis. En el presente caso la función de calcular los daños indemnizables es atribuida por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, diferenciando cuando éstos consistan en graves daños corporales o incluso la muerte o los que obligan a examinar el alcance que pueda darse de los daños a indemnizar. El término función, al que hemos aludido, abarca no sólo la facultad de valorar sino también la obligación de hacerlo. En base a lo que dispone el artículo 1.902 del Código Civil se ordena expresamente reparar el daño causado por culpa o negligencia y no se cumple este precepto cuando la vinculación obligatoria sustituye la reparación del daño causado por una indemnización apriorísticamente fijada y que no coincide con la realidad del daño. Por lo que, en cuantos supuestos suceda esto, la aplicación forzosa y forzada resultará contraria, no sólo al tenor literal del artículo 1.902 del Código Civil sino también a la reiterada y ancestral doctrina jurisprudencial que, desde siempre, viene interpretando este principio regulador de la indemnización del daño causado por culpa o negligencia en que se funda la responsabilidad extracontractual.

SIMULACION ABSOLUTA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Vigo en Sentencia de 21 de noviembre de 1992 desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª) en Sentencia de 22 de marzo de 1993 admite el

recurso interpuesto con reconvención de la sentencia recurrida y desestima la demanda interpuesta.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En escritura pública y con fecha 10 de diciembre de 1970, se celebra contrato de compraventa que se inscribe en el Registro de la Propiedad pertinente por la compradora. Posteriormente, dicha parte compradora lleva a cabo una primera y segunda venta del mismo inmueble.

Doctrina de la sentencia —Analiza, aclara y ejemplifica la presente litis el gran concepto dado a la doctrina de la simulación absoluta, que da lugar a un negocio jurídico que carece de causa oculta para la apariencia de un negocio jurídico como puede ser la compraventa, un caso de inexistencia del mismo por falta de causa. El negocio simulado es inexistente por falta de causa, por aplicación del artículo 1.275 del Código Civil en relación con el 1.261.3, aunque hay que tener en cuenta la presunción de causa del artículo 1.277. Este es el caso de la compraventa en que no ha habido precio como se da en la primera de las dos ventas efectuadas por la parte compradora. La inexistencia del precio se declara por el juzgador de instancia al que corresponde la apreciación de la existencia o inexistencia de causa, tal como asimismo reitera la jurisprudencia. No se plantea ni siquiera que pueda ser un caso de simulación relativa, en la que la compraventa disimula una donación.

¿COMUNIDAD DE BIENES O SOCIEDAD CIVIL? EL EJERCICIO DE ACCIONES DE NULIDAD DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Vigo en Sentencia de 14 de mayo de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2ª) en Sentencia de 16 de marzo de 1993 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Es de resaltar que la demanda centra la cuestión fáctica más que en el hecho de efectuarse una compraventa, sin consentimiento de unos socios, en que el precio señalado en la escritura de la misma es totalmente falso, irreal y fraudulento.

Doctrina de la sentencia —En la sentencia recurrida se llegó a la conclusión de no acreditarse debidamente que el precio de la venta estuviese apreciablemente desajustado en relación con el existente en el mercado en la fecha en que se produjo, ni acreditarse tampoco que el demandado hubiese efectuado una gestión dolosa, ni siquiera negligente, de la que puedan derivarse su obligación de indemnizar los perjuicios correspondientes, y dado que la prueba pericial es de libre apreciación por el Juzgador, el Tribunal *a quo* no infringió por aplicación indebida los artículos 1.101, 1.106 y 1.107 del Código Civil. En realidad, la alusión hecha a tales preceptos aunque vista inviable, se basó en que del artículo 1.101 se dijo que en él se establecen que quedan sujetos a indemnización de daños y perjuicios los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas obligaciones. En la demanda no se ha alegado que el motivo indemnizatorio haya sido ni el dolo ni la negligencia de los demandados, sino la contraven-

ción de las obligaciones nacidas de un contrato considerado como constitutivo de una Comunidad de Bienes y está claro que los demandados han infringido lo dispuesto en los artículos 397 y 398 del Código Civil, en virtud de los cuales venían obligados a no hacer alteración alguna en la cosa común, pues prohíben a una condueña enajenar la totalidad de aquélla sin el consentimiento unánime de todos los copropietarios, pues si no consta la compraventa es nula de pleno derecho, y de entenderse, como hace erróneamente el juzgador de instancia, que se trata no de una Comunidad de Bienes sino constitutivo de una Sociedad Civil, se trataría en todo caso de una sociedad sin personalidad jurídica que define el artículo 1.669 del Código Civil. Asimismo, la alusión a lo convenido por los artículos 1.106 y 1.107, también del Código Civil, viene determinada y establecida por cuanto la obligación indemnizatoria comprende no sólo el valor de la pérdida de la firma sino también el de la ganancia que con tal enajenación han dejado de obtener los demandantes, es decir, el lucro cesante posible y previsto en los autos.

PRESCRIPCION DE LA ACCION. LA RESPONSABILIDAD CUASI OBJETIVA DERIVADA DEL ARTICULO 1 908.2 DEL CODIGO CIVIL Y LA EXTRA-CONTRACTUAL POR EMANACIONES TOXICAS O CONTAMINANTES PROCEDENTES DE UNA FABRICA DE PRODUCTOS QUIMICOS. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manresa en Sentencia de 5 de febrero de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª) en Sentencia de 10 de febrero de 1993 estima parcialmente también los recursos de apelación interpuestos.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se alude en la presente litis a unos daños producidos como consecuencia de las emanaciones tóxicas o contaminantes procedentes de una fábrica de productos químicos.

Doctrina de la sentencia—Es consolidada doctrina de la Sala la de que cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida como ocurre en el presente supuesto litigioso.

En consonancia con la doctrina sentada por la sentencia y en sede de teoría general acerca de la responsabilidad por culpa extracontractual *ex* artículo 1.902 del Código Civil es tendente el ir hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho de la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, y es por ello que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable. Por otro

lado, además de lo que acaba de decirse en sede de teoría general, ha de tenerse en cuenta que, con base en el artículo 1.908.2 donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, se configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo por razón del riesgo creado al establecer que los propietarios responden de los daños causados «por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pero aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros.

LA CAUSA DE REVISION BASADA EN UNA MAQUINACION FRAUDULENTA.
(SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granollers en Sentencia de 22 de abril de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª) en Sentencia de 10 de septiembre de 1992 estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de revisión

Hechos.—Celebración de un contrato de arrendamiento urbano de vivienda, existencia o no de maquinación fraudulenta.

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina jurisprudencial consolidada y pacífica de la Sala, la que establece que el recurso de revisión por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que han ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta. Asimismo, la causa de revisión basada en una maquinación fraudulenta que da título a nuestro comentario, exige una irrefutable prueba de haberse utilizado cualquier artificio que suponga, dentro del proceso, una irregularidad llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor con la consiguiente indefensión de la contraparte, pues se ha logrado ocultar al demandado la iniciación de un juicio con objeto de impedir su defensa, consiguiendo de esta manera el éxito de la demanda.

LA ACUSADA INFRACCION DEL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 1.967 DEL CODIGO CIVIL Y SU INCARDINACION CON LOS TRES PRIMEROS.
(SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Andújar en Sentencia de 17 de enero de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén

(Sala de lo Civil) en Sentencia de 17 de abril de 1993 desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Abogado que presta sus servicios en el ejercicio de su profesión y su cliente le revoca el poder para pleitos.

Doctrina de la sentencia.—En examen se plantea la controversia sobre el adecuado sentido del último párrafo del artículo 1.967 del Código Civil que, interpretado literalmente, excluye a los abogados de la regla que contiene sobre el *dies a quo* de la prescripción aplicable a las reclamaciones de sus honorarios, y es que, desde luego la interpretación dada por autorizada doctrina según la cual dicha regla se refiere a los tres párrafos anteriores al cuarto, puede estimarse como justa y más fundada por lo que se refiere a los abogados, que no han de verse discriminados en relación con los profesionales mencionados en el artículo 1.967 para reclamar lo que se les debe. La experiencia indica que habitualmente el abogado no reclama el importe de sus honorarios hasta que el asunto que se le encomendó no está finalizado definitivamente, salvo extinción anterior de su relación profesional con el cliente o por negativa de éste a seguir con el procedimiento. Así las cosas, es constante doctrina de esta Sala que el instituto de la prescripción por no estar inspirado en los principios de la justicia intrínseca sino en la idea de sanción a las conductas de abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de los propios derechos, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, pero esto supone una construcción finalista que impide su estimación en el presente supuesto, ya que señalado como punto de partida que todo juicio, proceso o procedimiento constituye un conjunto que iniciado por acto de conciliación, demanda, querella, solicitud, etc., concluye con la sentencia definitiva que le pongan fin, incluyendo en este ámbito los diferentes recursos, remedios o impugnaciones que la Ley procesal autorice, es evidente que la actuación de los profesionales en dichas actuaciones procesales no puede separarse cual aquí se pretende.

La sentencia cuya casación se pretende no desconoce esta interpretación del párrafo último del artículo 1.967 del Código Civil, es más, la estima razonable, pero con arreglo a ella también acoge la prescripción porque el *dies a quo* de la misma lo señala en la fecha de la sentencia de esta Sala resolviendo en recurso de casación, considerando que es cuando cesa la prestación de sus servicios profesionales. El recurrente entiende, por el contrario, que es el día en que su cliente le revoca el poder para pleitos que le tenía concedido. No se trata de una cuestión de hecho, sino jurídica, a saber: cuándo debe considerarse que se ha dejado de prestar los servicios, pues en el caso litigioso el actor y recurrente prestó sus servicios como abogado al recurrido en el pleito que sostenía con su esposa, de la cual se separó judicialmente, sobre liquidación y partición de la sociedad de gananciales en primera instancia, apelación y casación y en ejecución de sentencia. Hay una prestación continuada de servicios por su parte hasta que el cliente le revoca el poder para pleitos que le tenía concedido, acto que nada tiene que ver con aquellos servicios pero que indica que hasta ese momento existieron las relaciones profesionales con el recurrente.

LAS PARTES ACUERDAN NO DEVOLVER LAS CANTIDADES RECIBIDAS POR EL VENDEDOR AL SER PACTADA LA RESCISIÓN DE LA COMPRA-VENTA. ALUSIÓN A LOS ARTICULOS 1.248, 1.281, 1.283 A 1.287, 1.289 Y 1.295, TODOS DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Córdoba en Sentencia de 26 de enero de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª) en Sentencia de 28 de abril de 1993 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos—Celebración de contrato de compra de finca rústica que se ha formado por agrupación de diversas fincas.

Doctrina de la sentencia—Comenzamos el estudio de la sentencia que nos ocupa considerando que pese a no haberse pactado entre las partes sino la pura rescisión del contrato sin establecerse las reglas concretas por las que habría de regirse la falta de pacto expreso y escrito, se debe suplir e integrar con el descubrimiento de la verdadera intención a través de la prueba testifical a terceros, puesto que al tratarse de una rescisión por mutuo acuerdo lo decisivo es la voluntad de las partes y no las reglas del Código Civil sobre los efectos de las resoluciones contractuales que están pensadas para los supuestos de resolución por incumplimiento. Pero no es menos cierto que mientras no se demuestre esta específica voluntad, se habrá de aplicar la regla general del Código Civil para todos los supuestos, no sólo de rescisión, sino de resolución por cualquier causa e incluso de anulación contractual, a saber la recíproca devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses, retrotrayendo la situación a la existente en el momento de la firma del contrato, ya que la declaración de rescisión, resolución o nulidad produce efectos *ex tunc*.

La primera de las reglas interpretativas de los contratos es la que se atiene a la literalidad de las palabras utilizadas, siempre que sean claras y conformes con la intención de los contratantes, de esta forma se pretende coordinar el artículo 1.284 (sentido adecuado para que la cláusula produzca efectos), 1.285 (interpretación sistemática), 1.286 (ponderación del efecto finalista), y 1.288 (el no favorecimiento de cláusulas oscuras). En el presente caso nos encontramos ante un contrato en virtud del cual las partes estipulan de forma clara y precisa la rescisión de otro previo contrato y sin querer darle a esta rescisión efectos especiales distintos a los genéricos establecidos en el Código Civil para todo tipo de rescisiones contractuales. En base a ello el artículo 1.248 establece la preferencia de la prueba escrita sobre la testifical para acreditar los hechos cuya prueba se documenta.

Aún cuando el artículo 1.295 se quedase aislado de los que preceden en el capítulo dedicado a la rescisión de los contratos y se entendiese que es aplicable a todo tipo de rescisión contractual, resulta incuestionable que resultarían inoperantes las consecuencias en él prevenidas para el supuesto de existencia de pacto contradicente del contenido de dicho precepto, pues en nuestro supuesto se proclama un mutuo disenso extintivo del contrato.

CONTRATOS: CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO LA APLICACION DEL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA». (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona en Sentencia de 8 de septiembre de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.^a) en Sentencia de 16 de marzo de 1993 desestima los recursos de apelación instados.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Es objeto de esta sentencia la celebración de contrato de ejecución de obra concertado entre las partes, fijando el precio a tanto alzado

Doctrina de la sentencia —Tiene reiteradamente declarado esta Sala que la cuestión relativa al cumplimiento o incumplimiento de los contratos y cuál de los contratantes es el que incumple primero es una cuestión de hecho que, una vez en vigor la Ley 10/1992, de 30 de abril, sólo puede ser atacada alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas rectoras de esa actividad que se entiendan vulneradas, camino que no sigue el presente recurso, aunque hemos de decir que sí que existió una regulación del pago del precio por voluntad de las partes mediante la presentación por el contratista de una factura-certificación mensual de los trabajos realizados.

Al mismo tiempo se acomete en este auto la condena del recurrente al pago de intereses de la cantidad establecida en la sentencia desde la fecha de la interpelación judicial. De ahí que se declara a todas luces improcedente la cita al artículo 1.594 del Código Civil que reconoce al dueño de la obra la facultad de desistir del contrato con las consecuencias económicas que establece, facultad de desistimiento que en ningún momento se ejercita ni alega y que no puede confundirse con la acción resolutoria actuada en la reconvencción. Se infringe el artículo 1.100 del Código Civil, ya que la cuantía del precio sólo fue exigible cuando fue fijada judicialmente a través de la valoración de las pruebas que se practicaron, de manera que sólo pueden ser reclamados los intereses a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia, no siendo aplicable al caso la moderna tendencia evolutiva de la jurisprudencia de la Sala introductora de matizaciones en la aplicación del principio *in illiquidis non fit mora*, dada la diferencia entre la cantidad reclamada en la demanda y la concedida en la sentencia.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL PARA CONOCER DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. PARCELA DE UNA URBANIZACION VENDIDA HACIENDO CONSTAR EN EL CONTRATO QUE SU LINDERO SUR SERA ZONA VERDE, NO SIENDOLO DESPUES. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca en Sentencia de 17 de diciembre de 1991 desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.^a) en Sentencia de 5 de febrero de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—Se analiza la obligación de una entidad promotora de solicitar del Ayuntamiento correspondiente la consiguiente calificación de un terreno integrante de un lindero como zona verde, puesto que se vendió la parcela en su conjunto haciendo constar que a zona verde el mismo iba a ser destinado.

Doctrina de la sentencia.—Estamos ahora ante un proceso en el que única y exclusivamente se ha ejercitado una acción derivada de un contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora y evidente es que en tal proceso sólo sean parte los que lo fueron de la relación contractual controvertida, sin que la sentencia que recaiga pueda afectar a extraños al repetido contrato de compraventa y esto excluye la existencia de litis consorcio pasivo.

Parte también el presente supuesto de determinar que ha de establecerse congruencia entre la sentencia y los pedimentos contenidos en la demanda y contestación, así como la no exigencia de desestimación expresa y detallada de todas y cada una de las excepciones aducidas por el demandado y ello porque siempre se estima la acción principal ejercitada por el demandante y se entienden implícitamente desestimadas por ese mismo hecho las excepciones del demandado.

¿ES POSIBLE LA PIGNORACION DEL DERECHO A LA RESTITUCION DE UNA IMPOSICION BANCARIA DE DINERO A PLAZO FIJO DE VENCIMIENTO CON UN PACTO COMPRENSIVO DE DEUDAS DEL IMPONENTE CON EL PROPIO BANCO? (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Palma de Mallorca en Sentencia de 20 de enero de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª) en Sentencia de 16 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—La intención de los contratantes en lo que al presente caso se refiere, fue la afección de una imposición a plazo para enjugar las cantidades satisfechas por el Banco de resultas de afianzamiento, estuviera o no asentado en la cuenta especial el importe de aquélla y la operatividad de la misma en caso de no ser posible su compensación.

Doctrina de la sentencia.—La presente litis parte del presupuesto de la validez y eficacia de una pignoración de imposiciones de dinero a plazo fijo que lleva anejo un pacto de compensación y una posibilidad legal de ejecución aislada de la masa de la quiebra. En realidad, la pignoración en sentido estricto no es posible jurídicamente cuando el dinero no se ha entregado a la entidad bancaria depositaria por signos que los individualicen y distingan, sino como una suma que se confunde en el patrimonio de aquélla, quedando obligada a restituir el haber adquirido en virtud de la forma de entrega. La pignoración lo es del crédito a la restitución, lo cual desemboca en una compensación cuando su titular, que lo pignora, resulta deudor del que debe restituir, o sea, del acreedor en cuyo favor se ha hecho la pignoración y el que exista como contenido de la misma un pacto de compensabilidad es algo añadido que no hace más que dar expresión literal a lo intrínseco debido a la naturaleza de tal pignoración.

En nuestro caso la compensación operada hemos de tratarla como una ejecución de garantía prendaria sobre la imposición y que tiene lugar medianamente un mecanismo de extinción de la deuda por compensación y, en consecuencia, es irrelevante la fecha en que el crédito garantizado con la imposición hacia en relación con la quiebra, pues el crédito a la restitución de la imposición a plazo estaba pignorado mediante póliza intervenida por la que el acreedor pignoraticio no tenía obligación de llevarlo a la masa de la quiebra y sí tenía derecho a ejecutar la garantía por separado. Así las cosas, la imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda. La pignoración obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad efectuada para que quede vinculado con el nuevo acreedor que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro. Una vez cobrado por el acreedor pignoraticio el importe del crédito, el pacto de compensación con lo debido por el deudor pignorante para extinguir la deuda no repugna a la prohibición del pacto comisorio. En la prenda de imposiciones a plazo por definición está ausente cualquier clase de perjuicio al deudor y a terceros porque el Banco que goza de la pignoración no va a obtener ni más ni menos que lo que aquella imposición represente, límite de su derecho pignoraticio

NO SE PUEDE CONFUNDIR EL CONOCIMIENTO Y EL CONSENTIMIENTO.
(SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Salamanca en Sentencia de 22 de enero de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Salamanca en Sentencia de 31 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación. Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La Ley atribuye al documento privado, reconocido legalmente, el mismo valor que a la escritura pública entre los que lo hubieran suscrito y sus causahabientes.

