

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIII ° Julio-Agosto 1997 ° Núm. 641

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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. Antonio Pau Pedrón.
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.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
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

«El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad», por VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO	1255
«El rango hipotecario Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos», por M. ^a CORONA QUESADA GONZÁLEZ	1315
«Hacia un concepto de explotación agrícola (marginales a Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias)», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS	1345
«La referencia catastral en los documentos inscribibles», por MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES	1365
«Relaciones Catastro-Registro», por EDUARDO JOSÉ MARTÍNEZ GARCÍA.	1379

DICTAMENES Y NOTAS

«Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra», por NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ	1407
---	------

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades. por LA REDACCIÓN ..	1429
---	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1437
II Resoluciones de la Dirección General, por JUAN M. ^a DÍAZ FRAILE, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, BASILIO JAVIER AGUIRRE FERNÁNDEZ y JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA	1445

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	1509
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN.	1522
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1549
2 Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	1557
4 Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1567

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La hipoteca y los bienes inmuebles por destino», de INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1575
«Mejoras útiles en los contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos», de M. ^a BELÉN CILVETI GUBIA, por M. ^a DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO	1577
«Fundamentos de Derecho civil patrimonial». Tomo I: Introducción. Teoría del contrato, y Tomo II: Las relaciones obligatorias, de L. DÍEZ-PICAZO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1580
«Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)», de J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRRO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1584
«Estudio de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», de A. ESTURILLO LÓPEZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1586
«Constitución y derechos humanos», de IVÁN ESCOBAR FORNOS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1589
«Las Cámaras de Comercio e Industria en la Europa Continental», de LAUREANO LÓPEZ RODÓ y otros, por JOSÉ M. ^a CORRAL GUJÓN	1591
«Aguas públicas y privadas», de JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA, por MARTA SALANOVA VILLANUEVA	1593

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN. Comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1601
--	------

ESTUDIOS

El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad (*)

SUMARIO: I. ESENCIA DE LA HIPOTECA —II. CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.—III. LÍMITES: 1. EL PROCEDIMIENTO TIENE QUE SER PACTADO: a) *Que se estipule la sujeción al procedimiento (art. 234 I y 2).* b) *Debe constar en cláusula separada* c) *¿El pacto ha de constar en la misma escritura de constitución?* 2. EL PACTO HA DE CONTENER LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS 3. LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL SÓLO PODRÁ APLICARSE A LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES CUYA CUANTÍA APAREZCA INICIALMENTE DETERMINADA (ART. 235 RH).—IV. DIFERENCIAS CON LA REGULACIÓN ANTERIOR A 1992.—V. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO: 1. LEGALIDAD DE LA REFORMA REGLAMENTARIA 2. EL CONTROL NOTARIAL DE LA REALIZACIÓN DE LA HIPOTECA Y LA CONSTITUCIÓN. 3. LA RETROACTIVIDAD ESTABLECIDA EN LAS DISPOSICIONES ADICIONAL Y TRANSITORIA

El Código Civil al permitir la realización de la prenda mediante su enajenación en subasta pública ante Notario y sin necesidad de pacto previo, recogió lo que constituye la esencia de los derechos de garantía: la posibilidad que se brinda al acreedor de cobrar su crédito sin la colaboración del deudor, mediante la realización del valor de la cosa gravada, procurando por acto propio la cantidad que le corresponde.

La evolución de las figuras de garantía real se produce en un doble sentido: en el de alcanzar, por un lado, un medio que confiera al acreedor seguridad suficiente y, por otro, en el de recortar el excesivo poder que pudiera derivarse de facultades desproporcionadas, para evitar abusos en su ejercicio (prohibición de pacto comisorio y control de la enajenación que permita la

(*) Este trabajo se publicó en la *Revista de Derecho Privado* en 1993. Dada la importancia y actualidad de los problemas planteados se publica ahora de nuevo en esta Revista, a solicitud expresa del autor.

obtención de un precio justo); y se llega con la hipoteca, quizá por influencia del Derecho germánico, al máximo rigor, al limitarse el cauce de la realización hipotecaria a la vía de ejecución judicial (1).

Y así, la Ley Hipotecaria en su artículo 133 sólo admitió esta posibilidad. Y por ello antes del Código Civil, como señala ROCA (2), a nadie se le había ocurrido pactar un procedimiento extrajudicial.

Pero publicado dicho Cuerpo legal —añade el mismo autor— empezó a estipularse en las escrituras este último procedimiento de realización de la hipoteca. Y aunque la validez de dicho pacto fue discutida, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros admitieron el pacto y el procedimiento (3).

El Reglamento Hipotecario de 1915 acogió su posibilidad y reguló en el artículo 201 los trámites básicos del proceso, pero excluyendo su aplicación cuando existieran terceros con título inscrito antes de la nota marginal establecida en dicho precepto (4). Y la Ley Hipotecaria actual consagra expresamente su validez y también su eficacia frente a tercero, en el artículo 129, párrafo segundo, remitiendo al Reglamento la regulación de los trámites.

El Reglamento Hipotecario de 1947 reguló minuciosamente el procedimiento extrajudicial en los artículos 234, 235 y 236.

La doctrina prestó escaso interés a esta innovación. Y un autor como LA RICA manifestaba la escasa simpatía hacia tal procedimiento sobre todo por la posibilidad de aplicarlo en caso de existir terceros, considerando que supone

(1) Como señala ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 2, pág. 1000, en Derecho romano, si bien imperaba la prohibición del pacto *commissorium*, no obstante se facultaba al acreedor para proceder por sí a la venta de la cosa pignorada, caso de impago del crédito garantizado, e incluso se permitió que el mismo acreedor quedara dueño de la cosa por el valor estimado en el momento del vencimiento del débito y abonando la diferencia: fórmula que pasó a las Partidas

Pero frente a esta corriente se encuentra otra de Derecho germánico, reflejada en la edición latina del Fuero Juzgo y en el Fuero Real, queriéndose ver una expresión de la misma en el artículo 133 de la primitiva Ley Hipotecaria, el cual sólo preveía una ejecución judicial.

(2) *Ob. cit.*, pág. 1000.

(3) Sentencias de 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902, y Resoluciones de 28 de noviembre de 1893 y 2 de junio de 1914, entre otras.

(4) Lo que fue objeto de crítica por la doctrina, al concederse así un arma al deudor para inutilizar con una venta o hipoteca simulada un derecho consagrado en un pacto, que de este modo surtía sólo efectos personales y no respecto de terceros, por lo que resultaba inútil hacerlo constar en el Registro. Era el espectro del pacto de comiso que impresionó al legislador, pero ni en el pacto de retro —se dijo— ni en la compraventa con pacto comisorio, se adoptaban tales limitaciones, a pesar de que en el fondo era semejante la situación a la de este procedimiento, ROCA, *ob. cit.*, t. IV, vol. 2, pág. 1004, nota 4

un riesgo de desnaturalizar la función notarial, obligándola a invadir campos acotados hasta ahora a la función judicial (5).

En la realidad no ha tenido éxito y ha sido muy poco utilizado. La posibilidad de suspender el procedimiento ante cualquier oposición formulada en juicio declarativo (art. 236 RH) y el rígido sistema de doble subasta con sujeción al mismo tiempo, lo hicieron prácticamente inoperante. Y quedó como una reliquia legal, olvidado por la doctrina y arrinconado en la práctica.

Esta inoperancia y la necesidad de descongestionar la Administración de Justicia, cuyo colapso podría poner en peligro el dinamismo que la economía exige, sobre todo en un sector básico como es el de la vivienda, motivó la revisión del procedimiento extrajudicial mediante Decreto de 27 de marzo de 1992. Cuyo propósito —como dice el Preámbulo— no ha sido otro que el de arbitrar un dispositivo viable, equilibrado y seguro que ofrezca un cauce alternativo para la satisfacción del acreedor.

Se da así nueva redacción a los artículos 234, 235 y 236 del RH con la finalidad de remover los obstáculos procedimentales que pudieran constreñir la expansión del crédito territorial.

Pero esta nueva regulación plantea una serie de problemas, no ya funcionales, derivados de la redacción de aquellos preceptos y de los mecanismos técnicos a los que acude el legislador, sino de viabilidad misma del procedimiento.

Al análisis de estos últimos va dirigido este trabajo.

I. ESENCIA DE LA HIPOTECA

A) Para entender el significado o trascendencia del llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, conviene, a mi juicio, dejar claro cuál es la esencia de la hipoteca.

La evolución histórica de la obligación nos muestra una tendencia a separar la vinculación personal del deudor y la responsabilidad por el incumplimiento, concretada ésta sobre el patrimonio del deudor y centrando en ella la coactividad o efectividad de la obligación, con lo que se conseguía así compatibilizar la libertad individual con la seguridad de las transacciones económicas. Si el deudor no cumple, el acreedor ha de quedar investido con la facultad de tratar de satisfacer el mismo interés con un acto de su iniciativa

(5) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, págs. 249 y sigs. Y añadía que de la regulación minuciosa y acertada parece adivinarse algo así como un oculto deseo de que tal procedimiento carezca de frecuente aplicación práctica. Y auguraba que los propios Notarios serían los primeros en aconsejar a los contratantes que no pacten ese procedimiento, no sólo por el personal interés de los fedatarios, compelidos a funciones ajenas a su ministerio, sino también de los deudores, y quizá también de los acreedores.

o por lo menos con un acto oficial producido a su instancia, como señala PUIG BRUTAU (6).

Esta posibilidad o poder coactivo, en las sociedades organizadas, tiene que realizarse judicialmente, es decir, por medio de órganos jurisdiccionales, y a través de un procedimiento, que es el proceso de ejecución (7). Y afecta a todo el patrimonio del deudor que responde, como dice el artículo 1.911 del Código Civil, del cumplimiento de las obligaciones, constituyendo así algo inherente al crédito mismo.

Sin embargo, esta responsabilidad genérica no resulta suficiente para tutelar eficazmente el interés del acreedor, que puede frustrarse por el deudor simplemente enajenando bienes o contrayendo nuevas deudas. Además —como dice CASTÁN— interesa al Derecho más todavía que asegurar el cumplimiento forzoso con intervención de los órganos judiciales, procurar que se produzca la satisfacción voluntaria normal del crédito (8).

Aparecen así las garantías de la obligación como modos específicos de reforzar la posición jurídica del acreedor, ampliando su ámbito de poder, añadiendo —como dice Díez-PICAZO— un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito (9).

Entre estas garantías está la hipoteca, que constituye la forma más evolucionada y eficaz, como veremos a continuación.

En un primer momento se acude a la transmisión de la propiedad con fines de garantía (*fiducia cum creditore*). Con todos los inconvenientes de las titularidades excesivas, en la medida que facilitan el abuso por el acreedor, que goza de facultades desproporcionadas (10).

Tales inconvenientes se corrigen mediante el instituto de la prenda, y la garantía se apoya en la entrega de la posesión, que tiene, en principio, tan

(6) *Fundamentos*. ., t. I, vol. 2.º, 1959, pág. 49. Añade este autor que ello no significa que tal poder le haga titular de un derecho real sobre los bienes del obligado, y sólo sucederá así cuando se haya constituido previamente y de manera expresa en garantía de la obligación.

(7) Díez-PICAZO, *Fundamentos*..., vol. 1.º, pág. 734.

(8) *Derecho civil*, t. III, 1959, pág. 96.

(9) *Ob. cit.*, pág. 571.

(10) Como dice ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1968, t. IV, vol. 1.º, pág. 123, las épocas primitivas son de gran simplicidad. En el Derecho romano antiguo, que desconocía el instituto prendario, las necesidades de garantizar realmente el cumplimiento de una obligación debían satisfacerse mediante la *fiducia cum creditore*, o sea, con la transmisión de una cosa al acreedor, pero tan sólo a los fines de garantía, y cuando el deudor no cumplía, la propiedad de la cosa transmitida *sub fiducia* se hacía definitivamente del acreedor (*commisum*), con lo que se producían consecuencias excesivas e injustas.

En el Derecho germánico —dice WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, t. III, 2.º, 1970, pág. 178— es dudoso que se haya partido de una garantía real por transmisión de la propiedad. En cambio, en el Derecho inmobiliario inglés la institución del *mortgage* se ha desarrollado como una pura transmisión de garantía sin cesión de la posesión.

sólo carácter coactivo, pues el acreedor, al retener la posesión de la prenda, priva de la cosa al pignorante y le fuerza a cumplir o hacer cumplir la obligación para poder recuperar el bien del que se ve privado (11).

Pero con la prenda se producía un debilitamiento de la posición del acreedor, que sólo podía retener la posesión. La evolución de esta figura tiende a corregir tal deficiencia mediante la concesión al acreedor de medios de auto-satisfacción del crédito a través de dos vías: el pacto comisorio y el pacto *de vendendo*. El primero tenía el peligro de provocar enriquecimiento injusto, y por eso el Emperador Constantino prohibió la utilización de la *lex commissoria* con ese fin. Quedó entonces como resorte único para fortalecer la posición del acreedor pignoraticio el *ius vendendi*, y el pacto que lo establecía se hizo tan frecuente que la jurisprudencia de fines del siglo II d.C. llegó a considerarlo como elemento natural de la prenda (12).

Pero el desplazamiento posesorio planteaba en muchos casos serios inconvenientes para el deudor, por lo que se generaliza la posibilidad de la prenda sin posesión (*pignus conventum* o *hypotheca*) en la que la entrega de la posesión se difiere hasta que la obligación se incumple, a fin de proceder a su venta (13).

La garantía quedaba así reducida al derecho concedido por el pacto *de vendendo*, y la esencia de la hipoteca fijada en el *ius vendendi*, que el acreedor podía ejercitar, si bien debía devolver el *superfluum* del precio obtenido (14).