En la presente sentencia resulta probado que no consta la prestación del consentimiento de la cónyuge demandada, ni expreso ni tácito. Consta, por el contrario, que tan pronto la mujer en unión de su marido, autor del documento, fue demandada en conciliación, sólo unos días después de suscrito aquél ya se opuso la falta de consentimiento de la esposa al contrato, oposición que igualmente se manifestó al contestar a la demanda, debiendo anularse el contrato litigioso sin perjuicio de la devolución al actor del importe del talón que entregó

Doctrina de la sentencia.—Nos ocupamos ahora en esta nuestra sentencia de comentar la exigencia en los actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales que el consentimiento de ambos cónyuges requiere y su manifestación expresa, pero esta afirmación choca con la consolidada doctrina jurisprudencial que admite la posibilidad de otorgar tácitamente dicho consentimiento. Ahora bien, ésta doctrina de la Sala se muestra contenida dentro de unos límites que impiden una extensión desproporcionada que desvirtuase

su finalidad con presunciones infundadas y que positivamente determina que el consentimiento sea verdadero consentimiento y no simple conocimiento y, por ello inequívoca manifestación de aquél. A la luz de estas precisiones no puede compartirse la conclusión a que llega la Sala de instancia cuando entiende que la intención o voluntad de la esposa para enajenar el inmueble de autos, el consentimiento para su efectividad y su conformidad con la concreta ejecución se infieren inequívocamente de los hechos, suficientes para acreditar ese plus de voluntad complementaria del acto dispositivo realizado por quien normalmente tiene a su cargo la administración de la sociedad de ganancias.

SOLIDARIDAD PASIVA POSICION DE LOS DEUDORES SOLIDARIOS FRENTE AL ACREEDOR QUE PUEDE RECLAMAR DE CUALQUIERA LA TOTALIDAD DE LA DEUDA ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Coruña en Sentencia de 16 de enero de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5.ª) en Sentencia de 20 de abril de 1993 estima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y desestima los restantes.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia—Cabe la condena solidaria al amparo del artículo 1.591 del Código Civil cuando no puede precisarse la proporción de cada uno de los pactantes que intervienen en la construcción e influyen en la ruina. Pero el iter del motivo contiene la posibilidad que al acreedor le atribuye la solidaridad pasiva y que sirve para dar título a este nuestro comentario.

TERCERIA DE DOMINIO. EL ARTICULO 1.301 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Valencia en Sentencia de 2 de julio de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª) en Sentencia de 22 de febrero de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—Vivienda unifamiliar que resultó embargada y en la que se pretendía otorgar el 50 por 100 de la propiedad al actor y el restante 50 por 100 a la ejecutada, fundando la titularidad en común y *pro indiviso* de dicho bien embargado.

Doctrina de la sentencia.—En el presente supuesto litigioso y tal como recoge la sentencia de la Sala de Apelación, las partes recurridas demuestran cumplidamente que la causa expresada en el documento base de la tercería era una causa falsa, y ello porque resultó incierto que el precio de la vivienda unifamiliar hubiera sido costeado a partes iguales por los litigantes. Asimismo, y por lo que respecta a la pretendida infracción del artículo 1.301 del Código Civil, éste establece un plazo únicamente aplicable a los llamados contratos anulables. Los

contratos afectos de nulidad absoluta, radicalmente nulos, inexistentes en Derecho, no pueden convalidarse por el transcurso del tiempo, pues la acción de nulidad es imprescriptible. Los efectos de la sentencia que la estima son declarativos, no constitutivos, *ex tunc*, no *ex nunc*. La nulidad, propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho, tiene lugar cuando el contrato es contrario a las normas imperativas y a las prohibitivas o cuando no tiene existencia con carácter de alguno de sus elementos esenciales, como sucede en el caso del contrato, pues no existe si falta el consentimiento, el objeto o la causa, y al faltar aquí ésta, la consecuencia ineludible es la de la posibilidad de todo plazo prescriptivo. Paralelamente a lo comentado, las exigencias dispuestas por el artículo 1.300 del Código Civil sólo resultan de aplicación cuando exista un verdadero contrato pero no cuando por simulación absoluta hay inexistencia de causa y total privación de efectos contractuales.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—LA SIMULACION ES UN CONCEPTO DE HECHO CUYA APRECIACION CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1993.)

El Juzgado número 5 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la anterior.

No se admite la casación. La sentencia recurrida se basa en la nulidad por simulación absoluta de los contratos de arrendamiento. Los arrendatarios no son profesionales de la agricultura y no consta que poseyeran la finca ni abonasen la renta y, en cuanto al pago de legítimas, estima la Sala que se pagaron de modo completo. Dice el recurrente que el fundamento de la nulidad por simulación, introducido en la segunda instancia, constituye una infracción de las normas del Ordenamiento jurídico, ya que considera como hecho lo que técnicamente es derecho, pero con ello se olvida que según reiterada jurisprudencia, la simulación es un concepto de hecho cuya apreciación compete al Tribunal de instancia, impugnación fracasada en este recurso, por lo que ha de apreciarse la simulación absoluta que para los contratos litigiosos estimó la Sala de segunda instancia, cuya sentencia es la ahora recurrida.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL HECHO DE QUE LA FINCA ESTE INCLUIDA EN UN INVENTARIO HISTORICO-ARTISTICO NO PUEDE IMPEDIR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD DE LA PARTE DE LA FINCA QUE TENIA CARACTER RUSTICO SIN PERJUICIO DE QUE LA ADMINISTRACION CONSERVE SU DERECHO A INTERVENIR EN LA TRANSFERENCIA EFECTUADA. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1993.)

El Juzgado de Guernica estimó parcialmente la demanda, pero triunfó la apelación.

Tiene éxito la casación. La Sala entiende que se trata de una finca rústica en la que concurre la circunstancia, ajena al destino agrario, de un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponde en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo, pero este argumento no puede prosperar por que, constando el valor del inmueble en su parte de finca urbana no es admisible que se aplique un precepto legal que se basa en la comparación entre la finca litigiosa y los valores de las fincas cercanas y menos que se averigüe que su valor en venta sea superior al doble de estas últimas. No existe ninguna norma que impida a los arrendadores disponer del inmueble, transmitiendo su propiedad a terceros y por tanto nada obsta a la enajenación que, a favor del recurrente, impone la Ley de Arrendamientos Rústicos, sin que exista ninguna otra norma que impida la venta de bienes particulares incluidos en inventarios de carácter histórico-artístico o arquitectónico, sin que obste a las facultades de la Administración, actuales o futuras, para intervenir en su caso, en la transferencia ni la particular situación jurídica de los titulares del dominio privado sobre ellos como consecuencia de aquella connotación histórico-artístico.

ACCESO A LA PROPIEDAD —UNA FINCA CONCEPTUADA LEGALMENTE COMO URBANA NO PUEDE SER SUSCEPTIBLE DE UN ARRIENDO PROTEGIDO POR LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado de Ubeda desestimó la demanda y la Audiencia de Granada confirmó la anterior

No prospera la casación. El valor en venta es superior al duplo del que le correspondería por su cultivo, por lo que concurren las circunstancias previstas en el artículo 7.1.3 LAR. Frente a esta conclusión el recurrente opone su criterio subjetivo e interesado, lo que está vedado en casación. Aparte de esta doctrina, siempre quedaría la de que los documentos administrativos no pueden servir para un motivo de casación porque no son litéro-suficientes en el sentido de que, por sí mismos, sin necesidad de interpretación ni deducción, evidencian el error que se denuncia. El documento en cuestión asigna a la finca una superficie superior a la fijada en la sentencia, por lo que el precio calculado en la pericia por hectárea sería mayor y, por tanto, no es superior al duplo del precio de venta de la finca. Una finca conceptuada como urbana no puede ser susceptible de un arriendo protegido por la Ley, ya que lo contrario sería una contradicción inadmisibile.

ACCESO A LA PROPIEDAD —NO PROCEDE PORQUE SE HA OPERADO UNA NOVACION DEL CONTRATO, YA QUE LA CIFRA DE 5.000 PESETAS DE RENTA A SATISFACER DETERMINA UN REGIMEN DISTINTO PARA LOS ARRENDAMIENTOS. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Gerona estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la anterior.

Triunfa la casación. Se observan cambios en la renta a satisfacer, pues no aparece que se alcance la cifra de 5 000 pesetas hasta el año 1973. Es claro que la relación arrendaticia ha sufrido una modificación sustancial, ya que la legislación anterior a la vigente sometía el contrato a una normativa distinta en cuanto a las prórrogas legales, según que la renta fuese inferior, igual o superior. Este cambio de regulación se opera en 1973, por lo que la que rige entre las partes es nueva frente a la antigua. De ahí que el contrato de arrendamiento no sea ya el mismo que el anterior a la publicación del Código Civil. Se ha producido, por tanto, una novación extintiva del primitivo contrato.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—AUNQUE SE CONDENÓ SOLAMENTE AL MARIDO A LA VENTA, LA ESPOSA CONSINTIÓ EL CONTRATO EN TODA SU VIDA, DE MODO TÁCITO, POR LO QUE LA OMISIÓN DEL PLURAL EN EL FALLO ES UN ERROR QUE SE PUEDE SUBSANAR SIN NECESIDAD DE CASAR LA SENTENCIA ANTERIOR. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado de Durango estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó la apelación.

No se admite la casación. Dice el recurrente que se condena sólo al marido a la venta cuando por regir el sistema de comunicación foral de bienes la enajenación o gravamen necesita el consentimiento de ambos consortes, siendo imposible que el demandado pueda vender él solo la finca. Pero es lo cierto que la esposa fue parte en el proceso y consintió el arrendamiento de modo tácito, y es lógico que si se obliga al arrendador a enajenar por mandato legal, el consentimiento del cónyuge es consecuencia obligada que no requiere pronunciamiento expreso y sí se entiende que hubo error en el fallo al condenar al demandado y no hacerlo en plural: «los demandados», no constituiría más que un *lapsus literae* o mero error material, subsanable en cualquier momento y que pudo ser subsanado en aclaración de sentencia, cuestión que no tiene acceso a la casación, pero que no impide al Tribunal Supremo llevarlo a cabo en aras de la seguridad jurídica, sin que ello suponga modificar el fallo ni acoger el recurso según el artículo 267.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La pretensión de los recurrentes de que se tenga que demandar a los dos por esa omisión del plural para recurrir, se presenta como palmario abuso de derecho.

ACCESO A LA PROPIEDAD —EL CONTRATO SE EXTINGUIÓ EN 1943 Y EN 1946 SE CONCERTÓ UNO NUEVO, HABIENDO CULTIVADO DIRECTAMENTE EL PROPIETARIO EL PREDIO DURANTE EL INTERVALO. POR TANTO NO SE LE PUEDE APLICAR EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS ANTERIORES A 1942. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado de Bergara desestimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No se admite la casación. En 1931 el causante del demandado cedió en arrendamiento la finca al abuelo del actor por un plazo de diez años, previniéndose prórrogas sucesivas por un año cada una si ambas partes están de acuerdo. Transcurridos los diez años y alguno más en razón a las prórrogas anua-

les, llegó un momento en que quedó extinguido el contrato y el propietario se hizo cargo del cultivo de la misma. En 1946 ambas partes elaboran un nuevo contrato por el que se cedía el mismo caserío y sus pertenencias por un plazo de diez años, de 1945 a 1955, sin que quepa suponer que el último contrato fuese reproducción o continuación del de 1931, pues de ser esa la voluntad de las partes así se habría hecho constar si cabe dentro de la lógica que, de haber subsistido el arriendo entre las partes fuese preciso un nuevo convenio, dadas las cláusulas prorrogatorias del primero. La Sala llega a la conclusión de que queda excluida la aplicación a este litigio del artículo 99 LAR que se refiere a los contratos anteriores a 1 de agosto de 1942. Pretende el recurrente sostener que no se ha probado la no existencia del arriendo de 1943 a 1945, pero la sentencia declara probado que, extinguido el arrendamiento de 1931, las partes volvieron a celebrar otro, teniendo el arrendador el cultivo directo en el período intermedio, lo que no se puede desvirtuar con la prueba de presunciones, ya que la casación no es una tercera instancia.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL CONTRATO DE 1984 QUE SEGUN EL DEMANDADO SUSTITUIA AL ANTERIOR A 1935 NO FUE FIRMADO POR LA ARRENDATARIA, POR LO QUE NO TIENE VALOR ALGUNO PARA QUE SE DE LA NOVACION EXTINTIVA DEL ARTICULO 1 204 DEL CODIGO. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado número 1 de Durango estimó la demanda y la apelación fue rechazada.

No se admite la casación. El recurrente pretende que en 1984 se hizo un nuevo contrato que por reducir la extensión superficial cedida inicialmente suponía una novación del primitivo, lo que supone que el actor no puede amparar su postulación de acceso a la propiedad en el hecho de ser nuevo, de aquel arrendamiento anterior a 1935 del que no hay memoria, pero el contrato de 1984 sólo está firmado por la arrendadora pero no por la arrendataria cuya firma y reconocimiento no constan en autos, por lo que no puede sustituir al que vinculó a la propietaria con los causantes del actor, antes de 1935 que sirve de base a la pretensión de acceso a la propiedad, por lo que no se dan los requisitos del artículo 1.204 del Código para la novación extintiva

ACCESO A LA PROPIEDAD.—AUNQUE EL ACTOR TENGA LA CUALIDAD DE PENSIONISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL REUNE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL, ASI COMO TAMBIEN LO HACE SU NIETO; CUALIDAD REQUERIDA POR LA LEY PARA EL ACCESO A LA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado de Valmaseda rechazó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No triunfa la casación. Es abundante la moderna doctrina de esta Sala que admite la compatibilidad entre la condición de pensionista de la Seguridad Social y la de cultivador personal, centrándose la cuestión en determinar si tiene o no el demandante, a cuyo nombre figura la titularidad del contrato, aptitud legal para hacer uso del derecho reconocido en la regla 3.ª de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que exige

la condición de llevar la explotación por sí o con ayuda de familiares que con él convivan sin utilizar asalariados más que en circunstancias especiales, lo que concurre en este caso en que el arrendatario explota la finca con ayuda de familiares, aunque sea jubilado, siendo válida la subrogación que realizó a favor de su nieto, que reúne todos los requisitos, con el consentimiento tácito del arrendador que no la impugnó. También el nieto reúne la condición de cultivador personal y el hecho de que simultanee estas labores con sus estudios no es obstáculo, ya que las labores a realizar en la finca son limitadas y ocupan poco tiempo

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—TANTO DE LO OBSERVADO POR EL NOTARIO COMO DE LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL RESULTA QUE SE HAN REALIZADO OBRAS INCONSENTIDAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL ARRENDADO. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado número 1 de Albacete estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. Aunque el artículo 1 218 del Código Civil dice que el valor probatorio de los documentos públicos alcanza sólo al hecho que lo motiva y a la fecha del otorgamiento y no comprende las declaraciones de las partes, no es menos cierto que la fe pública alcanza a las percepciones sensoriales del notario, cuyas observaciones no pueden ser ignoradas. El fedatario dice que, después de recorrer las distintas dependencias comprueba que no se han modificado los tabiques y la distribución del piso corresponde a la que figura en el plano. La existencia y realización de obras queda constatada en una segunda acta, en la que el notario asevera la existencia de una puerta de comunicación. La descripción se completa con el acta de reconocimiento judicial practicada en la segunda instancia, confirmando la existencia de obras con posterioridad a la firma del contrato y después de transcurrir un año del mismo, reafirmando la realidad de estas obras inconsistentes, por falta de la necesaria autorización y que modifican la configuración del local arrendado.

SUBARRIENDO DE LOCAL.—NO SE PUEDE ACEPTAR QUE EL HECHO DE PLANTEAR UN JUICIO DECLARATIVO SIRVA PARA DEJAR SIN EFECTO EL DESAHUCIO SI HAY CAUSA DE RESOLUCION COMO ES LA DE HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO FIJADO PARA LA DURACION. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado número 12 de Barcelona desestimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

Triunfa la casación. Al ser demandado el subarrendatario de desahucio por expiración de plazo, éste promovió juicio declarativo por entender que el contrato era de arrendamiento de local o de industria cinematográfica, con prórroga forzosa, ya que el contrato de 1983 representó novación modificativa del primitivo de 1948, pidiendo la desestimación de la demanda y la inadecua-

ción de procedimiento de desahucio planteado. Se desprende del convenio que lo que se cedió no fue un local de negocio sino un subarriendo de industria cinematográfica y espectáculos, de modo que el subarriendo abarcó una estructurada organización concebida como unidad funcional, lo que aleja tal convenio del ámbito arrendaticio de la Ley de 1964, al remitirse a lo pactado conforme a sus artículos 3.1 y 3.3, siendo el subarriendo posterior a la entrada en vigor de la Ley. En 1980 se dieron por terminados los contratos anteriores y queda como único vigente el de 1983. Aunque el desahucio es inadecuado para dilucidar las contiendas planteadas cuando existen otros vínculos distintos a los locativos, tal doctrina no es tan absoluta y rígida que no permita a la Sala, dentro del mismo proceso de desahucio, el examen de aquellas cuestiones enlazadas con el contrato subsistente y con vigencia actual. Es decir, que las incidencias del juicio declarativo sólo proceden como excepción por razón de que la complejidad esgrimida se presente como definitivo impedimento para estimar el desahucio pretendido. No se puede aceptar que el hecho de plantearse un juicio declarativo relacionado con el debate presente, lo supere para dejar sin decidir la contienda. Por tanto concurre la causa resolutoria que no es otra que haber transcurrido el plazo de cuatro años, fijado para el contrato.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA CESION DEL ARRENDAMIENTO FUE CONSENTIDA POR EL REPRESENTANTE DEL ARRENDADOR QUE FIRMABA LOS RECIBOS EN NOMBRE DE ESTE, AUNQUE EL QUE PAGARA LA RENTA FUESE OTRA PERSONA DISTINTA. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado de Bilbao número 1 estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. El contrato de 1981 contaba como elemento personal a los demandados que constituyen una sociedad civil para la explotación de una guardería infantil, pero dos de ellos cedieron a la otra sus derechos sin consentimiento del arrendador y habiéndose opuesto a ella los demandantes alegando que existe ese consentimiento, llegando a la consideración de la existencia de una cesión de derechos arrendaticios consentida a través de unos recibos a distintos destinatarios de los primitivos, lo que acredita ese consentimiento, teniendo en cuenta que el firmante de los recibos lo ha hecho siempre en lugar del propio dueño, por efecto de un apoderamiento, expreso o tácito, pero vinculante porque el propietario no puede, a su capricho, aceptar o rechazar aquéllos que convengan a sus intereses. El arrendador presta su consentimiento al traspaso por su actitud o conducta meramente pasiva ante la actividad positiva e inequívoca de su constante y permanente representante ante los arrendatarios con efectos vinculantes.

RETRACTO DE VIVIENDA.—NO PROCEDE LA CASACION POR NO SUPERAR EL PRECIO DE VENTA FIJADO PARA LA ADMISION DE AQUEL RECURSO EXTRAORDINARIO (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1993.)

El Juzgado de Alcázar estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial de Albacete.

No procede la casación. Se ejercita una acción de retracto derivada de la LAU. El edificio compuesto de dos viviendas y un local fue vendido por el precio de 1.250.000 pesetas, pero el demandado aportó un documento privado fechado el mismo día, en el que se rectifica o altera el importe del precio que allí figuraba aduciendo que la de la escritura era sólo a efectos fiscales. El documento privado está comprendido en el artículo 1.227 del Código Civil en cuanto a la fehaciencia de la fecha y en el artículo 1.230 del mismo en cuanto a los efectos frente a tercero. En ningún caso se ha admitido un precio de venta superior a los tres millones de pesetas, exigido por la Ley para el acceso a casación. Por tanto, el recurso no debe ser admitido.

DESAHUCIO.—DESPUES DEL REAL DECRETO DE 30 DE ABRIL DE 1985, PARA QUE SE DE LA PRORROGA FORZOSA DEBE ESTIPULARSE EXPRESAMENTE YA QUE SE SUPRIMIO SU OBLIGATORIEDAD EN DICHA NORMA. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1993.)

El Juzgado número 2 de Baracaldo estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó la apelación.

No se admite la casación. Un contrato verbal de arrendamiento de industria celebrado en mayo de 1986 debe declararse extinguido por transcurso del tiempo, procediendo el desahucio del arrendatario, que alega que era un contrato de arrendamiento de local sujeto a prórroga forzosa. Lo cierto es que alegando el demandado que era el contrato de local y pactado después del Real Decreto de 30 de abril de 1985, la prórroga forzosa quedó suprimida. Por tanto, el contrato finalizó por el transcurso del plazo, que es causa no contemplada en la LAU. El litigio ha de sustanciarse conforme a lo dispuesto en las leyes procesales comunes, según el artículo 151 de la Ley especial. A los contratos posteriores al Real Decreto sólo se les puede aplicar la prórroga si voluntariamente lo convienen las partes y así debe entenderse la sumisión a la tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código Civil a que alude el artículo 9 del Real Decreto. El Tribunal puede aplicar este Decreto en virtud del principio *da mihi factum dabo tibi ius*, aunque no lo aleguen las partes.

RESOLUCION DE CONTRATO DE LOCAL—EL CIERRE DEL LOCAL SE PRODUCE POR DESOCUPACION O POR EL SIMPLE HECHO DE NO ESTAR ABIERTO AUNQUE EN SU INTERIOR SE DESARROLLEN OTRAS ACTIVIDADES ESPORADICAMENTE. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1993.)

El Juzgado número 12 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No se admite la casación. El hecho de que la demandada tuvo cerrado el local y lo destinó posteriormente a la venta de prendas de vestir de señora, sólo dos veces al año, durante pocos días para realizar desfiles de modelos, permaneciendo el resto del año cerrado y sin comunicación al público, y tal declaración no ha sido desvirtuada en el recurso, siendo ajustada a derecho la resolución del arrendamiento. La excepción a la prórroga que contiene el artículo 62.3 LAU se asienta en que no merece protección legal el arrendatario que no necesita local permanentemente, pues con la interrupción del ser-

vicio al público se incumple el destino pactado y se lesiona el interés social y el propio arrendador que no queda ajeno a que el local siga en las mismas condiciones que tenía antes del cierre, así como que éste se produce por desocupación o por el simple hecho de no estar abierto, aunque en su interior se desarrollen actividades esporádicamente, accidentales o accesorias, por ser tal estado opuesto al concepto de establecimiento abierto al público, constitutivo de la esencia del local de negocio.

RESOLUCION DE CONTRATO.—LA AUTORIZACION PARA UNA PEQUEÑA INDUSTRIA DOMESTICA DE HOSPEDAJE, CONSERVANDO LA ARRENDATARIA SU DOMICILIO EN LA VIVIENDA, NO CONVIERTE A ESTA EN LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1993.)

El Juzgado número 7 de distrito de Barcelona, actualmente el número 30 de Primera Instancia, estimó la demanda y la Audiencia revocó por incompetencia de jurisdicción

Triunfa la casación Fallecida la arrendataria se entabló demanda contra los ocupantes de la misma, declarando resuelto el contrato por no existir persona alguna con derecho a subrogarse. La sentencia recurrida entiende que el arrendamiento era de local de negocio y en ello basa la incompetencia de jurisdicción y se abstiene de entrar en el fondo del asunto. En 1973 el administrador del edificio autorizó a la arrendataria para dedicarse al negocio de hospedería aparte de tener en el mismo su domicilio y vivienda personal Este documento no permite afirmar que el arrendamiento litigioso lo sea de local de negocio, como afirma la Sala de instancia, ya que, partiendo del inexcusable condicionamiento de que la arrendataria conserva su domicilio, lo único que se hace es autorizar para la industria doméstica de hospedaje, supuesto previsto en los artículos 4.1 y 31 LAU con arreglo a los cuales el arrendamiento de vivienda no pierde su carácter por el hecho de que el arrendatario ejerza la industria doméstica de hospedaje, aunque los huéspedes sean más de dos, siendo por tanto competente el juzgado de distrito para entender del procedimiento, así como la Audiencia Provincial en apelación, debiendo celebrar nueva vista del recurso de apelación y dictar la sentencia que corresponda.

DESAHUCIO.—ES CORRECTA LA INTERPRETACION DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA QUE APRECIA LA EXISTENCIA DE LA PRORROGA FORZOSA A LA QUE ALUDE EL ULTIMO CONTRATO, CELEBRADO DESPUES DEL REAL DECRETO DE 1985, EN QUE YA NO ERA OBLIGATORIA (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1993.)

El Juzgado número 1 de Santa Coloma de Farners desestimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No triunfa la casación. Para la Audiencia el arrendamiento está sujeto a la prórroga forzosa por entender que, bajo la forma de contrato de temporada, se encubrió una renuncia al derecho de prórroga forzosa del arrendatario y que tal situación no fue novada por el Real Decreto-ley de 1985. La valoración hecha por el Tribunal de instancia es correcta: el último contrato alude a la prórroga forzosa que si no existió, nunca se debía tener en cuenta en un

tiempo en que la Ley ya no la impone de modo forzoso y la ocupación ha sido ininterrumpida del local durante los sucesivos contratos, por lo que la deducción de la Sala no es ilógica ni ilegal.

REVISION DE RENTAS.—LA AUTORIZACION A LA ARRENDATARIA PARA ASOCIARSE, SIEMPRE QUE TENGA MAYORIA EN LA SOCIEDAD, NO SE REFIERE SOLO A LA PRIMERA SINO TAMBIEN A TODAS LAS QUE PUDIERAN EXISTIR DESPUES. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó

No se admite la casación. Existe una cláusula contractual en la que se autoriza a la arrendataria a asociarse, siempre que mantenga participación mayoritaria en la sociedad, continuando la relación arrendaticia con aquélla solamente, considerada lícita por la sentencia recurrida, sosteniendo el recurrente que aquella autorización excepcional y privilegiada únicamente cabía aplicarse a la primera sociedad, no así a la segunda, incurriendo en la causa de resolución, por subarriendo o por traspaso inconsentidos. Pero no es ésta la interpretación literal de la cláusula referida, ya que no se limita la autorización para asociarse a la arrendataria a otras personas, siempre que ella tenga la mayoría, teniendo en cuenta que esta cláusula se introdujo, no solamente en atención a las relaciones familiares de la arrendataria con los arrendadores, sino también en consideración de que aquélla participa en la propiedad del inmueble del que es parte en el local arrendado, sin que quepa pensar en un abuso de derecho.

RETRACTO.—NO SE PUEDE ADMITIR EL RETRACTO CUANDO LA ARRENDADORA FORMALIZO EL CONTRATO COMO DUEÑA DE LA FINCA EN VIRTUD DE UNA ADQUISICION ANTERIOR QUE SE FORMALIZA CON POSTERIORIDAD AL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado número 4 de Huelva estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Sevilla revocó la anterior.

No se admite la casación. Según la recurrente, la sentencia recurrida no tuvo en cuenta la escritura de 8 de julio de 1988, como punto de partida del que pudiera surgir el retracto. El derecho a retraer nace en el momento de celebrarse el contrato de venta o dación en pago. El arrendamiento era de 22 de mayo de 1985, pero la Sala de instancia declaró probado que no habiéndose producido, subsistente el arrendamiento, transmisión efectiva de lo que antes había sido objeto de cesión dominical, el pacto locativo debe mantenerse como tal pero saneado del posible derecho a retraer por no haber surgido la correspondiente acción. El artículo 1.218 del Código Civil regula la fuerza probatoria de los documentos públicos sin que tengan prevalencia sobre las demás pruebas, en cuanto a su contenido. La recurrida era propietaria de la nave al tiempo de concertar el arrendamiento, por lo que no es de recibo la tesis de que la formalización posterior, mediante el otorgamiento de la escritura pública de venta e inscripción registral, la hace operar como única que fija la transmisión que ya había tenido lugar, lo que no es admisible, ya que la arrendadora había otorgado el contrato de arrendamiento con anterioridad,

por tener la cualidad de dueña del inmueble, siendo este hecho incolumpe y que se presenta como realidad antes de la escritura de 1988, ya que, según el Código Civil, los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma de su celebración, siempre que se pruebe su existencia, como ocurre en este caso.

C. R. R.

D) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

LEGITIMAS. NULIDAD DE LA COMPRAVENTA POR SIMULACION ABSOLUTA, CELEBRADA EN PERJUICIO DE LOS LEGITIMARIOS. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres que confirma la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Coria, declarando nulo, por simulación absoluta, el contrato de compraventa celebrado en perjuicio de los legitimarios del causante.

LEGITIMAS CONTADOR-PARTIDOR. RESCISION DE LA PARTICION. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1997.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esa capital, declarando que no contraviene el artículo 1 061 del Código Civil el contador-partidor que no atiende el *ruego* del testador para que pague la legítima estricta exclusivamente en fincas rústicas y adjudica otros bienes al legitimario.

Las consideraciones son las siguientes:

Que no es enteramente claro que el contador-partidor haya desacatado la voluntad de su ordenante. En razón a la escasa regulación legal de la figura del contador-partidor, viene la doctrina científica entendiendo que son aplicables a su actuación las normas del albaceazgo (porque, a la postre, el contador no es más que una suerte de «ejecutor testamentario», que es, precisamente lo que en su etimología, = al waci = significa el término «albacea», siquiera con facultades limitadas a la partición —inventario, avalúo, liquidación, reparto, pago de deudas—) o bien los del mandato (arts. 892-911 y 1.709-1.739 del Código Civil, respectivamente) y se suele destacar que una de las principales obligaciones del mandatario —según el art. 1.719 del Código Civil— es la de «arreglarse, en la ejecución del mandato, a las instrucciones del mandante» y aquí las instrucciones de la causante, plasmadas en su último y definitivo testamento, consisten en «rogar» a los contadores que designaba que, entre otras cosas, pagasen su

legítima estricta a don J. A. T., exclusivamente en fincas rústicas; sin embargo, es igualmente cierto que se le otorgaban las más amplias facultades, incluida la de interpretar el propio testamento, y se suscita así el problema de si entre aquéllas figuraba también la de calibrar el alcance de los términos de que el disponente se sirvió para regular los detalles de la distribución del haber relicto. Se ha observado que, si bien el artículo 1.061 del Código dispone que «en la partición de herencia se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie», norma que chocaría con lo aquí mandado por doña R. T., diciendo que a su hijo J. se le pagase su legítima estricta «exclusivamente con fincas rústicas» (testamento, vid. folio 13), el propio testador no está vinculado por tal precepto y la libertad de que, por ello, goza él para efectuar la distribución de sus bienes, no encuentra cortapisa legal para que pueda ser transferida al contador-partidor que, en fin de cuentas, no es más que un delegado suyo al que se encomienda la concreta misión de partir. La legitimidad, pues, del mandato de que se procediese en esa forma —atribuyendo sólo fincas rústicas— queda fuera de toda duda, pero la que subsiste, en cambio, es la de si utilizando ese término de «rogar», ha querido la testadora ordenar o disponer algo con carácter imperativo, dando forma a su voluntad mediante el uso de un vocablo que la cortesía obliga a proferir el de «mandar» u «ordenar», o si, realmente lo que ha deseado hacer en esta ocasión ha sido aconsejar o expresar sus preferencias en un determinado sentido pero sin limitar la actuación del partidor para apartarse de ellas. «Rogar» es, también, la palabra de que en este testamento se usa para solicitar de los herederos (forzosos) e instituidos permitan al sobreviviente consorte de la testadora el usufructo viudal universal de los bienes de su herencia (cláusula 7.ª del testamento, vid. folios 12 y 12 vuelto), pero en esta ocasión se revela claramente el carácter de orden que a la advertencia ha querido imprimirse (con independencia del vocablo utilizado para darle forma) por cuanto, a renglón seguido del «ruego», figura la sanción con que se penalizará a quienes contravengan ese deseo de la testadora. En el caso de la atribución de inmuebles rústicos en la hijuela de don J. A. T. no hay una sanción semejante. B) Que el demandante, señor A. D., ni en la demanda ni en la réplica ha alegado que de la contravención a lo ordenado por doña R. T. (de que la legítima se le pagase a su hijo J. exclusivamente en fincas rústicas) se le haya seguido algún perjuicio, no es ya que no ha demostrado sino que ni siquiera ha aducido que como consecuencia de adjudicarse a este legitimario en pago de su haber, acciones de sociedades y partes intelectuales de fincas urbanas en Valencia en lugar de propiedades rurales, haya tenido un perjuicio, una repercusión desfavorable para él. Siendo ello así, no hay más remedio que negar la legitimación de este demandante para actuar su pretensión con base en la «contravención del contador-partidor a la voluntad de la testadora». C) Que el cálculo o comprobación de si ese perjuicio ha existido realmente exige determinar, ante todo, qué porcentaje del total caudal hereditario representa la concreta atribución del heredero demandante supuestamente perjudicado. Habrá de determinarse, a continuación (valiéndose de tasaciones periciales, si es del caso, dado que cabe no posea el contador-partidor los «conocimientos prácticos» —art. 610 LEC—) el valor de los bienes integrantes del caudal relicto líquido, es decir, deducidas las deudas que sobre él pesen; establecer, seguidamente, conjugando las dos anteriores magnitudes de porcentaje del heredero y valor de los bienes partibles, cual sea el de la atribución del heredero interesado y ver, a renglón seguido, si las cosas que en pago de su hijuela se le han

adjudicado (atendida la tasación que a éstas se haya dado) alcanzan a cubrir realmente ese valor —supuesto en el cual no cabría hablar de rescisión ninguna— o si, diversamente, quedan por debajo de él, analizando si esa diferencia rebasa la cuarta parte, hipótesis en la que existirá lesión y cabrá plantear la rescisión correspondiente. Para esa valoración se han practicado en este caso diferentes pericias, de las cuales, a criterio de esta Sala (siguiendo los cauces valorativos que señala el art. 632 LEC), merece especial fiabilidad la rendida por el agente de la Propiedad Inmobiliaria don J. C. A. (folios 403-445), dado lo pormenorizado y fundamentado del estudio que realiza; en tal caso, las argumentaciones que el escrito de conclusiones del demandado H. B. contiene (hecho 3.º, párrafo último, folio 543 vuelto) son compartidas por este Tribunal, sin necesidad de reproducir los cálculos numéricos que allí se exponen, y de ello se deduce la ausencia de gravamen para el demandante (Fundamentos de derecho cuarto y quinto de la resolución recurrida).

El primero de los motivos se ampara en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alega infracción del párrafo 1.º del artículo 675 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que cita el recurrente, y debe ser rechazado en razón a lo que en el mismo pretende combatirse es la interpretación que del testamento cuya partición se impugna en la demanda que dio lugar a las presentes actuaciones hace la resolución recurrida, sin tener en cuenta, pese a que también lo reconoce en el desarrollo del recurso, que tiene reiteradamente sentado prueba pericial que hace la Sala con relación al valor de las fincas, y a efectos de concluir la inexistencia de un perjuicio en más de la cuarta parte del valor de las fincas que se tasán, lo que hubiese justificado la existencia de una causa de rescisión, olvidando con ello el recurrente que la valoración de la prueba pericial corresponde a la Sala de instancia, la que operará en la misma de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y cuyas conclusiones no pueden, en principio, ser atacadas en casación, salvo excepcionales supuestos que no concurren en este caso.

Comentario.—El Tribunal Supremo basa su decisión, no tanto en la distinción entre el simple «ruego» y la «orden», ni en la fuerza imperativa o no del artículo 1.061 del Código Civil en relación con la posible atribución al contador-partidor de determinadas facultades, sino en que no se ha probado la existencia de lesión para el heredero reclamante en virtud de la adjudicación al legitimario de bienes distintos a las fincas rústicas.

COMUNIDAD HEREDITARIA RETRACTO DE COHEREDEROS. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1997.)

Tratándose de compraventa de bienes determinados y concretos, y no participaciones indivisas de los mismos ni del derecho hereditario de la vendedora, no cabe ejercitar la acción de retracto por los coherederos.

INTERPRETACION DE TESTAMENTO. PROHIBICION DE DISPONER. ARTICULO 675 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La interpretación del testamento impone una interpretación psicológica o personalísima, admisible a través del recurso de casación.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrate don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado número 20 de la capital, en asunto cuyo tema es el siguiente

El testador prohíbe que mientras la titularidad del usufructo recaiga en su esposa se venda o se hipoteque la finca. Fallecida la esposa y habiendo pasado el usufructo del inmueble a una sobrina, uno de los nudo copropietarios vende su nuda propiedad. La sobrina pretende se declare la nulidad de la compraventa por entender la ampara la prohibición testamentaria, tesis que no es compartida por los órganos jurisdiccionales.