En la evolución de la hipoteca el último paso lo representa la sustitución de la posesión necesaria para la venta por la publicidad registral, en una fase avanzada, que permite la enajenación aséptica, sin entrega de la posesión, gracias a los mecanismos registrales de publicidad y a la protección de los intereses en juego mediante el control estatal de aquella enajenación.

B) La hipoteca aparece hoy ya conformada sobre la base del *ius vendendi*, y su esencia radica en ese derecho que el acreedor tiene de proceder a la

(11) En este sentido, ALVARO D'ORS, *Derecho privado romano*, 1698, págs. 386 y 388, quien añade que el acreedor tiene la posesión pretoria y el pignorante comete un *furtum possessionis* si sustrae la prenda. El pignorante tiene la posesión civil, pero el acreedor pignoraticio adquiere también un derecho de garantía similar a un derecho real. Lo que se da en la *datio pignoris* es sencillamente la garantía y no la cosa misma en propiedad.

(12) D'ORS, *ob cit.*, pág. 389.

(13) Desde la primera mitad del siglo I a.C. se concedió al propietario arrendador el *interdictum Salvianum* para prohibir que los objetos introducidos en la finca, que quedaban afectos en garantía del pago de las rentas, se retrasen de ella. El interdicto se completó con una acción (*actio Serviana*) contra el que impidiera que el acreedor tomara posesión de la cosa para proceder a su venta. D'ORS, *ob cit.*, pág. 391.

(14) Aunque el acreedor vende sin ser propietario puede hacerlo válidamente porque tiene autorización del pignorante, pero la venta solía hacerse sin asumir la responsabilidad por evicción. D'ORS, *ob cit.*, pág. 388, nota 13.

venta del bien sobre el que recae la garantía. Se trata de un señorío sobre la cosa que la sujeta frente a todos y que consiste en la realización de su valor, a través de su enajenación.

El derecho de enajenar la cosa hipotecada es el centro de energía de la hipoteca, su núcleo, su esencia. Y en tal posibilidad reside también su utilidad: frente al incumplimiento de la obligación, el acreedor no necesita acudir a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor, con los problemas judiciales que plantea tanto de concreción de la cosa como de determinación de la obligación misma, además de los riesgos que la responsabilidad genérica conlleva en el caso de enajenaciones o sobredeudas del obligado. Le basta al acreedor realizar la garantía, vendiendo la cosa, en virtud de un derecho específico y pactado, que es la hipoteca, y sin necesidad de acudir a la activación de la responsabilidad patrimonial universal. El acreedor realiza así una «ejecución» pactada, que no forzosa.

Ahora bien, en el desarrollo y evolución de la hipoteca se manifiesta una tendencia a rodear de cautelas la realización o enajenación, que impidan abusos por el acreedor, y que concluyen en la exigencia de someter la venta a control público: ha de realizarse con intervención del Estado.

La Ley Hipotecaria de 1861 no señalaba un procedimiento especial para la ejecución. La Ley de reforma de 1909 estableció el procedimiento judicial sumario, y en el artículo 126 aludía al ejecutivo ordinario cuando se dirigía contra un tercer poseedor. El RH de 1915, como hemos visto ya, reguló el procedimiento extrajudicial.

La Ley Hipotecaria actual se refiere al procedimiento ejecutivo ordinario en el artículo 126, regula el procedimiento típico de ejecución hipotecaria, el judicial sumario, en los artículos 129 a 132, y admite en el artículo 129 que se pacte un procedimiento extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria.

Nuestra Ley Hipotecaria parte de que la realización de la hipoteca se efectúa a través de una acción procesal. Y la doctrina considera que el ejercicio de la acción hipotecaria se desenvuelve a través del correspondiente procedimiento de ejecución, y que es característica de nuestra legislación la variedad de estos procedimientos (judicial sumario, ejecutivo ordinario, extrajudicial y declarativo ordinario) (15).

(15) Señala ROCA, *ob cit.*, pág. 959, que la acción real hipotecaria es siempre manifestación procesal del derecho de realización de valor que la hipoteca entraña, cuyo valor en la fase ejecutiva se extrae de la cosa hipotecada. A diferencia del Derecho romano, en el que se atribuía al acreedor un derecho a incautarse del objeto hipotecado, entrando en posesión del mismo, y pudiendo, una vez conseguida ésta, proceder privadamente a la enajenación, hoy el *ius distrahendi*, despojado de todo elemento posesorio, llena exclusivamente el contenido de la acción hipotecaria, ejercitándolo el acreedor necesariamente en forma pública.

La relevancia de este aspecto procesal en la hipoteca provocó la duda y consiguiente discusión acerca de si la hipoteca es un negocio de tipo sustantivo o meramente procesal y también si es un verdadero derecho real (16).

Pero el control estatal del derecho de realización de valor no debe empañar el carácter sustantivo del mismo, que se manifiesta claramente observando su origen como derecho del acreedor a procurar por un acto propio el importe correspondiente.

La esencia de la hipoteca consiste en la realización del valor de la cosa, a fin de que el titular pueda obtener de ella una cierta cantidad de dinero.

Y cualquiera que sea el modo como se lleve a efecto, la realización del valor ha de entenderse como un derecho básico que confiere al acreedor la posibilidad de actuar por sí, lo que tiene especial plasticidad y significación cuando el procedimiento es extrajudicial.

Ahora bien, el *ius vendendi*, centro y fuerza de la hipoteca, ha de actuarse con control del Estado. Pero este control no tiene por qué ser necesariamente judicial: basta con que se rodee de las garantías necesarias para evitar el abuso y los excesos que su ejercicio pudiera provocar. El que la Ley emplee a tal efecto la vía de la ejecución forzosa no quiere decir que la satisfacción sea ejecución forzosa (que sea forzoso llevar por vía judicial la pretensión), sino sólo que ha de tener lugar en las formas de ejecución forzosa (17). Pero también, como reconoce el artículo 129 de la LH, mediante el control notarial.

(16) Así, SOHM, citado por WOLF, *ob. cit.*, pág. 190, nota 5, considera que la moderna hipoteca no es un derecho real porque el acreedor no se satisface a sí mismo, sino que es satisfecho con la intervención del Estado.

Desde otro punto de vista, un sector importante de la doctrina sitúa la hipoteca en el campo del Derecho procesal, considerándola como negocio jurídico procesal, cuya finalidad es asegurar la eficacia de la eventual ejecución forzosa y que tiene por objeto destinar específicamente bienes concretos a ser objeto de tal ejecución. Máximo defensor de esta tesis es CARNELUTTI. Para un estudio detallado de la misma y su crítica, puede verse ROCA SASTRE, *ob. cit.*, págs. 132 y sigs.

Esta exigencia de cooperación judicial para ejercitar el derecho sobre la cosa ha permitido que algún autor, como hemos visto, niegue a la hipoteca el carácter de derecho real, ya que no puede ejercitarse directamente sobre la cosa, sin intervención del deudor o de la autoridad judicial.

En nuestra doctrina, VALLET considera la hipoteca como un embargo anticipado y voluntariamente aceptado por el deudor actual o futuro, *Panorama de Derecho civil*, 1963, pág. 170.