Según el más alto Tribunal, la actividad de hermeneusis que preconiza el referido artículo 675 del Código Civil para las disposiciones testamentarias, presenta características específicas e incluso distintas a las que rigen para los contratos. Pues aquella teoría interpretativa debe dirigirse, esencialmente, para explorar la voluntad real del testador, o sea, que proclama esencialmente una tesis absolutamente subjetiva, y así se dice en la jurisprudencia de esta Sala, en concreto, en las Sentencias de 3 de abril de 1965 y 22 de abril de 1978

Es por todo ello por lo que la dirección jurisprudencial marcada por la Sentencia de esta Sala, de fecha 11 de diciembre de 1992, que proclama que la función interpretativa de los testamentos es función de los Tribunales de instancia, deba ser atemperada por la tesis doctrinal que establece que la interpretación subjetiva en materia de disposiciones de última voluntad, además de ser preferente en general, es la que también debe juzgarse consagrada en el Derecho positivo español, y que para una interpretación correcta de un testamento debe hacerse esencialmente desde el punto de vista del testador y de su ambiente. Por lo que se impone, más que una interpretación instrumental, una psicológica o personalísima, admisible a través del recurso de casación.

Es por lo que será procedente, dentro del cauce procesal casacional en que se encuentra la presente contienda judicial, estudiar la actividad hermenéutica testamentaria postulada por la parte recurrente.

Y desde luego dentro de esa actividad es lógico y racional que el testador prohibiera, mientras la titularidad del usufructo recayera en su esposa, la venta e hipoteca del inmueble en cuestión, y así lo plasma en la cláusula 4.ª E del testamento y parte de la 5.ª; pero de esta cláusula *in fine* se deriva, y que para la venta e hipoteca del inmueble, siendo ya titular usufructuaria la sobrina, se precisara la anuencia de la misma con ciertas condiciones, además de la de los nudos propietarios. Pero nunca una interpretación subjetiva de la intencionalidad del testador indica que el mismo tratara, ya en esta segunda fase usufructuaria, de impedir a cualquiera de los nudos copropietarios la realización de su derecho, sobre todo cuando dicha parte indivisa para el nudo copropietario que la vendió constituirá, según la cláusula 4-D, un fideicomiso de residuo procedente de un legado a otra persona. Además que siempre, en todo caso, quedaría garantizado el usufructo de su sobrina, como lo había sido el de su esposa

Comentario.—Frente a una antigua jurisprudencia según la cual la interpretación del testamento era una cuestión de hecho que correspondía exclusivamente a los Tribunales de instancia, se fue abriendo paso la tesis de que se trata de una *quaestio iuris*, susceptible de llevarse a casación al amparo del antiguo artículo 1.692, número 1.º de la LEC, si bien también era posible

basar el recurso en el número 7.º del expresado artículo cuando se trata, más que de la labor interpretativa en sí, de la fijación de los hechos de que ha de partirse y se demuestra el error manifiesto o la equivocación evidente del Tribunal de instancia (Sentencias de 11 de abril de 1958, 24 de noviembre de 1958 y 26 de noviembre de 1960). Siguiendo esta vía aperturista, la sentencia estima revisable en casación la interpretación efectuada en las instancias.

Para decidir el caso, pudo también aducirse que las prohibiciones o limitaciones de disponer son de interpretación estricta.

LEGADO RENUNCIA. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1997.)

La renuncia ha de ser expresa o resultar de hechos que revelen una voluntad tácita

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esa capital. Es de notar que el pleito giraba en torno a los derechos sobre un nicho del cementerio que el yerno viudo pretende corresponderle por haber renunciado su suegra a los derechos en la herencia de su hija.

COLACION. (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1997.)

Al no resultar inoficiosa la donación, no procede traer ésta a colación, dada la prohibición de los testadores.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se desprenden claramente los hechos.

a) Los causantes de los litigantes, el padre don M. G. C. (fallecido el 5 de abril de 1987) y la madre doña R. L. G. (fallecida el 20 de abril de 1988), otorgaron correspondientes testamentos en la misma fecha, 23 de julio de 1986, a medio de los cuales instituyeron herederos, a partes iguales, a sus dos hijos, los litigantes, el actor don M. G. L. y el demandado don C. G. L., haciendo constar en dichos actos de última voluntad que a medio de escritura pública de 6 de febrero de 1984 habían hecho donación a don C. de la casa número 50 (hoy 44) de la calle Recogidas en Granada, «la cual se hizo para compensar de lo que con anterioridad dio en efectivo metálico y la cesión de la razón social M. G. C., dedicada a almacén de cereales y leguminosas al por mayor, a su hijo don M., lo que sin duda de género alguno importa mayor cantidad del valor de lo donado a su nombrado hijo don C. Por lo expuesto declara no colacionables la donación efectuada del inmueble a favor de su hijo don C. y la realizada de efectivo y de la razón social antes dicha»; b) La referida escritura de 6 de febrero de 1984 concreta el bien donado, piso segundo derecha de la casa identificada en el testamento, con una superficie de 185,58 metros cuadrados, y c) Con fecha 12 de junio de 1986, el padre cedió al recurrente (su hijo don M.) el negocio referido (que figura en el Registro Sanitario y de Industria Agraria), que ya venía explotando con anterioridad.

Inadmitidos los motivos uno, dos, siete y octavo, el *tercero* del recurso que planteó el actor del pleito, don M. G. L., denuncia inaplicación del artículo 818 del Código Civil.

Este precepto viene a operar en forma de *computación* del haber hereditario, estableciendo las bases para la *determinación de la legítima*, a cuyo efecto, al ser esta parte alícuota de la masa hereditaria, es preciso fijar mediante la correspondiente prueba el líquido de la misma, que resulta de la diferencia entre el activo (suma del valor de los bienes del causante al tiempo de su fallecimiento) y el pasivo (deudas y cargas del testador hasta el momento de su muerte). El valor líquido así obtenido no es el que sirve de base a la legítima, ya que ha de agregarse a aquél, tratándose de relaciones entre herederos, como es el supuesto de autos, el importe de las donaciones de naturaleza colacionable que refiere el artículo 1.035 del Código Civil —colación en sentido estricto— y en cuanto al valor que tenían al tiempo de realizarse el acto de liberalidad (art. 1.045). Resulta que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración en atención a los artículos 636 y 654 del Código Civil, y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la de libre disposición. No se genera entonces suplemento de la legítima al no resultar perjudicado el heredero forzoso en dicha porción legal y no tiene lugar la imputación cuando en el artículo 1.037 se establece que la colación no procede, si el testador así lo dispone, salvo el supuesto de inoficiosidad. Lo que hay que entender es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinda de aquéllas en el inventario general de los bienes del causante para imputarlas donde resultase preciso (Sentencia de 16 de junio de 1962).

El motivo parece desde el momento en que el Tribunal de instancia no estimó las peticiones *principales* de la demanda y no calificó como *inoficiosa* la donación de la vivienda al demandado (arts. 819 y 1.036 del Código Civil), pues el que recurre no demostró que, efectivamente, resultase dañado en su legítima, teniendo en cuenta que también recibió por vía de donación de sus progenitores el negocio en plena explotación comercial. Dichos causantes se cuidaron en su testamento, tanto por satisfacer escrúpulos morales como en la procura, de que hubiera el máximo equilibrio entre sus dos hijos respecto a sus porciones hereditarias, de hacer constar que la razón social, más concretamente el negocio y lo percibido en metálico, importaba «sin género de duda alguna» mayor valor que el correspondiente al piso donado que se impugnaba. Y si bien tales declaraciones no constituyen efectiva cláusula testamentaria, conforman manifestaciones o disposiciones —conocidas como contenido atípico del testamento—, constitutivas de una situación que se reconoce y subsiste, toda vez que no se cuestionaron con la necesaria actividad probatoria y tampoco fueron impugnados los testamentos de referencia que las contienen, los que asimismo expresan la voluntad de los otorgantes que declararon no colacionables las donaciones de referencia a favor de los litigantes.

No se decreta la *procedencia de la colación* en base a la resultancia probatoria firme y hacerse supuesto de la cuestión al haberse valorado en forma subjetiva e interesada la prueba y hacer aportación de sus propias cuentas del haber hereditario, como si se tratase esta casación de una tercera instancia. La Sala *a quo* sienta, *por falta de prueba convincente*, que no puede fijarse el importe de la legítima para hacer posible la declaración de inoficiosidad de

la donación a favor del recurrido. De esta forma resulta correcto la no aplicación del precepto civil 818 que se denuncia

El motivo *cuarto* aduce no aplicación del artículo 820 del Código Civil y resulta rechazable por consecuencia de la claudicación del anterior, ya que el precepto parte de que se hubiera fijado la legítima, lo que aquí no sucede, para operar las reducciones que procede, a fin de mantener el equilibrio sucesorio de los herederos y respetar su cuota legitimaria en atención a que el valor líquido de los bienes dejados por los causantes a su fallecimiento no era suficiente para cubrirla, no obstante, tener en cuenta la agregación de lo *donatum* el *relictum*.

Una vez más se hace supuesto de la cuestión y se margina la conclusión decisoria del Tribunal de instancia que no fue atacada, por posible error de derecho, con obligada cita de la norma legal correspondiente valorativa de prueba.

F C. L.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

VILLAPALOS SALAS, GUSTAVO: *Justicia y Monarquía (un punto de vista sobre su evolución en el reinado de los Reyes Católicos)*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1997. Un tomo de 326 págs.

Los discursos que pronuncian los Académicos para su ingreso en la Real de Jurisprudencia y Legislación constituyen piezas de densa doctrina jurídica, tal como corresponde a la altura doctrinal de sus autores, elegidos, como se sabe, entre nuestros más destacados juristas.

A ello se une la solemnidad de estos acontecimientos, no sólo importantes por el contenido de los discursos, sino también por el añadido de la tradicional y cuidada escenografía con que se desarrollan. Así, esas procesiones solemnes de los Académicos entrando en el salón, la recepción del electo, la lectura del discurso, la contestación obligada y la ritual imposición de la medalla al nuevo Académico.

Hoy tenemos el ejemplar del discurso del Doctor VILLAPALOS y aquí estamos intentando dar una idea de su contenido. El nuevo Académico comenzó haciendo la alabanza preceptiva de su antecesor en el sillón, que fue el gran historiador del Derecho Fray JOSÉ LÓPEZ ORTIZ, y recordando también a su maestro don ALFONSO GARCÍA GALLO y a otros insignes historiadores jurídicos, diciendo que los temas de Historia del Derecho siguen interesando en cuanto antecedentes en los que se han fundado las actuales instrucciones jurídicas vigentes.

El tema elegido por el Profesor VILLAPALOS es el de la Justicia y la Monarquía, estudiando su evolución en el reinado de los Reyes Católicos, para lo que analiza sucesivamente la creación del Derecho en aquella época como prerrogativa regia, la reforma que tuvo lugar en las instituciones, las jurisdicciones privativas existentes entonces y, por último, el ordenamiento privado, penal y procesal tal como tuvo lugar en aquel reinado.

Reinado brillante, por supuesto, como no ha dudado en calificarlo el nuevo Académico, que nos presenta aquel tiempo como una de las épocas más decisivas de la Historia de España, en la cual, tras una gravísima crisis general, se producen cambios trascendentes en todos los ámbitos: políticos, jurídicos, institucionales, económicos, sociales y culturales y asombrosos éxitos en cada una de las esferas del poder y del funcionamiento de las instituciones, obra de aquellos extraordinarios Reyes. Así lo han reconocido no sólo los propios cronistas de la época (que podrían ser considerados unos turiferarios más o menos obligados), sino también otros grandes autores de la literatura política posterior, hasta los modernos que cita el Profesor VILLAPALOS.

Girando alrededor del «tanto monta» el autor pormenoriza los acontecimientos y logros ocurridos y estima que los Reyes Católicos adoptaron como programa de su actuación la Justicia, con mayúscula, cumpliendo sobradamente el compromiso de reforma que se habían impuesto, partiendo de un principio decididamente ejemplarizador.

En el apartado de la creación del Derecho como prerrogativa regia, el Profesor VILLAPALOS nos dice que en este reinado se asiste al triunfo de dos grandes principios: la tendencia a la estatalización del Derecho y la absorción de la facultad legislativa por el poder soberano. Esta absorción alcanzó un desarrollo paralelo al de la concepción del poder absoluto de los reyes, identificándose la soberanía con la apropiación de las tareas legislativas. Los grandes cuerpos legales de la época como las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo y las Leyes de Toro son buen ejemplo de ello y VILLAPALOS hace un interesantísimo estudio en demostración de su tesis.

También en este período se origina una transformación de los derechos locales y territoriales, mediante la revisión de los textos antiguos con tendencia a su refundición. Pieza destacable es también la primera legislación para las Indias, que en principio se orientó en el deseo de trasplantar la propia organización jurídica y administrativa del Derecho castellano a las tierras que se descubrieron, pero la realidad demostró que este camino no era el más adecuado para regular situaciones muy distintas o incluso totalmente desconocidas a las que se producían en la Península.

La reforma de las instituciones es otro de los puntos especialmente estudiado por el Profesor VILLAPALOS. En aquella época madura el proceso de secularización del Estado, que se va despojando lentamente de sus categorías teológicas y morales y evoluciona hacia una nueva metafísica jurídica. Así aparece el Consejo Real superando con mucho la función consultiva de sus orígenes y la simple colaboración con los monarcas en el gobierno y administración del Reino. Las Ordenanzas de 11 de junio de 1480 definieron ya un Consejo integrado por nueve letrados, tres caballeros y un prelado encargados del despacho ordinario de los negocios públicos.

Los Reyes Católicos entendieron que las Audiencias y Chancillerías eran «la cosa más principal y más excelente de la administración y la ejecución de la justicia» y por ello no sólo confirmaron las normas de sus antecesores, sino que dieron nuevas Ordenanzas para potenciarlas.

Otras instituciones fortalecidas fueron la de los corregidores, confiada a personas con suficiente preparación moral y profesional para desempeñar adecuadamente sus funciones de representantes de la autoridad real en los municipios, y la Hermandad General, como brazo armado de la justicia, guardadora del orden público y semilla de un verdadero ejército profesional.

El acentuamiento de las tendencias estatales y centralizadoras, protagonizado por los Reyes Católicos a partir de las Cortes de Madrigal de 1476, supuso una nueva disposición de las jurisdicciones especiales, reconocidas y reguladas por la legislación general del Reino. VILLAPALOS estudia al respecto la jurisdicción señorial y la defensa del realengo que fue adoptada con decisión por los Reyes, regulando en el Ordenamiento de Montalvo las relaciones de las jurisdicciones administrativas y fiscales entre los señores y la Corona. Se ordenaron debidamente la jurisdicción de la hidalguía, la de las Ordenes Militares, la eclesiástica y el Patronato Real, la inquisitorial, la de moros y judíos, la universitaria, la mercantil y la de la Mesta. Todas ellas son contempladas por el Profesor VILLAPALOS con detalle en su discurso.

La última parte de este discurso académico se refiere al nuevo ordenamiento privado, penal y procesal, lo que se produce a través de las Pragmáticas Reales, Ordenanzas y Ordenamientos, de los cuales el más sobresaliente fue el conocido como «Leyes de Toro» y que constituye una amplísima regulación de las diversas ramas del Derecho, no sólo privado, sino también penal.

y procesal. El nuevo Académico estudia esta regulación empezando por las transformaciones que supone en el Derecho privado y sus instituciones, para seguir con las reformas en los campos penal y procesal.

Termina el Profesor VILLAPALOS diciendo que con razón se califica al reinado de los Reyes Católicos como una época de reformas sustanciales, tanto en la teoría como en la práctica cotidiana y cuya pervivencia es prueba de su bondad en pro del perfeccionamiento del sistema y de la implantación de una justicia más ágil y rápida.

Magnífico y detallado estudio, ciertamente, es el presentado por el Profesor VILLAPALOS para su ingreso como Académico de Número en la Real de Jurisprudencia y Legislación, donde explicó de modo magistral cómo se desarrolló la Justicia en aquella época.

Respondió al discurso el Secretario de la Academia, don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, el cual no tuvo que esforzarse para dar el merecido elogio por ser de justicia, al resaltar la doble vocación docente e investigadora del nuevo Académico.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ *Estudios sobre el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Colección Estudios Jurídicos del Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Marcial Pons Madrid, 1997. Un tomo de 267 págs.

La labor bibliográfica que está desarrollando, de un tiempo a esta parte, el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores es tan notoria que ya ha merecido los justos elogios de varios sectores jurídicos de nuestro entorno.

Lo mismo cabe decir, y lo decimos, del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, que lleva publicado un importante número de obras bajo la colección «Estudios jurídicos», por lo que igualmente se está ganando el aplauso de los juristas y especialmente de los Registradores, a quienes generalmente van dirigidos estos libros, por razón de las materias profesionales que tratan. Entre otros no menos importantes queremos destacar los varios libros sobre «Práctica hipotecaria», de una gran utilidad, y no podemos tampoco olvidar el Boletín que viene lleno de buena doctrina y de casos y sus soluciones de tipo práctico que nos aleccionan y ayudan. Un aplauso, pues, para nuestros amigos y compañeros de Cataluña, a quienes saludamos.

Y el aplauso genérico aquí se torna individualizado para acoger este libro que queremos comentar y que es uno más, y van... ¿cuántos? de nuestro prolífico compañero JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad de Calviá y especialista indiscutido en materias fiscales, a quien nos hemos tenido que referir ya en tantas ocasiones, pues no para de escribir.

Aquí recoge las novedades más salientes que contiene el Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto de 29 de mayo de 1995, unas veces de acuerdo con la Ley y otras saliéndose un poco de ella. Ya es mítico, aunque no sea verdadero, el dicho atribuido al Conde de Romanones que afirmaba no importarle que sus antagonistas políticos promulgasen una ley, con tal que a él le dejaran redactar el reglamento correspondiente.

Lo que hace JOSÉ MENÉNDEZ es estudiar los aspectos más salientes del Reglamento y analizar cuando es conforme con la legislación tributaria y cuando se sale un poquitín del cauce básico, introduciendo excesos *extra legem*. Para ello, el autor ha tenido también en cuenta las reformas de la Ley General Tributaria introducidas por la Ley 25/1995, de 20 de julio, y las que ha experimentado el Código Penal por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de julio, donde se da un nuevo tratamiento a los delitos contra la Hacienda Pública.

JOSÉ MENÉNDEZ ha publicado numerosos trabajos puntuales sobre temas prácticos del Impuesto y ahora agrupa y publica una serie de otros varios casos más, reuniéndolos en este libro, para dar una visión conjunta y orgánica de los problemas más frecuentes que se presentan en las Oficinas Liquidadoras. Su valor práctico es evidente en cuanto que, como él mismo nos dice, los problemas puntuales que se suscitan en la praxis cotidiana difícilmente encuentran solución en los textos legales o en los diversos libros que conforman la doctrina especializada, porque unos y otros inciden también en la enunciación o en el comentario de los temas básicos del tributo. Por otra parte, nos dice también, la jurisprudencia de los altos tribunales es de elaboración tardía y los profesionales y asesores precisan de la guía de unos comentarios que se adentren en los vericuetos «vírgenes» de la regulación legal.

Efectivamente, amigo MENÉNDEZ, consigues con tu libro una buena labor de roturación y avanzadilla y lo haces siguiendo tu clásico lema, que nos lo sigues poniendo en latín: «In lege unitas, in opinionibus plena libertas». O sea, que respetando escrupulosamente el mandato legal siempre, mantienes el criterio de total independencia para formular las críticas que correspondan.

Siguiendo el hilo del propio articulado del Reglamento, el libro contiene una gran variedad de cuestiones, que se dividen en cinco grandes partes.

En la primera, bajo el título de naturaleza, contenido y principios generales, se contempla la posición del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en relación con el soporte documental de los actos, la incompatibilidad entre transmisiones y operaciones societarias, la calificación jurídica de los actos liquidables, según su variedad, y las cuestiones que suscita la aplicación territorial del Impuesto.

En la parte segunda, referente a las Transmisiones Patrimoniales en especial, estudia diversos puntos concretos que se refieren al hecho imponible, al sujeto pasivo, la base imponible y la cuota tributaria.

Las operaciones societarias se estudian en la parte tercera, siguiendo en la exposición los mismos apartados que hemos dicho antes.

En la parte cuarta el autor analiza varias cuestiones del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, clasificados según que los documentos a liquidar sean notariales, mercantiles o administrativos.

Y en la parte quinta y final del libro se desarrollan las cuestiones que pueden englobarse bajo la rúbrica reglamentaria de disposiciones comunes a estos Impuestos. Aquí el autor repasa temas sobre beneficios fiscales, comprobación de valores, devengo y prescripción del Impuesto, su gestión y régimen sancionador. Y como colofón necesario y utilísimo termina estudiando con detalle la encomienda que se ha adjudicado a los Registradores de la Propiedad de funciones de la gestión y liquidación del Impuesto, últimamente reafirmada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, con las normas que han venido a complementarla.

A JOSÉ MENÉNDEZ no es preciso hacerle frases laudatorias sobre su infatigable labor. Tiene una impresionante lista de nada menos que 205 obras

jurídicas escritas y publicadas por él. Este libro que acabamos de condensar es muy bueno y además, sencillamente, práctico y utilísimo. No es sólo para que lo lean los Registradores que son Liquidadores; habrán de tenerlo cerca y consultarlo continuamente.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

JEAN IMBERT: *Histoire du droit privé*. París, 1996, 8.^a ed, 126 págs

JEAN IMBERT es una de las figuras más sobresalientes del mundo jurídico francés que ha destacado por sus estudios relativos, tanto a la evolución general como a las instituciones del Derecho histórico civil en Francia.

El planteamiento de esta síntesis, que alcanza ya su octava edición, es presentar un original modo de describir la historia del Derecho Civil utilizando para ello la inserción de los institutos jurídicos privados en la paulatina evolución del medio político en la que cabe situarlos. Es relevante la importancia que da por la incidencia que tiene en lo que al Derecho Civil se refiere y, como no era menos de esperar, a la Revolución Francesa y a la posterior unificación napoleónica.

JEAN IMBERT da respuesta y explicación de la rapidez con la que se elaboró el Code Civil de 1804: la encontramos en la inteligencia y proporcionalidad que estuvieron presentes en las soluciones que se adoptaron por el propio Napoleón en multitud de materias controvertidas ante las que se encontró. De todos es conocido el proceso de elaboración de texto, los cuatro juristas que intervinieron más directamente en el desarrollo del mismo y el compromiso que en aquél se observa entre el Derecho Romano y el Derecho Consuetudinario, relación que supuso un freno a algunas de las medidas liberalizadoras de la legislación revolucionaria anterior.

En 1793 se había preconizado la instauración de la igualdad de sexos, pero en la redacción del Código se observó que el verdadero orden no radicaba sino en la supremacía de mando. Bonaparte se ocupó de concretar esta idea en el Code Civil de 1804, de forma que la mujer, al salir de la tutela de su familia, pasaba a la de su marido, sin que en ningún momento pudiese participar en la administración de los bienes comunes ni adquirir ningún tipo de obligación si no mediaba el consentimiento del marido para ello.

La peculiar redacción del divorcio por adulterio que aparece en el Code Civil de 1804 se debe a que, según JEAN ETIENNE MARIE PORTALIS (1745-1807), la infidelidad de la mujer era más peligrosa que la del esposo. Sin embargo, las causas de divorcio, que en el Decreto de 1792 eran siete, fueron reducidas a tres por el Código de 1804.

IMBERT se detiene en el análisis de la eliminación de las desigualdades feudales y la supresión de las manos muertas, la abolición de las distinciones honoríficas, del uso de los títulos nobiliarios y la implantación de numerosas medidas fiscales, ya que dentro de la estructura feudal no estaban lo suficientemente bien delimitados y definidos ni los impuestos ni los pagos sobre la tierra derivados de las relaciones de Derecho privado. Así, la revolución fue, en esencia, una traslación de la propiedad y se puede observar que, tras la misma, las cargas feudales que eran del señor y sobre las que ejercía un dominio directo fueron sustituidas por el impuesto que tuvo que abonarse al Estado como claro reconocimiento a su soberanía.

Con respecto a la tierra, el feudo suponía la división del dominio, la separación entre el dominio directo y el dominio útil, y aun cuando realmente no llegaba a explotarse, se trataba al menos de un derecho honorífico. Al mismo tiempo, el feudo se traducía en una serie de obligaciones financieras que nacían cuando el vasallo moría o simplemente vendía su tierra.

En relación a los censos, también se dividían en los de dominio directo y dominio útil, sólo que en estos casos existía la posibilidad de renunciar al censo si éste resultaba ser muy desfavorable.

En el estudio de la evolución histórica del Derecho Civil francés no puede faltar una mención al instituto jurídico de la prescripción de año y día, que posteriormente acogieron otros países. Sin embargo, IMBERT no se ocupa de esta difusión europea. De todas formas, el trabajo clásico de MAITLAND, *Possession for year and day*, publicado en 1889, no ha sido superado en esta materia.

No falta en el libro de IMBERT mención a toda la problemática planteada con la superación del Code Civil, el nacimiento del Derecho del Trabajo, las transformaciones que respecto a los principios e institutos jurídicos se derivan de los avances experimentados en el campo de la Biología y de la Medicina y la importancia creciente que, desde la segunda mitad del siglo XIX, tienen las normas y acuerdos internacionales respecto a las relaciones privadas.

Miembro del Institut de France y autor de varios centenares de publicaciones, JEAN IMBERT logra en esta apretada y concisa síntesis un nivel de excelencia en el tratamiento de las materias del Derecho de familia y de la propiedad inmobiliaria en el devenir histórico francés.

ELENA MARTÍNEZ BARRIOS

RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL, y HORNERO MÉNDEZ, CÉSAR: *Propiedad Horizontal: ¿es siempre necesaria la unanimidad para alterar un elemento común?* Tecnos. Madrid, 1997, Colección Jurisprudencia Práctica n.º 133, pág. 60.

Una simple ojeada al título de esta obra introduce al lector de lleno en el objeto de su estudio: el análisis del sistema de adopción de acuerdos previsto en la Ley de Propiedad Horizontal para alterar algún elemento común.

Sin abrir el libro se ve el meollo del mismo. Semejante acierto es digno de elogio para un trabajo como éste eminentemente práctico. Por otra parte, el hecho de intitularlo formulando una pregunta crea una mayor expectación e incita a tomar posición y contestar.

A primera vista la respuesta parece clara: es necesaria la unanimidad para la validez de los acuerdos de la junta de propietarios que impliquen «aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en sus estatutos» (art. 16.1 LPH). Pero, a lo largo de la exposición, nos van mostrando los intentos legislativos y jurisprudenciales para moderar el rigor de la norma que estamos comentando.

El estudio, al igual que el resto de la colección a la que pertenece, se presenta dividido en dos partes, una introductoria en la que los autores hacen un análisis del tema y una segunda parte en la que se lleva a cabo una selección de jurisprudencia sobre la materia. La sistemática resulta sencilla, de fácil manejo, perfectamente estructurada, de forma que permite acceder de un modo muy rápido a la información deseada. Con algo tan simple como un asterisco se guía al lector para que pueda consultar inmediatamente las sen-

tencias que exigen la unanimidad o, por el contrario, aquéllas que optan por atenuar el rigor de este requisito.

Observan M. RIVERA FERNÁNDEZ y C. HORNERO MÉNDEZ que el artículo 16.1 de la LPH trata de evitar que el interés de la comunidad resulte perjudicado. Pero, como se pone de manifiesto, la rigidez de la misma es enorme y no siempre se utiliza para proteger a la mayoría, sino, todo lo contrario, para defender intereses distintos de los generales o bien para boicotear sistemáticamente los acuerdos de la junta.

El derecho de veto que puede ejercitar uno de los copropietarios puede bloquear una decisión adoptada por el resto, lo cual lleva a los autores a plantearse si no estamos ante un ejercicio abusivo de un derecho.

No obstante lo anterior, observan una cierta «flexibilización» en la exigencia del requisito de la unanimidad, muy tenue en la propia LPH y más clara en la jurisprudencia. Lanzan el reto de que esta tendencia sirva de pauta interpretativa para los tribunales y de base para acometer en el futuro una reforma legislativa en el mismo sentido.

Como síntomas de esta tendencia de moderación de la unanimidad recogen dentro de la LPH, artículo 16:

— El consentimiento tácito o presunto de aquellos propietarios que no hubiesen asistido a la junta

— La rebaja de los votos necesarios a las 3/5 partes del total de los propietarios que a su vez representen los 3/5 de las cuotas de participación cuando se trate de obras cuya finalidad sea la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía.

La tendencia flexibilizadora que se aprecia en algunas sentencias del Tribunal Supremo apoya sus argumentaciones, en unos casos, en la presunción de un consentimiento tácito de la comunidad basándose en la falta de oposición durante varios años (STS de 28 de abril de 1986, RA 2064; 28 de abril de 1992, RA 4467). Si bien, las sentencias que exigen la unanimidad señalan que el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestran de manera segura el pensamiento de conformidad del agente, porque el simple conocimiento de actos sancionables no implica consentimiento; además, el retraso en el ejercicio de la demanda no tiene trascendencia jurídica (STS de 19 de diciembre de 1990, RA 10287).

Muy interesante resulta otro grupo de sentencias que utilizan como argumentos la conducta antisocial y el abuso del derecho para aquellos casos en que alguno de los condóminos no presta su conformidad a la realización de obras cuya utilidad para el conjunto resulta obvia, llegándolos a asimilar alguna sentencia con los actos de emulación (STS de 14 de julio de 1992, RA 6293).

Todo lo expuesto induce a pensar que es necesario proceder a una interpretación sociológica del artículo 16.1 de la LPH que proteja los intereses legítimos de la mayoría, como dice la STS de 13 de julio de 1994, RA 6435, al contemplar el supuesto de la instalación *ex novo* de un ascensor, considerando que no es necesaria la unanimidad por tratarse de una modificación «que en forma alguna podrá reputarse arbitraria, sino, por el contrario, acorde a la esencia del derecho», máxime cuando se condonaron los costos de instalación y mantenimiento a los que se oponían a dicha medida, pese a su posibilidad de utilizarlo. En definitiva, entiende el Tribunal Supremo que «supone una mejora general para los propietarios de la finca, y, lo que tam-

bién es importante, comporta una acción igualitaria de las condiciones de vida de quienes, por su condición de minusválidos, se hallaban dificultados para el acceso a la vivienda que habitaban».

En cuanto a las minusvalías habrá que interpretarlas, dentro de este contexto, en un sentido amplio, pues existe un número muy elevado de personas a las que, en principio, no se les aplicaría el calificativo de minusválidos, pero que, sin embargo, por motivos de enfermedad o de edad pueden tener grandes dificultades, cuando no imposibilidad para algo tan aparentemente sencillo como es subir una escalera.

Después de realizar esta pequeña síntesis del libro se ha puesto de manifiesto que la presente obra supone un estudio serio, riguroso, científico sobre un tema de palpitante actualidad. Aporta un punto de vista original al trabajar sobre un grupo de sentencias del Tribunal Supremo que intentan dar un giro a la interpretación del artículo 16 de la LPH, dotándola tal vez de un mayor sentido jurídico al interpretar este precepto a la luz de la Constitución y del principio de la buena fe y de prohibición del abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo (art. 7 del Código Civil).

Merece destacarse la labor que para los juristas está llevando a cabo la Colección de Jurisprudencia Práctica en la cual se ha publicado este trabajo. Auna la calidad de los trabajos y un gran sentido práctico. Para una consulta sobre un tema concreto resulta una herramienta de gran utilidad. No resulta extraño que, dentro del mundo del Derecho, haya supuesto un hito con un éxito editorial sin precedentes. Son libros asequibles, breves, centran su estudio en temas de palpitante actualidad, tienen una vocación eminentemente práctica, constituyendo un pequeño estudio monográfico elaborado con un gran nivel científico que acredita una profunda labor de investigación. Aportan, además, una bibliografía básica muy concreta que resulta de sumo interés si se quiere indagar más sobre el tema.

Felicidades a Tecnos por haberse embarcado en esta aventura editorial y, en especial, al Director de la Colección de Jurisprudencia Práctica, el profesor CARLOS LASARTE ALVAREZ.

Desde estas líneas quiero desear una larga vida a esta Colección para que siga ilustrándonos con títulos tan sugestivos como los hasta ahora publicados.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1997. Un tomo de 258 págs.

El principio de especialidad, que es uno de los más característicos de nuestro sistema registral, en cuanto que la publicidad requiere una clara determinación de los derechos que se inscriben, incide de modo especial en la hipoteca, tal como puede verse en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria y en los demás artículos que la regulan.

La razón es bien sencilla en cuanto que se trata de publicar *erga omnes* cuál es el crédito asegurado, para que todos sepan sin dudar hasta dónde llega la carga impuesta sobre la finca.

Por eso la siempre cuidadosa calificación de los Registradores se agudiza, más aún si cabe, ante los pactos cada vez más alambicados que inventan las entidades de crédito para proteger sus operaciones y de ahí la frecuencia de notas adversas, con los consiguientes recursos sobre la materia.

Uno de los supuestos que se han presentado son las llamadas un tanto peyorativamente, pero de modo gráfico, hipotecas flotantes o sumideros, que vienen a ser como un enorme saco sin fondo en que se suelen acumular una multitud de obligaciones variopintas e indeterminadas en el intento de incluirlas bajo el manto protector de una hipoteca única, aunque sea global en su contenido.

El tema fue tratado en varios trabajos por nuestro recordado compañero JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, que hizo un concienzudo estudio, inicialmente crítico, pero llegando después a admitir algunas soluciones permisivas.

Ahora aborda el tema bajo términos muy completos en este interesante libro, estupendamente escrito, la Doctora ENCARNA CORDERO LOBATO, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, mi tierra, quien es conocida de nuestros lectores porque hace poco le hicimos en estas páginas la recensión de su Tesis Doctoral sobre el crédito refaccionario. En dicha Tesis defendía la idea de que no estaba justificado el privilegio del acreedor refaccionario si éste, pudiendo asegurar su crédito de otro modo, no lo hizo. Según decía su propio Director en el prólogo, la doctoranda, ya Doctora, defendía su idea con una cierta dosis de atrevimiento, pero con una buena información y tratándola con un buen grado de profundidad, lo que justificaba suficientemente su postura.

Aquí, al estudiar la hipoteca global, ha empleado una técnica expositiva parecida a la de una tesis doctoral en cuanto defiende con empeño la posibilidad de esta hipoteca en tanto se den las bases para obtener la determinabilidad del crédito garantizado al menos en el momento de la ejecución. Reconoce que la jurisprudencia registral reciente le es adversa, pero defiende esta figura que, según ella, permitiría al deudor acceder al mercado del crédito con un abaratamiento de costes superior al que admiten las garantías singulares. Es común la intermediación de un profesional del crédito, el cual, de esta forma, ahorra los costes de los aseguramientos particulares de los diversos acreedores, resultando éstos absorbidos por las garantías prestadas a la entidad financiera. La autora cita como supuestos admitidos el de la garantía global de los contratistas frente a las Administraciones Públicas, las garantías prendarias globales que admite la Ley de Cataluña de 29 de noviembre de 1991 y las cláusulas de globalización en el contrato de fianza que ha recibido la jurisprudencia.

La hipoteca global, según la autora, se caracteriza por tener una cobertura en garantía que no está determinada *ab initio*, sino que tan sólo es determinable en función de los criterios de integración especificados en el título constitutivo. De esta forma, la hipoteca asegura, hasta un máximo de responsabilidad, todas aquellas obligaciones que, ilimitadas en su número, sean integrables en la cobertura por ajustarse a alguno de los criterios de globalización pactados.

Se suelen englobar las obligaciones que nacen de una relación jurídica existente o futura especificada en el título; la cláusula más frecuente es aquella que abarca todas las obligaciones en el ámbito de la actividad comercial a la que se dedica el acreedor. Si se incluyen obligaciones futuras, se suele fijar un límite temporal y siendo el acreedor, como es normal, una entidad finan-

ciera, la relación continuada se refleja en una cuenta corriente; en todo caso, al no estar determinada la cantidad del crédito *ab initio*, forzosamente ha de fijarse un máximo. Dada la indeterminación inicial de la cobertura y la falta de fe pública registral en las obligaciones garantizadas, no existe la posibilidad de utilizar el título constitutivo para la ejecución y por ello es normal el pacto de que el saldo se refleje en su día mediante la certificación de la entidad bancaria o señalar cuáles serán los títulos que documenten las distintas obligaciones.