También CÁMARA, «Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real», en *RDP*, 1949, págs. 377 y sigs., considera que no estamos ante un derecho real, y lo que sucede es que se somete *a priori* la finca hipotecada al poder de ejecución, sin que este poder sea un derecho real, pues, simplemente, se destina un bien a ser objeto de ejecución.

(17) En este sentido, WOLF, *ob. cit.*, pág. 190, quien añade que se trata de formas para garantizar en cierto modo un producto justo y protegen contra la posibilidad de una enajenación contra Derecho. El Estado actúa al servicio del titular, cuya actividad es la fuerza impulsora, al igual que el negocio de Derecho privado de transmisión de un

Como señalan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, dentro de las variantes que la Ley Hipotecaria ofrece para conseguir la efectividad de la hipoteca, algunas presuponen la existencia de título ejecutivo (procedimiento ejecutivo y sumario), otras no (procedimiento extrajudicial); unas presuponen demanda o actuación judicial y otras no (18).

Pero la fuerza nuclear de la hipoteca la constituye ese derecho a ser satisfecho el acreedor, realizando previamente el valor de la finca, él mismo, mediante su venta, como claramente expresa el artículo 1.858 del Código Civil, al margen de la forma o control que revista dicha realización.

Por tanto, más que de una ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor por incumplimiento, se trata de ejercitar el derecho en que consiste la garantía hipotecaria, de vender la finca y cobrarse con su producto, aunque dicho ejercicio se conduzca por la vía del procedimiento de ejecución. Pero el *ius vendendi* se actúa por el acreedor como acto propio, cualquiera que sea el modo como se lleve a efecto (19).

Lo que se ve claro si tenemos en cuenta lo siguiente:

1. Que en el caso de la prenda, cuya esencia es la misma que la de la hipoteca, que no es sino una figura desgajada de aquélla, más espiritualizada, como hemos visto, el Código Civil en su artículo 1.872 reconoce claramente que es el acreedor el que podrá proceder a la enajenación de la cosa, si bien «por ante Notario».

2. Cuando la hipoteca se convierte en prenda de crédito o irregular, en caso de siniestro o expropiación de la finca, conforme al artículo 110.2 de la LH, y el crédito garantizado con la hipoteca está vencido, no hay ejecución sino, sencillamente, realización de la garantía mediante apropiación por acto unilateral. El acreedor está facultado para convertirse de poseedor *alieno nomine* en propietario.

El acreedor podrá ejercitar y cobrar directamente el crédito que sustituye a la cosa hipotecada; y si la prestación consiste en metálico, aplicar ésta desde luego al pago de su propio crédito. Y tratándose de prenda irregular, en caso de incumplimiento de la obligación principal, puede ser aplicada la garantía al pago de aquélla (20).

inmueble, que entre otros requisitos exige el cumplimiento de una pretensión de carácter público contra el Estado, dirigida a que se practique la inscripción.

(18) *Comentarios al Tratado de Cosas*, de WOLF, cit., pág. 270.

(19) Así, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 196.

(20) Así, CASTÁN, *Derecho civil*, t. II, 1957, págs. 821 y 827. Y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 496, aclaran que en la prenda de dinero no es de aplicación el artículo 1.872 del Código Civil, pues la venta en la prenda se exige para realizar el valor, y el pacto comisorio se prohíbe para evitar que el acreedor pignoraticio obtenga una ganancia inmerecida a consecuencia de no hacerse la adjudicación previa una tasación pecuniaria que determine el valor que recibirá el adjudicatario. Ni aquello es posible ni este peligro se corre en el caso de la prenda pecuniaria.

3. La misma Ley Hipotecaria remite en el artículo 129 al control notarial para la realización del *ius vendendi* a través del procedimiento extrajudicial, y, por tanto, al margen de la actuación judicial.

Se trata, pues, del ejercicio de un Derecho privado, el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada, que, al igual que en el supuesto de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa, puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado (21).

II. CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

1. Un amplio sector de la doctrina considera el procedimiento extrajudicial como un proceso de ejecución pura, de la misma naturaleza que el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, si bien sustanciado ante Notario.

El procedimiento judicial sumario, introducido por la Ley de 1909, nació para favorecer la realización del crédito inmobiliario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad del crédito hipotecario, breve, sencillo y económico. Pues el juicio ejecutivo ordinario era largo y antieconómico, sobre todo tratándose de hacer efectivo un derecho real de hipoteca, constatado en el Registro, con todas las seguridades que la inscripción proporciona (22).

En esta línea de equiparación con el procedimiento judicial sumario, señala ROCA que, al igual que en éste, se produce una simplificación del procedimiento ejecutivo ordinario, al que se le amputa la fase del juicio ejecutivo propiamente dicho, o sea, lo que es proceso de cognición, conservando sólo la fase de apremio o ejecución en sentido estricto, y eliminando varios trámites en este último. Se trata así de un procedimiento especial de apremio, sin fase de contención, oposición o controversia entre partes. *No es un juicio*, sino un simple proceso de ejecución, y concretamente *un procedimiento de realización de valor en cambio de la finca hipotecada* (23).

(21) Así lo reconoce el Preámbulo del Decreto de 27 de marzo de 1992, que modifica el procedimiento extrajudicial.

(22) En este sentido, ROCA SASTRE, *ob cit.*, vol. II, pág. 1023, quien añade que había plena unanimidad en considerar que el juicio ejecutivo ordinario, como medio para obtener la realización de los créditos hipotecarios, no sólo era complicado, sino que permitía fácilmente al deudor de mala fe entorpecerlo con incidentes y suspensiones, alargándose más aún, aumentando su coste y aburriendo a los acreedores. Y la dificultad de cobro retrasa a los prestamistas, elevándose el tipo de interés, o incitaba a la sustitución de la hipoteca por fórmulas mucho más drásticas para el deudor, como la venta con pacto de retro.

(23) *Ob cit.*, pág. 1024. También GUASP, «La ejecución procesal en la LH», en *RCDI*, 1941, pág. 596, considera que la característica básica del procedimiento judicial

La mayoría de la doctrina, aun destacando la especialidad del judicial sumario, sobre todo la ausencia de fase de oposición, lo mantiene dentro del campo procesal, y a lo más que llega es a considerar que no se trata de un verdadero juicio.

Sin embargo, las características singulares de aquel proceso había hecho pensar a algún autor que su verdadera sede era la jurisdicción voluntaria (24). O que no hay ejercicio de acción en juicio, sino simplemente efectuación de una relación jurídica (25).

Y es que, verdaderamente, no estamos ante una acción canalizada a través del correspondiente juicio, sino ante el control estatal del ejercicio del *ius vendendi* en que consiste sustancialmente la hipoteca. Como hemos visto al analizar la esencia de la hipoteca, el acreedor tiene varias alternativas para proceder a la venta y realización de valor del bien hipotecado: sujetarse a los trámites del juicio declarativo o del ejecutivo, o a los establecidos *ex profeso* para aquel fin: procedimiento judicial sumario o extra-judicial. En estos dos últimos supuestos no hay juicio, sino control de legalidad del ejercicio del *ius vendendi*, reducido a la comprobación de la certeza y exigibilidad del crédito [arts. 131.2.º LH y 236.a).1 RH], la realidad de los requerimientos y notificaciones que permitan al deudor y titulares de derechos reales enterarse de que se está procediendo a la realización de la hipoteca, y, finalmente, al control de la propia venta con el fin de obtener un precio justo.