En el capítulo segundo se estudia la posición de la Dirección General, negativa a partir de la Resolución de 4 de julio de 1984 y que la propia autora resume así: *a)* Se estima que las cláusulas de globalización en garantía de obligaciones puramente futuras contravienen las exigencias del principio de determinación. *b)* Se considera que la hipoteca que garantiza obligaciones futuras no cumple el requisito de accesoriedad de la garantía. *c)* La hipoteca en aseguramiento de obligaciones puramente futuras supone una anticipación de la garantía contraria al régimen de prelación de créditos. *d)* Igualmente, esta figura bloquea el inmueble gravado, encadenando al deudor, que ve mermado su crédito territorial sin justificación. *e)* Además, hace imposible la cancelación del gravamen si la obligación no llega a nacer, pues obliga al deudor a probar los hechos negativos, y *f)* Estas cláusulas de globalización contravienen el principio de accesoriedad, pues la garantía tendría un carácter flotante asegurando indistintamente unas y otras obligaciones.

A continuación la autora pone todo su empeño en tratar de rebatir esos argumentos, empezando por decir que el hecho de que la hipoteca sea oponible a terceros no supone que la indeterminación de la deuda sea obstáculo para la existencia del contrato. El artículo 1.273 del Código da por válida una deuda con tal que pueda determinarse en el futuro sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

Desde el punto de vista de la accesoriedad es irrelevante, según ella, que se trate de una obligación futura, pues la hipoteca podría ejecutarse si la obligación efectivamente nace y resulta incumplida. Dice que tampoco supone que esta hipoteca adquiera rango preferente respecto a los acreedores inscritos en tiempo intermedio ni contraviene al régimen de prelación de créditos, pues conforme a éste el acreedor de mejor derecho es el anteriormente inscrito, con independencia de la fecha de los créditos garantizados. Reconoce que el reproche más consistente consiste en el bloqueo patrimonial que suponen estas garantías anticipadas al nacimiento de la obligación; trata de salvar la objeción diciendo que es imprescindible que el deudor disponga de la facultad de desistir en cualquier momento de la relación de aseguramiento, esto es, de delimitar la cobertura en garantía con efectos pro futuro. Y termina sus alegatos diciendo que el principio de especialidad sólo exige la asignación separada de una porción de valor en garantía cuando la hipoteca asegura obligaciones inicialmente determinadas en su cuantía; por el contrario, dice, como ocurre en la hipoteca global, si las obligaciones son de cuantía incierta, basta con que todas ellas puedan garantizarse con una única cifra máxima de responsabilidad.

En el capítulo tercero el libro estudia la posibilidad de transmitir la titularidad de una hipoteca global; para ello se parte de una base discutible y es la innecesariedad de inscribir la cesión, aunque otra cosa muy distinta diga el artículo 149 de la Ley Hipotecaria. De ahí deriva la autora la idea de que es posible la cesión de todos o algunos de los créditos incluidos en la hipoteca

global; en estos casos, dice, el cesionario tendría que acreditar extrarregistralmente el nacimiento de la obligación y su cuantía en el momento de la ejecución.

En el capítulo cuarto se analiza la difícil cuestión de la cancelación de estas hipotecas, dificultad y aun imposibilidad en la práctica, tal como se resaltó en la Resolución de 17 de enero de 1994. La autora trata de defenderse de las objeciones que pueden nacer de la incertidumbre sobre la extinción de los créditos y el problema del cómputo del plazo de prescripción de la acción hipotecaria. En último término, por supuesto, habría que acudir al enojoso expediente de liberación de cargas y gravámenes.

Por último, en el capítulo quinto se aborda el problema principal de estas hipotecas globales que es el de su ejecución, pues al existir un déficit absoluto en cuanto a la certeza de las obligaciones garantizadas, es preciso acreditar su nacimiento, vencimiento y cuantía, por ello la doctrina y la Dirección General se han pronunciado en contra de la viabilidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131; la única posibilidad sería la de que por medio de la nota marginal del artículo 143 se hubiera hecho constar la existencia concreta del crédito en que se basa la ejecución.

En resumen, la autora, que reconoce las dificultades de su empresa, rompe valientemente una lanza, como nuestro Don Quijote contra los molinos, defendiendo con ardor y buena doctrina esa figura difícil de encajar en el sistema de la hipoteca global. Hemos de felicitarla porque el libro está muy bien escrito y sus argumentos se resumen en unas bien redactadas conclusiones que, cual si fueren corolarios de una tesis, aparecen incluso tan convincentes que quizá pudieran tener algún día la suficiente virtualidad como para abrir la puerta a una hipoteca que aún tropieza con evidentes dificultades para poder ser aplicada en la práctica.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

O'CALLAGHAN, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Derechos Reales e Hipotecario*. (Adaptado al programa de las pruebas selectivas para el acceso a la Carrera Judicial. Acuerdos del C.G.P.J. de 28 de mayo y 31 de julio de 1996.) Tercera edición corregida y puesta al día. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). Impr. Nueva Imprenta, S. A., Madrid, 1997. Un volumen de 486 págs.

I. EL AUTOR Y SU OBRA

1 Una remisión a lo que expuse en estas mismas páginas meses atrás (v. *RCDI*, número 639, marzo-abril 1997, págs. 728 y ss.) en orden a la semblanza y características del autor parece aquí procedente.

Reflejaba allí el ejemplo *didáctico* de su conocido '*Compendio*'. El propio autor nos decía en la precedente edición de este mismo volumen (Edersa, 1985, págs. 9 y ss.):

«La idea sigue siendo la misma, como no podía ser menos. No pretende llegar a la amplitud ni a la categoría de un Tratado ni, desde luego, baja al

nivel de unos apuntes, siempre insuficientes para un estudiante o un opositor e inútiles para un jurista.

Se pretende el término medio que responda al concepto de "Compendio": se recoge la normativa positiva completa, se anuncia y resume la doctrina y se cita Jurisprudencia moderna. Se menciona el Derecho hipotecario y el Derecho comparado tan sólo en cuanto interesa para la comprensión y el estudio de la institución vigente.

"Compendio" es palabra definida por el Diccionario de la Lengua Española (20.^a ed., Madrid, 1984, t. I, pág. 347) como "breve y sumaria exposición, oral o escrita, de lo más sustancial de una materia ya expuesta latamente".

En el Derecho civil se sigue investigando y se siguen publicando estudios nuevos. En el "compendio" se expone, sumariamente, lo que se ha dicho y está aceptado —sigue vigente, podríamos decir— en este momento: de aquí la importancia de que un compendio o manual sea moderno, construido con fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales modernas.

Al estudiante, opositor y jurista le es interesante estudiar o consultar, ante todo y en primer lugar, un "compendio" o manual moderno. El detalle o el problema concreto lo debe buscar, tras consultar el anterior, en una concreta monografía, si la hay, o en una obra más extensa, completa y de investigación, como la tenemos en este momento en los "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales" (Edersa).»

Aquí trato ahora de dar breve noticia de la reciente aparición de su tomo III dedicado a 'Derechos Reales e Hipotecario'. También allí me refería a la divulgación entre el sector estudiantil —me consta, por razones que no son del caso— y a su trascendencia más allá de los destinatarios lógicos de la obra (los opositores a la carrera judicial). Aquí debo dar por reproducidos los mismos términos que en mi recensión precedente citada, quizá más todavía dado el rigor técnico que exige *la segunda parte de este volumen* y su enorme claridad expositiva y facilidad de comprensión.

2. En cuanto a este tomo III (*Derecho Reales e Hipotecario*), su contenido se corresponde —lógicamente— con el 'Programa' de ingreso en la carrera judicial ya aludido y los temas se enumeran como '*Lecciones*', de la 1 a la 22.

Siguiendo el índice de este volumen, *la estructura general* del mismo es como sigue:

1.º El derecho real. Caracteres. Clases. Régimen de los bienes y de los derechos reales en el Derecho Internacional Privado.

2.º La posesión. Clases. Adquisición, conservación y pérdida. Efectos. La tutela de la posesión.

3.º El derecho de propiedad: concepto. Fundamento. Evolución histórica. Contenido. Acciones que protegen el dominio.

4.º La función social de la propiedad. Limitaciones de utilidad pública y de utilidad privada. Las relaciones de vecindad.

5.º Régimen jurídico de la propiedad urbana. Legislación de viviendas de protección oficial. La propiedad rústica.

6.º Modos de adquirir el dominio. Teoría del título y el modo. La tradición. Función de la inscripción en las transmisiones.

7.º La accesión. Clases. Accesión continua. Accesión discreta. Especial referencia a la doctrina de los frutos.

8.º La ocupación. La usucapión. Los modos de perder el dominio. Referencia a las adquisiciones *a non domino*.

9.º La comunidad de bienes. El condominio. Comunidades especiales.

10. La propiedad horizontal. Naturaleza jurídica. Constitución. Contenido Organización. Extinción.

11. Propiedades especiales. Aguas. Minas. Propiedad intelectual. Propiedad industrial

12. El usufructo. Constitución Extinción. Contenido. Referencia a los usufructos especiales. Derechos de uso y habitación.

13. El derecho real de servidumbre. Servidumbres personales. Servidumbres reales. Constitución. Contenido Extinción

14. Servidumbres legales Servidumbre de aguas. Servidumbre de paso Servidumbre de medianería. Servidumbre de luces y vistas. Servidumbre de desagüe de edificios. Distancias y obras intermedias. Referencia a las servidumbres en los Derechos Forales.

15. El derecho real de censo. El derecho de superficie. Referencia a los censos en los Derechos Forales.

16. Derechos reales de garantía. La prenda. El derecho real de anticresis

17. La hipoteca inmobiliaria. Requisitos subjetivos. Objeto de la hipoteca: cosas y derechos susceptibles de ser hipotecados. Extensión de la hipoteca Efectos Extinción. Las hipotecas legales.

18. La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. La prenda sin desplazamiento. La hipoteca mobiliaria.

19. Conceptos previos (Derecho inmobiliario registral y Derecho hipotecario). El Registro de la Propiedad. Sistemas registrales. Delimitación de la materia inscribible: el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Títulos inscribibles. Asientos registrales.

20. Los principios hipotecarios. El principio de inscripción. El principio de legalidad. Presunción de exactitud registral Principio de especialidad. El principio de prioridad El principio de tracto sucesivo

21. La fe pública registral: examen del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El Registro de la Propiedad y la prescripción.

22. La anotación preventiva. Clases Consideración de las singulares anotaciones preventivas. Especial consideración de las anotaciones preventivas de demanda y embargo. Su caducidad Conversión de anotación en inscripción

3. Innecesario parece —a mi juicio— detallar el *contenido* de todo este volumen, materias por lo demás perfectamente conocidas de los lectores de esta revista y a las que muchos de ellos dedican horas y horas de su difícil ejercicio profesional. Es, sin embargo, digno de anotar que, siendo un libro más bien «*de iniciación*» a cada materia, resulte no sólo inteligible *para el no iniciado*, sino también asumible, aceptable y adaptable *para el profesional ejerciente* cualquiera que sea la formación de éste o el magisterio en su día recibido en estos temas.

Tengo que reiterar, una vez más, la claridad expositiva en la redacción de la obra, las oportunas y actuales *notas a pie de página*, las *referencias jurisprudenciales* (dependiendo de la materia respectiva: simples, breves o resumidas, según el supuesto de hecho) y el muy notable *esfuerzo de síntesis y resumen* de las distintas posiciones doctrinales *en toda la segunda parte* de la obra. De nuevo tomo la palabra al autor en su 'Presentación' a la edición anterior de este volumen:

«La extensión que se ha dado a este tomo coincide con la idea que se tenía al redactar los demás. Ni tan largo como un Tratado ni tan escueto e insuficiente como unos apuntes. Difícil equilibrio, que no siempre se consigue. En todo caso, el profesor o el propio estudioso acotará aquello que entienda que le sobra o añadirá detalles que le interesen. Es indudable y, por tanto, inevitable que hay temas más largos que otros, sin que el autor deba igualarlos artificialmente o eliminar puntos que deban ser analizados.»

II. COMENTARIO DE CONJUNTO

1. *Una visión panorámica o global* de este volumen me lleva a presentar los que —en mi opinión— son los *puntos relevantes* de esta obra, como sigue:

- Concepción clásica sobre los derechos reales, sus caracteres y clasificación, y adopción del criterio de *numerus apertus* en orden al sistema de creación de derechos reales (conforme a nuestra más reciente y autorizada doctrina y jurisprudencia —ésta, actualísima—).

- Resumen de toda la teoría de la posesión: con abundante jurisprudencia en tema de posesión de buena fe, de bienes muebles (art. 464 CC) y de auto-defensa del poseedor.

- Resumen de la configuración del derecho de propiedad en la realidad actual, con especial relieve del análisis de las acciones *reivindicatoria* y *declarativa*, también con una abundante jurisprudencia en orden a los requisitos de una y otra acción citadas.

- Examen de la función social de la propiedad —también con jurisprudencia— y de sus limitaciones (abuso del derecho —jurisprudencia asimismo abundante—, *ius usus incommuni*, tanteos y retractos legales —con jurisprudencia—, limitaciones de la zona marítimo terrestre —con jurisprudencia—, prohibiciones de disponer) y de las relaciones de vecindad.

- Estudio completo y actual del régimen jurídico de la propiedad urbana y de la propiedad rústica.

- Análisis de los modos de adquirir el dominio, de la teoría del título y el modo —con jurisprudencia— de las distintas modalidades de la tradición —especialmente de la tradición instrumental y su abundante jurisprudencia— y de la función que cumple la inscripción en el Registro de la Propiedad en las transmisiones de inmuebles.

- Estudio acabado de toda la teoría de la accesión —con la jurisprudencia en tema de construcción en suelo propio o ajeno—, con especial incidencia en orden a la accesión invertida (con una muy abundante jurisprudencia) y a la doctrina de los frutos.

- Examen muy completo —siguiendo a F. PANTALEÓN— de la ocupación.

- Análisis de la usucapción (con abundante jurisprudencia de orden a sus requisitos) y un resumen claro de la relación entre la usucapción y el Registro de la Propiedad.

- Referencia a los modos de perder el dominio.

- Tratamiento muy completo de la comunidad de bienes y sus variantes (con jurisprudencia puntual y actualizada en cada materia), así como de las comunidades especiales y de la denominada '*multipropiedad*' —de la que el autor es un notorio experto.

- Análisis detenido de la propiedad horizontal, con una muy abundante bibliografía y jurisprudencia actualizadas.

• Estudio de las llamadas propiedades especiales, con muy cuidada jurisprudencia en el tema de la *propiedad intelectual* —del que también es gran experto y conocedor el autor—.

• Tratamiento muy claro y sistemático del usufructo, de los usufructos especiales y de los derechos de uso y habitación.

• Exposición del derecho real de servidumbre, sus caracteres y sus distintas clases, con muy puntuales notas bibliográficas y jurisprudencia al día.

• Estudio de todas las servidumbres legales y de las peculiaridades en materia de servidumbres en los Derechos Forales.

• Análisis del derecho real de censo y sus especies, del derecho de superficie, así como las referencias a los Derechos Forales.

• Estudio de los derechos reales de garantía, del derecho real de prenda —con jurisprudencia al día— y del derecho real de anticresis.

• Tratamiento muy completo y perfectamente resumido del derecho real de hipoteca, en sus modalidades de voluntaria y legal. una abundante y cuidada jurisprudencia, siempre actualizada, perfila este tema *que queda así como modelo emblemático de toda la obra*.

• Análisis de la prenda sin desplazamiento y de la hipoteca mobiliaria

• Dedicar las *Lecciones 19 a 22* al examen detenido de *todo el contenido* del '*Derecho inmobiliario registral*' o '*Derecho hipotecario*'. Retomando, una vez más, las palabras del propio Autor en la edición precedente de este volumen:

«El Derecho hipotecario ha tenido una elaboración más compleja. El programa tiene tan sólo cuatro temas. Se han seguido éstos, pregunta por pregunta... Se ha intentado, en lo posible, que el texto fuera claro, pues el Derecho hipotecario tiene más trascendencia en la realidad jurídica de la que se le da en los programas y es más sencillo de lo que parece en las clases.»

En la versión del autor el '*Derecho inmobiliario registral*' es analizado y sistematizado brillante y exhaustivamente, como sigue:

— En orden a las acepciones del Registro de la Propiedad y de los sistemas registrales en la actualidad.

— En orden a la materia inscribible, a los títulos inscribibles y a los asientos registrales.

— En orden a los principios hipotecarios, considerados como «las reglas fundamentales que sirven de base al sistema hipotecario de un país determinado».

— En orden al concepto, presupuestos y ámbito de la llamada «fe pública registral».

— En orden a la conexión del Registro de la Propiedad y la institución de la prescripción.

— En orden al concepto, clases, modalidades y efectos de las anotaciones preventivas

2. Repasando esta *estructura y contenido* del volumen reseñado, se nos muestra, una vez más, el cuidado con el que el Autor ha hecho la combinación de teoría y de práctica jurídicas. Con las mismas palabras del autor, en la edición precedente

«El método y sistemática de este tomo de Derechos reales es igual al de los tomos anteriores.

Las lecciones y preguntas de Derechos reales se ajustan al programa de las oposiciones a ingreso en la Escuela Judicial, carreras judicial y fiscal, que es distinto a los demás programas de oposiciones, pero responde a la misma idea de este «compendio»: importancia del Derecho positivo, enunciación sistemática de doctrina y Jurisprudencia, todo con un análisis de fuentes modernas. Asimismo, no se aleja de cualquier programa de Universidad, aunque no coincida su sistemática.»

Cabe decir de nuevo en este momento *lo que en otra ocasión expuse* de la manera de hacer de este Autor: «el resultado viene a conectar siempre con la problemática de la vida real del día a día y el análisis aclara y ayuda en todo momento al jurista práctico en su quehacer cotidiano». Poco más se puede añadir a lo entonces por mí escrito aquí y ahora.

RESUMEN PERSONAL

1. La obra prestigia al autor —y a la Editorial— y continúa el especial *modus operandi* del Profesor y Magistrado O'CALLAGHAN. precisión, claridad, sentido práctico.

2. La reseña se ha limitado a los aspectos más llamativos del contenido de la obra —en mi opinión—

3. Es de notar, una vez más, la muy numerosa, cuidada, exacta y puntual jurisprudencia en cada punto o tema tratado.

4. Este texto parece, a mi juicio, muy interesante para todos aquellos que —estudiantes, opositores, profesionales del Derecho— quieran adentrarse en el estudio del famoso (a veces 'terrorífico', por el *miedo injustificado* que inspira) '*Derecho hipotecario*'.

5. Este volumen creo es de enorme utilidad para todo jurista, práctico o no, que quiera aclarar, repasar o actualizar sus conocimientos en esta materia del clásico *sector* del 'Derecho Civil' conocido como '*Derechos Reales*'.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 639 (Diciembre 97)

«En torno a la codificación del Derecho ambiental. Reflexiones desde la experiencia alemana», por PARAMIO DURÁN, pág. 13747 (Sin sumario).

«El proceso penal monitorio en el momento actual», por LUIS GUTIERREZ SANJUAN, pág. 13755.