Tanto en el supuesto del procedimiento judicial sumario como en el notarial, la fuerza de la misma garantía hipotecaria y el impulso de su ejecución o realización excluyen cualquier discusión sobre aspectos que no consten en la escritura o en el Registro.

El Derecho permite que se pacte, en aras de la seguridad y sobre la base protectora que brinda la actuación notarial y registral, una reducción de los medios normales de defensa cuando la garantía se concreta en una cosa. Y la enajenación a la que tiende de manera natural la hipoteca se producirá, concluirá, a salvo la suspensión en los casos límite del artículo 132 de la LH, y sin perjuicio de que en juicio declarativo se planteen todas las cuestiones que interesen al deudor y sean procedentes.

2. El procedimiento extrajudicial es el conjunto de trámites a través de los cuales se canaliza el control notarial de la realización hipotecaria. Y

sumario es la ausencia de tramitación de una fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de posibles alegaciones. No es que no haya contienda o controversia, sino ausencia de un período procesal destinado a examinarla, o sea, carencia de fase de oposición.

(24) GARCÍA FERNÁNDEZ, «Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario», en *RGLJ*, 1912, II.

(25) ASÍ, LÓPEZ DE HARO, «Acciones del acreedor hipotecario ...», en *RGLJ*, 1932, I.

ninguno de cuyos trámites exige actividad jurisdiccional, como veremos a continuación.

a) Para que el procedimiento se inicie basta que *se compruebe la certeza y exigibilidad del crédito garantizado con la hipoteca* [art. 236.a).1 RH].

Y esta acreditación o comprobación se apoya únicamente en datos fehacientes: escritura de constitución de hipoteca (fe pública notarial) y certificación registral (fe pública registral) (26).

El requirente entregará al Notario la escritura de constitución de hipoteca con nota de haberse inscrito. Y si no pudiese presentarse la escritura inscrita, deberá acompañarse con la que se presente nota simple del Registro de la Propiedad que refleje la inscripción, dice el artículo 236.a).2 del RH (27).

Y, luego, el Notario, si estima cumplidos todos los requisitos para la viabilidad del procedimiento extrajudicial: pacto con las circunstancias del artículo 234 del RH, obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada (art. 235 RH) y la propia competencia notarial (art. 236.1 RH), además de los ya señalados de la certeza y exigibilidad del crédito y cantidad exacta objeto de la reclamación [art. 236.a).1 RH], solicitará *certificación registral* en la que conste entre otros extremos, la inserción literal de la inscripción de la hipoteca en los términos en que esté vigente (28).

Y en vista a la certificación del Registro decidirá si continúa el procedimiento.

(26) Lo que no está en la escritura o en el Registro de la Propiedad no tiene relevancia a los efectos de la realización.

(27) Sólo en relación con los intereses, en el caso de créditos con interés variable, admite que se acrediten con el documento o documentos que permitan determinarlo con exactitud. Documentos que unas veces serán oficiales (Boletín Oficial) y otras meras certificaciones bancarias. Pero en todo caso se trata de cantidades accesorias y documentos que gozan de seriedad y credibilidad suficientes.

(28) Es la certificación registral la que permitirá completar los datos necesarios para calificar la viabilidad del procedimiento, pues dado el carácter constitutivo de la hipoteca, las prórrogas y modificaciones en general, e incluso la propia legitimación para iniciarlo, si existe cesión del crédito hipotecario, por ejemplo, sólo podrá detectarse con la certificación registral.

Por eso ROCA, en relación con el procedimiento judicial sumario, decía que la exigencia de presentar la escritura no se aviene con la base fundamentalmente registral de dicho procedimiento, unido al carácter constitutivo del derecho de hipoteca, y que debería bastar que se acreditara la existencia registral de la hipoteca que acude a la ejecución, lo que concordaría con el criterio que preside el artículo 41 de la LH, *ob. cit.*, pág. 1040.

Es cierto lo que dice ROCA, pero no sobra, a mi juicio, que se presente también la escritura, que pudiera reflejar datos que todavía no han llegado al Registro, si se cumple lo que dispone el Reglamento Notarial sobre coordinación de escrituras, y que pudieran ser decisivos para paralizar el procedimiento.

En todo caso, el Notario, para seguir el procedimiento ha de analizar la escritura y la certificación, pues, como dice el artículo 236 c).1 de la LH, el requerimiento de pago, que es la continuación del procedimiento, se hará a la realización hipotecaria solicitada

El apoyo básico del procedimiento notarial, como del judicial sumario, está en la fe pública notarial y registral y en el principio de legitimación.

Señala ROCA, refiriéndose al judicial sumario, que el fundamento está en los datos del Registro, y al acreedor como titular registral de un derecho real de hipoteca se presume que le pertenece tal y como el Registro lo presenta (29). Presunción de legitimidad que puede destruirse fuera del procedimiento de ejecución, pero sin suspenderlo (art. 132 LH), pues éste sigue su curso apoyado solamente en los datos registrales; y lo único que autoriza la Ley, para evitar sorpresas, es la retención de la cantidad obtenida en el procedimiento (30).

Se podrían aceptar estas consideraciones añadiendo que el Notario ha de hacer la comprobación de los datos referidos en base al Registro, pero conjuntamente con los derivados de la escritura pública, pues en ella podrían reflejarse modificaciones que no hubieran tenido acceso al Registro y que afecten a la viabilidad del procedimiento.

b) El desarrollo del procedimiento se realiza mediante una serie de actos de carácter fehaciente, dada la propia eficacia de la intervención notarial [requerimientos: 236.c).1; notificaciones: 236.d); comunicaciones: 236.f).5], basados en datos registrales y, por tanto, con el amparo de la publicidad registral [domicilio del deudor, titulares de derechos reales, etc.: 236.c).d).2].

Los actos que se producen dentro del procedimiento con un contenido negocial, como el pago [art. 236.e)], subrogación [art. 236.e).2], cesión del remate [art. 236.h).4] y sobre todo la subasta, con sus consignaciones, adjudicaciones y remates [art. 236.g). h), i), j), k)], constituyen todos ellos materia propia de la actuación notarial.

Por último, la terminación misma del procedimiento se realiza mediante un acto tan notarial como la autorización de la escritura de transmisión a favor del rematante o adjudicatario, que servirá, además, para cancelar los asientos posteriores a la inscripción de la hipoteca (art. 236.1).

3. La realización extrajudicial de la hipoteca se dirige por el Notario y se realiza a través de una serie de actuaciones típicamente notariales, que

(29) *Ob. cit.*, pag. 1026. Recuerda al *solve et repete* de los negocios jurídicos abstractos en actuación. Y añade que es el mismo espíritu del artículo 38 de la LH el que atribuye al acreedor una presunción de titularidad efectiva, sin perjuicio de que después, en el juicio plenario, se compruebe si su pretensión carecía de base. Pero mientras esto no se demuestre, hay que sostener los pronunciamientos registrales. El contenido del Registro, en lo relativo a la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito hipotecario, cobra sustantividad al concedérsele, al menos provisionalmente, pleno valor de verdad. La inscripción de hipoteca revela una situación jurídica no menos digna de legitimidad que una sentencia de remate obtenida con contadas excepciones y defensas.

(30) De ahí que al ser un proceso de realización sin juicio previo deje intactas las cuestiones de fondo para que puedan ser discutidas en juicio ordinario (Sentencia de 12 de diciembre de 1950). No produce, pues, efecto de cosa juzgada.

dotan a la ejecución de una seguridad y garantía de legalidad del mismo nivel, por lo menos, que el control judicial, por la fuerza que le da la fe pública registral unida a la propia de la función notarial, dentro de la cual encajan, tal como hemos visto, todos los trámites del procedimiento.

Pues aquéllos que exigirían coactividad se soslayan en la realización hipotecaria notarial. Así, la rebeldía del dueño de la finca, mediante la técnica típica del Derecho privado, que es el apoderamiento irrevocable (234.1.3.º), y la entrega de la posesión al adjudicatario remitiéndose al Juez [art. 236.m)].

La realización de la hipoteca se desarrolla, pues, íntegramente desde una actuación que encaja plenamente dentro de la función notarial, al soslayar el legislador cualquier actividad que suponga, o bien contradicción u oposición —pues en tal caso o se suspende [236.ñ)] o se desvía la oposición hacia el cauce judicial [236.o)]—, o bien coactividad, tal como hemos visto. Y está dentro la órbita amplia que describe el artículo 1 del Reglamento Notarial.

El *ius vendendi*, que constituye la esencia de la hipoteca, se efectúa así de manera aséptica, por la vía de intervención notarial en perfecta simbiosis con el Registro de la Propiedad, provocando las inscripciones y cancelaciones consiguientes, sin necesidad de acudir a la vía coactiva, gracias a la coordinación de la función notarial con la eficacia registral. De modo semejante a la realización extrajudicial de la cláusula resolutoria en la compraventa con precio aplazado, conforme al artículo 59 del RH (31).

El Preámbulo del Real Decreto 290/1992 se hace eco de esta autosuficiencia notarial del procedimiento cuando dice que «la dirección y ordenación notarial de la actividad realizatoria se cohonestan con una minuciosa regulación de los trámites a seguir y de las incidencias que eventualmente puedan aparecer; y que la posible colisión entre los derechos del acreedor y de los terceros se resuelve con el exclusivo criterio de la prioridad registral de sencilla constatación por parte del Notario». Y deja a salvo los aspectos contenciosos o meramente jurisdiccionales cuando añade que «sin perjuicio del establecimiento de un cauce adecuado para resolver posibles tercerías de mejor derecho, que no paralizan la enajenación del bien...» (32)

(31) En efecto, en dicho precepto se prevé un sistema ágil y eficaz de realización de la garantía de la cláusula resolutoria mediante un sencillo procedimiento notarial registral, aunque la virtualidad del mismo haya disminuido después de una interpretación excesivamente paternalista de la Dirección General de los Registros. Este problema lo he analizado en un trabajo titulado «Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria», en *RCDI*, 1992, págs. 63 y sigs.

(32) Y añade que la gran certeza que ofrece la documentación pública y la publicidad registral de las relaciones hipotecarias hacen que el objetivo de desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial, sea plenamente viable, sin merma de las debidas garantías del deudor

III. LIMITES

1. EL PROCEDIMIENTO TIENE QUE SER PACTADO

El legislador no ha considerado oportuno regular el *ius vendendi*, en el que la hipoteca se traduce fundamentalmente, estableciendo directamente el control notarial de la venta, como lo hace en el artículo 1.872 para la prenda. Y podía haberlo hecho, pues las mismas razones habría en el caso de la prenda, de la que la hipoteca es una derivación más atemperada, al prescindir de la posesión, para entender que el pacto expreso de ejecución por vía notarial era imprescindible.

Porque, como ya hemos visto, ni el procedimiento judicial sumario es una auténtica acción, que no sería necesaria, pues la esencia de la hipoteca está, precisamente, en la facultad del acreedor de realizar por sí el objeto de la garantía, sino una simple forma o medio de control público de la enajenación. Ni, por consiguiente, el procedimiento extrajudicial es una derivación espúrea del procedimiento judicial: es sencillamente otra forma pública de control de la venta, y con no menos garantías, como hemos visto.

Por otra parte, como explicaré luego, la virtualidad de esa exigencia paccionada es irrelevante en la práctica. El pacto sobre el procedimiento extrajudicial se ha convertido en una cláusula de estilo que integra el conjunto regulador normal de los préstamos hipotecarios, y la libertad para excluirlo por el prestatario es tan ilusoria como la de modificar o influir en cualquier otra cláusula que forme parte de las condiciones generales que, de manera prefijada, imponen las entidades crediticias. Por tanto, en la realidad el problema de la libertad contractual se remite a la voluntad de celebrar el contrato, es decir, a si al prestatario le interesa o no el préstamo al interés y plazo que convengan, y, en lo demás, en el detalle de su regulación, se impone por el prestamista sin posibilidad de negociación; y sin que, justo en reconocerlo también, generalmente, se interesen tampoco excesivamente los prestatarios por las vicisitudes posteriores a la entrega del dinero, que son las reguladas por el engorroso y complejo clausulado de los préstamos hipotecarios (33).

No hay, pues, ninguna razón sustancial que impida al legislador establecer el procedimiento extrajudicial directamente, como consecuencia natural de la

(33) Lo que el prestatario quiere es resolver su problema económico lo más rápidamente posible, y, por tanto, que se le agilice al máximo la tramitación, con el fin de que pueda recibir el dinero cuanto antes. Cuando el Notario le explica el significado de las distintas cláusulas (obligaciones del hipotecante, vencimiento anticipado, procedimiento extrajudicial, etc.), raramente pone más reparos que el de que si hiciera caso a la lectura de tantas ataduras y prevenciones por parte de la entidad prestamista no firmaría el contrato, añadiendo que, en definitiva, cumpliendo puntualmente, todas las prevenciones son papel mojado. Y ven muy lejano, o quieren verlo, el día del incumplimiento.

hipoteca, siempre que en el contrato se hayan previsto las circunstancias operativas necesarias para el desarrollo de la realización hipotecaria. Lo mismo que en el procedimiento judicial sumario y lo mismo también que para el procedimiento extrajudicial en el caso de la hipoteca mobiliaria y para la realización de la prenda sin desplazamiento (34).