SUMARIO: 1 CONCEPTO.—2. COMPETENCIA.—3. AMBITO DE APLICACION.—4. PARTES.—5 PROCEDIMIENTO.—6 TRANSITO AL PROCEDIMIENTO ORDINARIO.—7 CONCLUSION.

«El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y últimas precisiones sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales», por JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATALLA y JOAQUÍN FRIGOLA VALLINA, pág. 13767.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA.—3 RECEPCION DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL JUEZ NACIONAL COMO JUEZ COMUNITARIO.—4. OTROS PROCEDIMIENTOS ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA.—5 EL RECURSO PREJUDICIAL.—6. PRECISIONES SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES POR LOS ORGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES.

«La accesión invertida como modo de adquirir el derecho de vuelo», por SALVADOR EMILIO RIVERA, pág. 13787.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE LA ACCESION.—II. LA EVOLUCION DE LA DOCTRINA.—III. INVERSION DEL PRINCIPIO DE ACCESION.—IV. LA IMPORTANTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 1949 —V. DOCTRINA A PARTIR DE 1949.—VI. LA ACCESION INVERTIDA Y LAS SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS.—VII. LA SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1980.—VIII. LA SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1992.

COMENTARIO: Como el título del trabajo refleja el tema objeto de estudio es la accesión invertida, no la directa, como modo de adquisición de la propiedad, teniendo en cuenta la buena o mala fe del constructor.

Tras exponer la doctrina científica que estudia el tema, y la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 31 de mayo de 1949, concluye señalando la importancia del principio *superficie solo cedit*, en base al principio de que lo accesorio sigue a lo principal.

Los presupuestos sobre los que se fundamenta la accesión invertida son la inseparabilidad e indivisibilidad entre las partes del edificio que se asientan sobre suelo propio y ajeno, la mayor importancia y valor del edificio sobre el suelo, y la existencia de buena fe por parte del edificante. La consecuencia es la indemnización por parte del dueño de lo construido al dueño del suelo invadido.

La siguiente cuestión que analiza se refiere a si puede constituir la accesión invertida un modo de adquisición de servidumbre o de subsuelo. Cuestión que resuelve siguiendo el iter que dio lugar a la STS de 10 de diciembre de 1980. Realiza un estudio exhaustivo de la sentencia, desde la decisión de primera instancia donde el Juez mantuvo la tesis de la accesión invertida como modo de adquisición de luces y vistas, y la de la Audiencia que se aparta de la misma hasta la casación, donde el TS instauró una nueva doctrina legal que entiende que la accesión invertida como modo de adquisición del derecho de vuelo, esto es la adquisición del suelo implica la adquisición del subsuelo y del vuelo. Doctrina que ha sido reiterada con posterioridad en la Sentencia del Tribunal Supremo que expresamente recoge y estudia detalladamente el autor de 3 de abril de 1992.

«La nueva regulación de la televisión digital: Crónica de una guerra mediática», por ANTONIO VALLES COPEIRO DE VILLAR, pág. 13817.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LOS DERECHOS DE COMUNICACION SOCIAL EN LA UNION EUROPEA.—3. LA POLITICA EUROPEA SOBRE COMPETENCIA Y SU APLICACION A LA TELEVISION.—4. LA TELEVISION DIGITAL EN EL ORDENAMIENTO EUROPEO.—5. LA INCORPORACION AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 95/47.—6. LA LEY DE TRANSMISIONES DEPORTIVAS.—7. CONCLUSION.

«La liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea: Los servicios de asistencia en tierra (*handling*)», por VICTORIA PETIT LAVALL, pág. 14161

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO DE SERVICIOS DE ASISTENCIA EN TIERRA (HANDLING) —III. PAQUETES DE MEDIDAS LIBERALIZADORAS: a) PRIMER PAQUETE DE MEDIDAS. b) SEGUNDO PAQUETE DE MEDIDAS. c) PERÍODO TRANSITORIO. AUSENCIA DE TERCER PAQUETE DE MEDIDAS —IV. LA DIRECTIVA 96/67/CE, DEL CONSEJO.

NUMERO 640-641 (Enero-Febrero 98)

«Garantías en la detención y expulsión de extranjeros», por LORENZO J. DEL RÍO FERNÁNDEZ, pág. 13

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—II. DELIMITACION CONCEPTUAL.—III. MARCO LEGAL.—IV. GARANTIAS EN LA DETENCION DE EXTRANJEROS: 1.º CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN. 2.º DECISIÓN JUDICIAL. PRESUPUESTOS Y GARANTÍAS. 3.º «HABEAS CORPUS».—V. EXPULSION DE EXTRANJEROS ENCARTADOS EN DETERMINADOS DELITOS: A) *Auto-rización judicial a la salida voluntaria de un extranjero sometido a un procedimiento penal.* B) *Expulsión de un extranjero sometido a un procedimiento penal.*—VI. EXPULSION DE EXTRANJEROS COMO SUSTITUTIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS IMPUESTAS EN SENTENCIA FIRME.

«La protección penal del medio ambiente y los incendios forestales», por CARLOS ALMELA VICH, pág. 39.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA ACTIVIDAD DE LA FISCALIA.—3. REGULACION PENAL: A. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. B. EL CÓDIGO PENAL VIGENTE. C. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES.—4. LEGISLACION ADMINISTRATIVA: COMUNITARIA. NACIONAL. AUTONOMICA.

«El daño en la esfera particular del Derecho de Consumo: Ley 26/1984 - Ley 22/1994», por JAVIER PRADA ALONSO, pág. 55.

SUMARIO. 1. SENTIDO CONCEPTUAL PROPIO.—2. AMBITO: DELIMITACION Y ANALISIS.—3. SEGURO OBLIGATORIO Y FONDO DE GARANTIA.

«El Juicio Verbal de Tráfico: Problemas relativos a la postulación procesal y su incidencia en la Tasación de Costas», por JAUME ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, pág. 65.

· **SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION: 1. EN LA DOCTRINA. 2. EN LA PRÁCTICA FORENSE.—III. ANALISIS CRITICO DE LOS DIFERENTES CRITERIOS UTILIZADOS.—IV. NATURALEZA JURIDICA DEL JUICIO VERBAL DE TRAFICO.—V. CONSECUENCIAS DE LA CONCEPTUACION DEL JUICIO VERBAL DE TRAFICO COMO PROCESO ESPECIAL.—VI. CONCLUSIONES.

«El comiso. Examen del artículo 374 del Código Penal», por CARLOS GANZENMULLER y otros, pág. 83 (Sin sumario).

«Reflexiones sobre la problemática constitucional de los colegios profesionales» por JOSÉ LUIS LÓPEZ GONZÁLEZ, pág. 103.

SUMARIO: 1. DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO EN LOS COLEGIOS PROFESIONALES.—2. CONCEPTO DE COLEGIO PROFESIONAL.—3. NATURALEZA JURIDICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES.—4. LOS COLEGIOS PROFESIONALES COMO FORMA DE AUTOADMINISTRACION Y DESCENTRALIZACION.

«Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social», por JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES, pág. 549

SUMARIO: I. INTRODUCCION —II. LA SOCIEDAD DE CAPITAL EN LIQUIDACION: II.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL EN LIQUIDACIÓN. II.2. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL ESTADO LIQUIDATORIO. II.3. JUSTIFICACIÓN Y CONCEPTO DE LA LIQUIDACIÓN SOCIAL. II.4. LIQUIDACIÓN SOCIETARIA Y PUBLICIDAD DEL ESTADO LIQUIDATORIO.—III. LA ESTRUCTURA ORGANICA DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL EN LIQUIDACIÓN: III.1. LOS ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD DURANTE LA LIQUIDACIÓN. III.2. LOS LIQUIDADORES: CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN. III.3. LIQUIDADORES Y LIQUIDACIÓN.—IV. LA ACTUACION DEL PROCESO LIQUIDATORIO DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL: LAS LIQUIDACIONES DE CARACTER CONSERVATIVO: IV.1. PRELIMINAR. IV.2. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN EN UN PROCESO DE FUSIÓN. IV.3. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN EN UN PROCESO DE ESCISIÓN. IV.4. LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA ACTUADA MEDIANTE CESIÓN GLOBAL DEL ACTIVO Y DEL PASIVO.—V. LA ACTUACION DEL PROCESO LIQUIDATORIO DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL (II). LA LIQUIDACION MATERIAL: V.1. SIGNIFICADO DE LA LIQUIDACIÓN MATERIAL. V.2. DETERMINACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL EN LA LIQUIDACIÓN MATERIAL DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL. V.3. LA EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES DE LA SOCIEDAD CON TERCEROS EN EL MARCO DE LA LIQUIDACIÓN MATERIAL. V.4. LA EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES DE LA SOCIEDAD CON LOS SOCIOS EN EL MARCO DE LA LIQUIDACIÓN MATERIAL —VI. A MODO DE CONCLUSIONES.

«Aspectos relevantes del régimen jurídico de la mutua de seguros a prima fija», por FRANCISCO VICENT CHULIÀ, pág. 615.

SUMARIO: 1. FUENTES DE REGULACION.—2. NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA A) CONCEPTO LEGAL Y CARACTERES. B) INEXISTENCIA DE UN DERECHO AL INGRESO. C) PATRIMONIO PARCIALMENTE IRREPARTIBLE EN CASO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO D) PARTICIPACIÓN PROPORCIONAL DE LAS MINORÍAS EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: a) *Mecanismos jurídicos de incorporación de este principio.* b) *Oportunidad del sistema de representación proporcional de la Ley de Sociedades Anónimas.* c) *La alternativa de otros sistemas de nombramiento proporcional.* d) *La realidad estatutaria de la representación proporcional en un muestreo de mutuas de seguros.*

ACTUALIDAD CIVIL

Número 36 (1997)

«La mejora del nieto», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, pág. 937.

SUMARIO: I. EN EL CODIGO CIVIL SIN DUDA PUEDEN SER MEJORADOS LOS NIETOS VIVIENDO SUS PADRES.—II. LA MEJORA DEL NIETO *PATRE VIVIENTE* ES POSIBLE AUNQUE EL CODIGO CIVIL NO LO DIGA EXPLICITAMENTE.—III. NUESTRO DERECHO HISTORICO HASTA LAS

LEYES DE TORO.—IV. NUESTRO DERECHO DE LAS LEYES DE TORO A HOY.—V. LA JURISPRUDENCIA.—VI. REALMENTE ES MEJORA, NO SOLO DE NIETOS, SINO TAMBIEN DE DESCENDIENTES ULTERIORES. SU IMPORTANCIA PRACTICA.—VII. EXAMEN DE LA APLICABILIDAD DE LOS PRECEPTOS DE LA MEJORA A LA DE LOS NIETOS: 1. EN GENERAL. 2. NO HAY DUDA DE LA APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 823, 826, 827, 830, 832 Y 833. 3. ES PRECISO EXAMINAR LA APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 824, 825, 828, 829 Y 831 Y DE ALGÚN OTRO FUERA DE LA SECCIÓN 'DE LAS MEJORAS'. 4. EL ARTÍCULO 824. 5. LOS ARTÍCULOS 825 Y 828. 6. EL ARTÍCULO 829. 7. EL ARTÍCULO 831. 8. LOS ARTÍCULOS DE FUERA DE LA SECCIÓN 'DE LAS MEJORAS'.—VIII. CONCLUSION.

Número 37 (1997)

«El arbitraje de consumo. Objeto y exclusiones. El arbitraje de arrendamientos urbanos y el de transporte», por JULIO J. TASENDE CALVO, pág. 951.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. OBJETO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO: 1. EXCLUSIONES. 2. EFECTOS DE LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN.—III. EL ARBITRAJE DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: 1. RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR A LA LAU DE 1994. 2. RÉGIMEN JURÍDICO BAJO LA LAU DE 1994.—IV. EL ARBITRAJE DEL TRANSPORTE: 1. ÁMBITO OBJETIVO. 2. SUMISIÓN TÁCITA. 3. EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL TRANSPORTE.

Número 38 (1997)

«Notas en torno al artículo 12 de la Ley de Arbitraje», por JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO, pág. 969.

SUMARIO. INTRODUCCIÓN.—1. ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS: A. TRAMITACIÓN EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. B. TRAMITACIÓN EN EL SENADO.—2. CONSIDERACIONES AL ARTÍCULO 12 DE LA LEY: A. Apreciación crítica del punto primero: A) Razones de incapacidad, como consecuencia de incapacidades generales para actuar en la esfera procesal. a) *La servidumbre, la locura, la idiotez y la sordomudez*. b) *La condición femenina*. c) *La minoría de edad. La infamia*. B) Especial capacidad de los clérigos para el desempeño de la función arbitral. LA 'EPISCOPALIS AUDIENTIA'. EL ESTADO RELIGIOSO: 1. *Circunstancias obstativas*: a) Menores de edad. 1. Sentido que ha de darse a los artículos 322 y 323 del Código Civil. 2. Sentido que ha de darse a la expresión 'pleno ejercicio de los derechos civiles'. b) Incapacitados judicialmente. c) La prodigalidad. d) El concursado y el quebrado. e) La suspensión de pagos. 2. *Circunstancias no obstativas*: a) Condenados a penas privativas de libertad. b) Declarado ausente. c) La nacionalidad y no saber leer y escribir. B. Apreciación crítica del punto segundo. C. Apreciación crítica del punto tercero: a) *Situaciones de inidoneidad*. b) *Causas de incompatibilidad*. D. Apreciación crítica del punto cuarto.—3. REFLEXIONES FINALES.

Número 39 (1997)

«La jurisprudencia y el recurso en interés de la Ley», por M.^a DOLORES HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, pág. 1003.

SUMARIO: I. GENERALIDADES.—II. EL RECURSO EN INTERES DE LA LEY EN MATERIA MATRIMONIAL.—III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA MATRIMONIAL AL RESOLVER RECURSOS EN INTERES DE LA LEY—IV. LOS EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION EN INTERES DE LEY

Número 40 (1997)

«La desheredación del cónyuge separado de hecho», por M.^a ANGELES FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUER, pág. 1031.

SUMARIO: I. EN GENERAL.—II. COMO HA DE SER LA SEPARACION DE HECHO PARA QUE DE LUGAR A DESHEREDACION.—III. EL DEBER DE FIDELIDAD EN CASO DE SEPARACION DE HECHO CONYUGAL.—IV. LA RECONCILIACION Y EL PERDON ENTRE CONYUGES COMO CAUSAS EXTINTIVAS DE LA FACULTAD DE DESHEREDAR.—V. BIBLIOGRAFIA.

Número 41 (1997)

«Sentido, alcance y fundamento del artículo 1009 del Código Civil», por ANGELA GALVÁN GALLEGOS, pág. 1045

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES.—II. SUPUESTO DEL PARRAFO PRIMERO: 1. A QUÉ NO SE REFIERE (DELIMITACIÓN NEGATIVA DEL SUPUESTO DE HECHO). 2. QUÉ CASO CONTEMPLA (DELIMITACIÓN POSITIVA DEL SUPUESTO DE HECHO) A) *Delaciones sucesivas*: a) En general b) Delaciones sucesivas testada e intestada. c) Delaciones sucesivas en la sucesión intestada. B) *Repudiación y prescripción del «ius delationis»*. 3. SUPUESTO ESPECIAL DEL ESTADO 4. SOLUCIÓN Y FUNDAMENTO —III. SUPUESTO DEL PARRAFO SEGUNDO: 1. PLANTEAMIENTO DE DISTINTAS HIPÓTESIS A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1009.—2. HIPÓTESIS PRIMERA. EL PLURIDESIGNADO QUE REPUDIA EL LLAMAMIENTO LEGAL DESCONOCIENDO ('SIN NOTICIA') EL LLAMAMIENTO TESTADO A SU FAVOR 3. HIPÓTESIS SEGUNDA: EL PLURIDESIGNADO QUE ACEPTA EL LLAMAMIENTO LEGAL IGNORANDO EL LLAMAMIENTO TESTADO A SU FAVOR. 4. HIPÓTESIS TERCERA: EL PLURIDESIGNADO QUE REPUDIA (O ACEPTA) LA HERENCIA OFRECIDA POR LEY CONOCIENDO SU LLAMAMIENTO TESTADO

Número 42 (1997)

«La responsabilidad civil del médico: su incidencia en las técnicas de reproducción asistida», por M.^a BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 1073.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION MEDICO-PACIENTE: 1. OBLIGACIÓN DE RESULTADO Y OBLIGACIÓN DE MEDIOS: CONTRATO DE OBRA Y CONTRATO DE SERVICIOS.—III. DEBERES DEL MEDICO: 1. DEBER DE INFORMACIÓN. 2. DEBER DE ASISTENCIA. 3. EL DEBER DE SECRETO PROFESIONAL.—IV. DEBERES DE LAS USUARIAS DE ESTAS TECNICAS: 1. DEBER DE PRESTAR EL CONSENTIMIENTO. 2. PAGO DE HONORARIOS. 3. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL PACIENTE.—V. RESPONSABILIDAD DEL MEDICO EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. CONCLUSIONES

Número 43 (1997)

«La novedad de los modelos de utilidad en España», por ANTONIO SELAS COLORADO, pág. 1089.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. DEL EPI A LA LP: II.1. LA NOVEDAD EN EL EPI. II.2. LA NOVEDAD EN LA LP.—III. EL FONDO DOCUMENTAL DE LA OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS (OEPM)—IV. LA PATENTE EUROPEA Y LA PATENTE COMUNITARIA: IV.1. PATENTE EUROPEA IV.2. PATENTE COMUNITARIA.—V. NOVEDAD NACIONAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.—VI. CONCLUSIONES —VII. BIBLIOGRAFIA.

Número 44 (1997)

«La tutela dual de los abuelos (Una nueva excepción al principio de unipersonalidad en la tutela. Su construcción en el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de junio de 1993)», por ROSA GARCÍA PÉREZ, pág. 1103.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION —II. SU VIABILIDAD EN NUESTRO DERECHO: 1. DISPOSICIÓN PATERNA 2. LA ANALOGÍA CON LA TUTELA DUAL DE LOS TÍOS: AUTOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID —III. ¿TITULARIDAD DE AMBOS O SIMPLE EJERCICIO CONJUNTO? —IV. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LA TUTELA DUAL DE LOS ABUELOS.—V. CONCLUSION.

Número 45 (1997)

«Acción hipotecaria y pretensión ejecutiva: (interpretación del art. 129.1 de la Ley Hipotecaria)», por JUAN MONTERO AROCA, pág. 1129

SUMARIO I. SOBRE LA NATURALEZA DE LA 'ACCION HIPOTECARIA' 1. LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN PERSONAL Y ACCIÓN REAL 2. LA INUTILIDAD DE LA MISMA —II LAS PRETENSIONES Y LAS CLASES DE TUTELA JUDICIAL: 1. CLASES DE TUTELA. 2. LA TUTELA DEL CRÉDITO HIPOTECARIO. 3. LA PRETENSIÓN EJECUTIVA. A) *La petición*. B) *La causa de pedir*. 4. DUALIDAD DE PRETENSIONES

EJECUTIVAS: A) *Pretensión relativa al crédito*. B) *Pretensión atinente a la hipoteca*. 5. OPCIÓN O PREFERENCIA DE LA PRETENSIÓN HIPOTECARIA.—III. LAS OPCIONES PROCESALES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO 1 LA OPCIÓN DEL JUICIO EJECUTIVO COMÚN: A) *Dirigido sólo contra el deudor*. B) *Dirigido contra el deudor y otra persona*. 2. LAS RELACIONES ENTRE JUICIO EJECUTIVO Y JUICIO HIPOTECARIO: A) *Procesos simultáneos* B) *Procesos sucesivos* —IV. FUENTES LEGALES DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: 1. NATURALEZA PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 129 A 135 DE LA LEY HIPOTECARIA: A) *Reserva de ley*. B) *Fuente supletoria*. 2. LA EXCLUSIÓN DEL PROCESO CONVENCIONAL.

Número 46 (1997)

«La prelación de créditos en la ejecución singular», por EDUARDO ESTRADA ALONSO, pág. 1147.

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE LA *PAR CONDITIO CREDITORUM*.—II LA DIFERENCIA ENTRE PRIVILEGIO, PREFERENCIA, PRELACION, EFECTO REAL Y EJECUCION SEPARADA: A) PRIVILEGIO Y PREFERENCIA. B) PREFERENCIA Y EFECTO REAL. C) PREFERENCIA Y PRELACIÓN. D) PREFERENCIA Y EJECUCIÓN SEPARADA —III. CLASES DE EJECUCION.—IV. FUNDAMENTO DE LAS PREFERENCIAS.—V. CLASES DE CREDITOS: A) DESFASE DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS. B) LOS SUPERPRIVILEGIOS.—VI. LA LISTA ÚNICA DE PREFERENCIAS SOBRE BIENES INMUEBLES Y DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES DEL DEUDOR.—VII. LA LISTA ÚNICA DE PREFERENCIAS SOBRE BIENES MUEBLES DEL DEUDOR —VIII. CREDITOS GENERALES.—IX. CARACTERÍSTICAS MAS SOBRESALIENTES DE LA PROPUESTA DE REFORMA DE ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1995, REDACTADA POR ANGEL ROJO FERNANDEZ-RIO

Número 47 (1997)

«La Comisión General de Codificación. De órgano colegislador a órgano asesor», por JESÚS J. SEBASTIÁN LORENTE, pág. 1177.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES HISTORICOS Y NORMATIVOS.—II DEL IDEAL CODIFICADOR A LA ERA DE LA DESCODIFICACION.—III. LA NECESIDAD DE LA REFORMA.—IV. ASPECTOS GENERALES: 1. CONCEPTO. 2 NATURALEZA JURÍDICA. 3. FUNCIONES. 4 CONSIDERACIONES NORMATIVAS.—V. ORGANIZACION, COMPOSICION Y ESTRUCTURA: 1 ESTRUCTURA MÍNIMA. 2. EL PRESIDENTE. 3. EL VICEPRESIDENTE. 4. LOS PRESIDENTES DE SECCIÓN. 5. EL SECRETARIO GENERAL 6 LOS VOCALES.—VI. REGIMEN DE FUNCIONAMIENTO: 1. EL PLENO. 2 LA COMISIÓN PERMANENTE. 3. LAS SECCIONES. 4. LAS PONENCIAS Y LOS GRUPOS DE TRABAJO. 5. LAS SECCIONES ESPECIALES.—VII. REGIMEN DE TRABAJO: 1 PROCEDIMIENTO DE ENCARGO. 2. CONSTITUCIÓN DE PONENCIAS Y GRUPOS DE TRABAJO. 3. OBSERVACIONES Y ENMIENDAS. 4. SESIONES 5. ACTAS. 6. FIN DEL PROCEDIMIENTO 7 DESCRIPCIÓN SUMARIA DEL PROCEDIMIENTO.—VIII. EL ARCHIVO DE LA COMISION GENERAL DE CODIFICACION. 1. ORGANIZA-

CIÓN DEL ARCHIVO. 2. EL DEBER DE CUSTODIA Y EL DERECHO DE CONSULTA. 3. EL DERECHO DE ACCESO.—IX. HACIA UNA COMISION GENERAL DE LEGISLACION Y TECNICA LEGISLATIVA. ESQUEMA DE PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISION GENERAL DE CODIFICACION

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE

Número 157 (Noviembre 97)

«Aspectos prácticos de gestión urbanística», por FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ, pág. 11 (Sin sumario).

«La declaración de ruina», por JULIA ORTEGA BERNARDO, pág. 37.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: LA DECLARACION DE RUINA COMO ACTO DE DISCIPLINA URBANISTICA —2. LA DECLARACION DE RUINA Y EL DEBER DE CONSERVACION: A) LA DECLARACIÓN DE RUINA COMO LÍMITE AL DEBER DE CONSERVACIÓN B) DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE LA EXCLUSIÓN DEL DEBER DE CONSERVACIÓN. LA POSIBLE COMPATIBILIDAD DEL ESTADO RUINOSO DEL EDIFICIO CON LA REALIZACIÓN DE CIERTAS OBRAS.—3. EL CARACTER DE LA DECLARACION DE RUINA. A) LA DECLARACIÓN DE RUINA COMO SIMPLE CONSTATAción DE HECHO: SU CARÁCTER REGLADO. B) EL CARÁCTER EVOLUTIVO DE LA SITUACIÓN DE RUINA C) EL CARÁCTER ALTERNATIVO DE LOS SUPUESTOS DE RUINA.—4. LOS SUPUESTOS LEGALES QUE SIRVEN DE BASE PARA LA DECLARACION DE RUINA. A) LA RUINA TÉCNICA. B) LA RUINA ECONÓMICA. C) LA RUINA URBANÍSTICA. D) SOBRE LA RUINA INMINENTE.—5. LA UNIDAD PREDIAL COMO CRITERIO DELIMITADOR DE LA RUINA TOTAL O PARCIAL.

«La motivación de las sanciones urbanísticas», por ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, pág. 73 (Sin sumario)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 51 (Septiembre-Diciembre 97)

«La Jurisdicción Constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht», por RAINER WAHL y JOACHIM WIELAND, pág. 11.

SUMARIO: I. EL PROBLEMA: 1. LA DIMENSIÓN CUANTITATIVA. 2. LA DIMENSIÓN CUALITATIVA.—II. REFORMAS PROPUESTAS HASTA EL MOMENTO: 1. PANORÁMICA GENERAL. 2. INEFICACIA DE LOS INTENTOS DE DISMINUCIÓN ACOMETIDOS HASTA EL MOMENTO —III. LA SOLUCION: 1. EL MODELO ESTADOUNIDENSE. 2. LA TRANSPOSICIÓN A ALEMANIA. 3. OBJECIONES. 4. LA TUTELA JURIDICA DEL INDIVIDUO EN EL PROCEDIMIENTO DE LIBRE ADMISIÓN.

«Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional», por ANGEL GARRORENA MORALES, pág. 37

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. CUATRO TESIS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL: 1. PRIMERA TESIS. EL DERECHO CONSTITUCIONAL ES EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN ENTENDIDA COMO NORMA FUNDAMENTAL DEL ESTADO CUYA HOY A VECES PRETENDIDA CUALIDAD DIFERENCIAL CONSISTE PRECISAMENTE EN 'CONSTITUIR' A LA COMUNIDAD POLÍTICA. 2. SEGUNDA TESIS. EL OBJETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EXISTE EN EL TIEMPO O, LO QUE ES LO MISMO, EXISTE COMO HISTORIA. 3. TERCERA TESIS. HAY UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, PESE A LO QUE DIGAN SUS CONTRADICTORES. 4. CUARTA TESIS. EL DERECHO CONSTITUCIONAL, EN CUANTO CIENCIA, ES UN SABER CRÍTICO.—III. COROLARIO: LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL SOLO PUEDE SER EFICAZMENTE ENTENDIDA SI SE LA CONCIBE EN EL TERRENO DE LA RAZON PRACTICA.

«Derechos fundamentales, información y deporte», por JOSÉ BERMEJO VERA, pág. 65.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A COMUNICAR Y RECIBIR INFORMACION.—III. LOS INSTRUMENTOS FORMALES DE LA OBTENCION DE INFORMACIONES.—IV. EL REQUISITO DE LA 'VERACIDAD' COMO ELEMENTO DE CONCRECION DEL ALCANCE, OBJETIVO Y SUBJETIVO, DE LA LIBERTAD INFORMATIVA.—V. LAS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES -Y LOGICAS- AL DERECHO FUNDAMENTAL DE INFORMACION.—VI. LA LEY 21/1997, DE 3 DE JULIO, SOBRE RETRANSMISIONES DE COMPETICIONES Y ACONTECIMIENTOS DEPORTIVOS.—VII. LA GARANTIA JURISDICCIONAL DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INFORMACION DISFUNCIONES.—VIII. EPILOGO.

«Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral autonómico canario (La 'insostenible permanencia' de una Disposición transitoria)», por JUAN F. LÓPEZ AGUILAR, pág. 95.

SUMARIO: I. ENCUADRAMIENTO: 1. LAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS EN TORNO A LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA ELECTORAL. 2. LOS PLANOS PARA EL ANÁLISIS: A) *El plano político*. B) *El plano jurídico*.—II. LA IDENTIFICACION DE LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA REGULACION NORMATIVA DEL SISTEMA ELECTORAL CANARIO 1. LAS PREMISAS A) *La Constitución española*. B) *El Estatuto de Autonomía de Canarias*: a) La determinación de la isla como circunscripción electoral. b) La fijación estatutaria del número de escaños a asignar en cada circunscripción insular. Tres problemas distintos: la triple paridad; la antiproporcionalidad y la ausencia de mecanismos correctores. c) La fijación estatutaria de una doble barrera de acceso al reparto de escaños carente de parangón en el Derecho autonómico. 2. EL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD: A) *La circunscripción insular*. B) *El reparto de escaños*. a) Las tres paridades. b) La inversión de la regla de la proporcionalidad c) El test de razonabilidad. C) *Las barreras de acceso*.—III. CONCLUSIONES.—IV. NOTA BIBLIOGRAFICA.

«La incidencia del modelo de Estado en el sistema de financiación autonómica», por J. LUIS GARCIA RUIZ y EMILIA GIRÓN REGUERA, pág. 141.

SUMARIO: I. LA ORGANIZACION TERRITORIAL DEL ESTADO Y SU PROYECCION EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FINANCIACION DE LAS CC.AA.—II. EL DESEQUILIBRIO ENTRE EL MODELO DE ESTADO Y EL MODELO FINANCIERO Y A LA INVERSA: EL NUEVO SISTEMA DE CORRESPONSABILIDAD FISCAL Y SUS POSIBLES EFECTOS DESEQUILIBRADORES.—III. LA INTEGRACION ARMONICA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO RETO FUNDAMENTAL DEL ESTADO AUTONOMICO Y DE SU FINANCIACION.

«La función de garantía del cumplimiento autonómico del Derecho comunitario europeo», por FLORENTINO RUIZ RUIZ, pág. 159.

SUMARIO: I. INTRODUCCION —II. LA GARANTIA DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO: A) LA CONEXIÓN DE LA PREVISIÓN DEL SEGUNDO INCISO DEL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN CON LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO B) LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA CONFIGURACIÓN DEL SEGUNDO INCISO DEL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN. C) LOS MECANISMOS DE CONTROL SOBRE LA ACTUACIÓN AUTONÓMICA DE DESARROLLO NORMATIVO Y EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.—III. LA CLAUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO DEL ESTADO: A) CONDICIONES GENERALES DE APLICACIÓN. B) LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LA PREVISIÓN DEL ARTÍCULO 161.2 DE LA CONSTITUCIÓN. a) *Las peculiaridades de aplicación del mecanismo previsto en el artículo 161.2 de la Constitución a las tareas de desarrollo normativo del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas.* b) *Las matizaciones a su utilización en las tareas de desarrollo normativo del Derecho comunitario europeo por las Comunidades Autónomas.*—V. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 1 (1997)

«Trayectoria del Honorable Federico Hernández Denton, Juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, en casos donde se ha realizado un registro o allanamiento sin orden judicial», por LESBIA L. SÁNCHEZ MALDONADO, pág. 1

«Una teoría para la eliminación de la doctrina de la fuente colateral y el derecho de subrogación de las compañías aseguradoras en Puerto Rico, por JOSEPH E. ESPARRA ALVAREZ, pág. 21.

«¿Constituye la alegación de culpabilidad de un acusado bajo el artículo 87 del Código Penal prueba que demuestre indubitadamente la responsabilidad civil en una acción posterior por muerte ilegal?, por LIZA JUARBE FRANCESCHINI, pág. 47.

- «La Ley de Menores número 88, génesis de nuestra criminalidad», por GRISEL HERNÁNDEZ AROCHO, pág. 69.
- «Un análisis crítico sobre la Ley de Protección a Menores y las enmiendas de 1993 y 1995», por ANA MERCEDES TRIGO CASTILLO, pág. 105.
- «Reflexionemos constitucionalmente», por YOLANDA PITINO ACEVEDO, pág. 123.
- «El voto de los confinados: un análisis constitucional», por CARLOS M. CABRERA COLÓN, pág. 145.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 1 de 1997

- «El largo camino hacia un Código Penal de la democracia en España», por JAIME M. PERIS RIERA, págs. 13-34.
- «La estafa en el Código Penal de 1995», por PABLO CUESTA PASTOR, págs. 35-54.
- «La entrada y registro ilegal de domicilio realizada por autoridad o funcionario público: conductas previstas en el artículo 534 del Código Penal Español», por JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ, págs. 55-92.
- «Análisis constitucional de los artículos 11, 12 y 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia organizada», por JORGE ALBERTO MANCILLA OVANDO, págs. 100-93.
- «El delito de asociación ilícita. La integración de las denominadas 'sectas destructivas' en el nuevo Código Penal Español», por CRISTINA PLA NAVARRO, págs. 101-115.
- «Justicia para menores: una reforma pendiente», por RAQUEL GUTIÉRREZ NÁJERA, págs. 117-140.
- «Reflexiones jurídicas sobre el edicto de excomunión de Don Miguel Hidalgo», por J. JESÚS GÓMEZ FREGOSO, pág. 141-165.
- «El gobierno de Gómez Cuervo en Jalisco: 1867-1871», por CARLOS SEPÚLVEDA VALLE, págs. 167-189.
- «Génesis y evolución histórica de la Unión Europea», por MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, págs. 191-214.
- «El refrendo en el ámbito del Poder Legislativo», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 215-261.
- «El concepto de 'Derechos Humanos' y el ámbito jurídico de los organismos gubernamentales previstos en el apartado B del artículo 102 Constitucional», por JOSÉ DE JESÚS GUDINO PELAYO, págs. 263-274.
- «Cinco décadas de reformas político-electorales en México 1946-1996: apuntes para una tipología», por ANDRÉS VALDEZ ZEPEDA, págs. 275-289.
- «La división de poderes: teoría y realidad», por JUAN MANUEL VILLANUEVA GÓMEZ, págs. 291-326.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 154 (Noviembre 97)

- «El control de los reglamentos técnicos en el Derecho Comunitario», por MERCE CORRETJA I TORRENS, pág. 9.
- «Algunas observaciones sobre las carencias técnico-jurídicas en la construcción del Derecho Comunitario», por BERNARD-FRANK MACERA, pág. 15.

- «El Convenio de Bruselas de 1968 ante un supuesto práctico Un problema de aplicación temporal del Convenio y de incomparecencia del demandado ante un Tribunal extranjero —aparentemente incompetente—», por MARÍA TERESA ECHEZARRETA FERRER, pág. 23.
- «Las zonas 'off-shore' de Canarias y Madeira: algunos aspectos controvertidos», por JUAN CARLOS GARCÍA MELIÁN, pág. 41
- «Los mercados de valores desde la perspectiva de una zona off-shore», por FRANCISCO PÉREZ CALATAYUD, pág. 53.
- «La internacionalización de la economía canaria: aspectos básicos y relaciones comerciales y financieras con el exterior», por JOSÉ ANGEL RODRÍGUEZ MARTÍN, pág. 57.
- «La exportación en régimen de viajeros de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador y el libre movimiento de capitales. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de diciembre de 1995», por LUIS GARAU JUANEDA Y FEDERICO F. GARAU SOBRINO, pág. 69.
- «Los derechos de propiedad intelectual y la sociedad de la información», por ISABEL HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DEL VALLE, pág. 83.
- «Consideraciones sobre la figura del responsable en los Impuestos Especiales», por ADORACIÓN BORJA SANCHÍS, pág. 93.
- «Comercio y medio ambiente: un nuevo instrumento jurídico para la aplicación del CITES en la Comunidad», por JAVIER RUBIO DE UROÚA, pág. 101

Número 155 (Diciembre 97)

- «Los elementos esenciales de un sistema de IVA adaptado a las necesidades del Mercado Unico del año 2000», por MICHEL AUJEÁN y MARÍA PASTOR GARCÍA-MORENO, pág. 9.
- «El posicionamiento y la documentación elaborada por UNICE sobre el régimen transitorio del IVA», por ISABEL BARREIRO FERNÁNDEZ, pág. 21.
- «Comentarios sobre la recepción del régimen transitorio del IVA en la normativa española», por FRANCISCO JAVIER BERRUGUETE REVUELTA, pág. 27.
- «El informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el régimen transitorio del IVA», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 31.
- «La deseable armonización del concepto de establecimiento permanente en los Impuestos sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido», por RAMÓN CASERO BARRÓN, pág. 37
- «Las medidas de simplificación en el régimen transitorio de acuerdo con la Directiva 92/111/CEE de 14 de diciembre de 1992», por LUIS DOCAVO ALBERTI, pág. 43
- «El IVA y las telecomunicaciones», por ANDONI HERÁNDEZ BENGOA y JORGE ARIAS RESCO, pág. 49
- «El IVA como tributo compartido», por JOSÉ VÍCTOR SEVILLA SEGURA, pág. 55.
- «¿Se debería exaccionar el IVA a un nivel comunitario?», por BEN J. M. TERRA, pág. 59.