Pero lo cierto es que el legislador ha considerado oportuno exigir el pacto expreso para que el acreedor pueda utilizar el control notarial para la realización de la hipoteca en el artículo 129 de la LH. Y en el RH, reformado por Real Decreto de 27 de marzo de 1992, se añade: que se haya estipulado en la escritura de constitución de hipoteca la sujeción de los otorgantes al procedimiento y que la estipulación conste separadamente.

a) *Que se estipule la sujeción al procedimiento (art 234.1 y 2)*

La LH en su artículo 129 dice que podrá válidamente pactarse el procedimiento extrajudicial, y el artículo 234, antes de la última reforma, que para que sea aplicable será necesario que en la escritura de constitución se designe por el deudor un mandatario y el precio de tasación.

La doctrina, al comentar este requisito, entendía que lo que se exigía era estipulación expresa (35). Pero no parecía que hubiera obstáculo para el empleo de fórmulas indirectas, como, por ejemplo: «A los efectos del procedimiento extrajudicial se tasa la finca...» (36).

Con la nueva redacción del RH la solución es más dudosa: «La tramitación... requerirá que en la escritura... se haya estipulado la *sujeción* de los otorgantes a este procedimiento y (“además”, se puede entender) que consten las siguientes circunstancias...», dispone el artículo 234.1. Es decir, primero, sujeción expresa y, luego, además, las circunstancias que señala. Y el mismo

(34) El artículo 130 de la LH dispone que para que sea aplicable el procedimiento judicial sumario será necesario que se haga constar en la escritura un domicilio para requerimientos y el valor de tasación. El artículo 86 de la LHM añade para el extrajudicial la designación de mandatario. Y para la prenda sin desplazamiento, el artículo 94 de la LHM regula directamente la realización bajo control notarial, sin más.

Cuáles sean las razones de fondo que lleven al legislador a establecer un tratamiento, si se quiere, más rígido, en este sentido formal, de estipulación *expresa* para el control notarial en el caso de la hipoteca inmobiliaria, no se perciben. La Exposición de Motivos de la LHM se limita a señalar que «las líneas fundamentales de la regulación son análogas a las de dicha Ley (LH), si bien imprimiendo mayor rapidez y brevedad a los trámites y suprimiendo algunos en atención a la diferente naturaleza de los bienes».

(35) Así, Roca, *ob cit*, pág. 1002.

(36) En cambio, parecía necesaria una referencia al procedimiento judicial sumario, ya que la mera designación de domicilio y valor de tasación a efectos ejecutivos en general, se consideró insuficiente.

artículo en su número 2, se dice así: «la estipulación en virtud de la cual los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento...» (37).

Y no hay que olvidar que una de las razones de la reforma es potenciar el dinamismo de un sector de vital importancia para la cobertura de las necesidades básicas del ciudadano, como son las relativas a la adquisición de viviendas. Y dentro de esta órbita habrá que tener en cuenta la normativa basada en los principios constitucionales que recogen los artículos 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada), y 51 (protección de los consumidores y su información) de la Constitución. Y muy especialmente la Ley de 19 de julio de 1984, desarrollada para la vivienda, en concreto, por Decreto de 21 de abril de 1989, en cuyo artículo 10 se establece que las cláusulas o estipulaciones estarán redactadas con concreción, sencillez y con posibilidad de comprensión directa.

Hay que reconocer que la manifestación directa y expresa de sujeción al procedimiento extrajudicial, conduce a una mayor claridad y, por tanto, está en más consonancia con las exigencias de aquella legislación protectora del consumidor.

Y si a esta exigencia de expresa sujeción al procedimiento se añade la de su redacción en cláusula separada, que analizaré luego, no cabe duda que existen más posibilidades de conseguir una mejor inteligencia o, por lo menos, de que el deudor o hipotecante se entere mejor o sencillamente preste más atención a la lectura que el Notario debe hacer, lo que, a su vez, provocará mayor interés por conocer su alcance, que el Notario aclarará en el ejercicio de su función de asesoramiento (38).

(37) Se observa en la redacción del Real Decreto que modifica el procedimiento una clara voluntad de facilitar la agilización de la realización hipotecaria a través del control notarial, pues como señala el Preámbulo: es preciso desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial, reconociendo que la presión enorme que se puede producir sobre la Administración de Justicia puede poner en peligro un sector de vital importancia de la economía.

Pero, por otro lado, se advierte una influencia, hasta cierto punto contradictoria o, por lo menos, recelosa ante tanta facilidad ejecutiva, de un sector más atento a la protección del consumidor, que, como veremos, ha provocado una serie de frenos o cautelas e, incluso, limitaciones que puedan dejar frustrado el procedimiento, de modo parecido a lo que sucedió hasta ahora con la regulación anterior.

(38) El artículo 1 del Reglamento Notarial establece este deber de asesorar y aconsejar. No obstante, la rigidez formal de redacción, que se desprende de la nueva regulación del procedimiento extrajudicial no resulta superflua, desde el punto de vista de la claridad que con mayor intensidad debe presidir el clausulado de las condiciones generales impuestas; pues una redacción indirecta, por alusión, hace más fácil, en la práctica, que, si el Notario se limita a su lectura, pase inadvertido dicho pacto, sin que el interesado se entere del mismo.

Pero el Notario, que ha de estar especialmente sensibilizado en este campo de las cláusulas generales a las que se refiere la Ley para la Defensa de los Consumidores, por la propia naturaleza de la función, que le exige aclarar hasta donde sea preciso el signi-

Sin embargo, hay que reconocer que en esta materia de protección al consumidor las normas se suelen quedar en meras formulaciones de intenciones, pues aun admitiendo que en el caso concreto que nos ocupa se consiga, con la nueva regulación, una mayor claridad de las cláusulas, lo que supone, desde luego, un perfeccionamiento, un avance; sin embargo, no se logra alcanzar una auténtica protección real, pues el *quid* de ésta está en la prohibición clara de las cláusulas abusivas, detallando cuáles sean éstas, y ya con mayor alcance, atajando la raíz del problema, con una política económica que compense los desequilibrios y que cumpla verdaderamente el mandato constitucional de acceso a una vivienda digna, sin que el ciudadano tenga que vivir angustiado de por vida ante la posibilidad de perderla por una serie de causas, que aunque derivadas de cláusulas impuestas por las entidades de crédito desde una clara posición dominante, no dejan de ser muchas de ellas una consecuencia lógica del juego normal del contrato de préstamo hipotecario, aceptado por el deudor que acude a la financiación ajena por entidades privadas, las cuales no tienen por qué sustituir al Estado en el papel que constitucionalmente le está encomendado. Y ese es el verdadero terreno desde el cual el legislador debiera enfrentarse a la solución del problema de la vivienda (39).

b) *Debe constar en cláusula separada*

El artículo 234.2 es claro: La estipulación en virtud de la cual los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca *deberá constar separadamente* de las restantes estipulaciones de la escritura.

Esta exigencia no es caprichosa, y no es, a mi juicio, mera reiteración de la recomendación notarial que hace el artículo 176 del Reglamento Nota-

ficado de lo que firma a quien lo necesite, no ha de limitarse a leer de forma rutinaria aquellas cláusulas, sino explicar su significado y alcance, hasta que se entiendan. Los Notarios sabemos que en la mayoría de los casos la simple lectura de las estipulaciones de los préstamos hipotecarios, redactadas de manera farragosa, con un lenguaje, a veces ininteligible para el mismo jurista, y en un número excesivo y superfluo, se hace tan pesada que los prestatarios, que ya se han decidido a obtener el préstamo, renunciarían de buena gana a escuchar algo que no entienden, y que, como ya he señalado, están dispuestos a aceptar en todo caso.

Pero otra cosa distinta es si le explica su alcance con el lenguaje sencillo, hablado, bien diferente del escrito, y que permite, por lo menos entender lo que firman, con la tranquilidad que supone, aunque les parezca excesivo.

(39) Por otra parte, la mayoría de las normas dictadas para la protección al consumidor, al no enfrentarse directamente con el problema, no son más que disposiciones de cara a la galería, sin que se logre una eficacia seriamente protectora. Con más detalle se analiza la hipocresía legislativa en mi trabajo, *La seguridad jurídica y el Estado de derecho en España*, Sevilla, 1993.

rial (40). Sino un requisito sustantivo cuyo fundamento obedece a las mismas razones ya explicadas en relación con el pacto expreso, de claridad en la contratación como exigencia que afecta a la validez, impuesta con carácter general por la legislación de protección al consumidor.

La claridad, concreción y sencillez a que se refiere el artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1984, y cuya infracción determina la nulidad de pleno derecho de la estipulación que no respete aquellos criterios, se concreta en materia de hipoteca y especialmente en cuanto al pacto de sujeción al procedimiento extrajudicial, en la exigencia de *cláusula separada*.

Lo cual es lógico, si tenemos en cuenta lo antes dicho sobre la paciencia que hay que tener para escuchar la lectura de tantas cláusulas superfluas, oscuras, farragosas, amenazantes, así como la dificultad para entender las estipulaciones que integran las minutas que imponen las entidades de crédito y que invaden el documento, haciendo que suponga aquella actuación pasiva una pequeña tortura (41). Ello se traduce, en la práctica, si la lectura se hace sin pausa, en una desatención que permitirá que pasen inadvertidos muchos pactos, sobre todo si no están material y gráficamente separados.

El hecho de constar en una cláusula distinta obliga a hacer una pausa que facilitará una mayor atención y reflexión sobre el texto redactado independientemente.

Por tanto, la redacción separada es requisito de validez del pacto de sujeción al procedimiento extrajudicial (42).

No lo entendió así la Dirección General de los Registros, que en Resolución de 7 de julio de 1992 consideró que el requisito de la constancia separada es una simple exigencia de técnica notarial que no afecta al surgimiento del derecho a la ejecución por la vía extrajudicial, por las siguientes razones: 1) El artículo 234 distingue claramente, dedicando apartados distintos y

(40) Establece dicho precepto que «La parte contractual se redactará... con los pactos o convenios entre las partes que intervengan en la escritura, cuidando el Notario de reflejar con la debida claridad y separadamente los que se refieran a cada uno de los derechos creados ..., así como el alcance de las facultades, determinaciones y obligaciones de cada uno de los otorgantes o terceros a quienes pueda afectar el documento ...».

(41) No se entiende por qué las entidades de crédito persisten de manera obcecada en mantener unas minutas larguísimas, con repeticiones, lenguaje reiterativo, estipulaciones nulas, con las que únicamente se logra dar una imagen de abuso de posición dominante, que en nada les beneficia. Por el contrario, perjudica la inscripción rápida de la escritura, hace más costosa ésta, y dificulta la ejecución hipotecaria.

La Academia Sevillana del Notariado publicó hace dos años varios modelos de préstamos hipotecarios, que se enviaron a diversas entidades de crédito, sin que tuvieran repercusión alguna.

(42) En este sentido, GARCÍA MÁS, «Apuntes al procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario», en *Boletín del Colegio de Granada*, 1992, pág. 3187. También MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, en «La realización de hipotecas mediante subasta notarial», en *RDP*, pág. 109.

numerados separadamente, entre requisitos para que nazca el derecho a la realización extrajudicial y exigencia de configuración documental, que queda al margen de dichos requisitos. 2) La exigencia de constancia separada no establece una norma nueva que no existiera antes, pues se limita a reiterar, en el ámbito hipotecario, una norma de carácter notarial. Y no se trata, pues, de un requisito de validez o eficacia del negocio documentado, y su infracción carece de trascendencia sustantiva y puede originar, únicamente, responsabilidad del fedatario infractor.

Realmente no se explica uno ni los argumentos tan forzados que utiliza, pues la norma del artículo 234.2 es bien clara, sustantiva, tajante e imperativa: «deberá constar», frente a la recomendación del artículo 176 del RN, «cuidará», dirigida al Notario, ni los motivos para una interpretación tan flexible y, por lo demás, contradictoria con la exigencia de protección al consumidor (43).

c) *¿El pacto ha de constar en la misma escritura de constitución?*

A primera vista, y partiendo de la redacción de la norma del artículo 234.1 del RH, pudiera parecer que el pacto ha de constar precisamente en la «escritura de constitución».

Pero ni desde el punto de vista formal o escriturario, ni de fondo o de fines que se persiguen con dicho pacto se puede deducir tal solución.

En efecto, la constitución de la hipoteca se integra por la escritura inicial más las posteriores complementarias, de rectificación e, incluso, las modificativas, pues en todas ellas, conjuntamente, confluye la total regulación privada de la hipoteca (44).

Desde otro punto de vista, el pacto posterior a la constitución en sentido estricto ofrece una mayor garantía de libertad, pues la parte «débil» en el momento del convenio inicial, el deudor apremiado por las necesidades eco-

ROMERO GIRÓN, «El procedimiento ejecutivo extrajudicial y la Constitución. Requisitos y ámbito...», en *Boletín del Colegio de Granada*, 1993, pág. 397, no se manifiesta con mucha claridad: «No estamos seguros de que el artículo 234.2 del RH admita un sentido distinto de lo que literalmente dice. Quizá, si se buscara alguna diferencia entre cláusula y estipulación. De lo que sí se puede estar seguro es que la defensa del consumidor debe articularse sobre algo más consistente que la simple precaución de la estipulación separada».

(43) Pues para resolver el problema que más le preocupa, el de la irretroactividad de tal exigencia, no era necesario, como veremos, tal razonamiento.

Para una crítica más minuciosa, ver MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*, págs. 105 y sigs., y GARCÍA MÁS, *ob. cit.*, pág. 3187.

(44) Por eso, el artículo 178 del Reglamento Notarial exige la coordinación formal y su referencia en la primera mediante la correspondiente nota

nómicas que le fuerzan a acudir a la financiación ajena, ya no estaría entonces sometido a la imposición de estipulaciones cuya aceptación no pueda evitar el consumidor en el momento de la constitución.

Después de la escritura inicial el prestatario recobra la libertad para pactar, sin imposición, la sujeción al procedimiento extrajudicial (45).

2. EL PACTO HA DE CONTENER LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS

1.^a El *valor* en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta.

Dicho valor no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento judicial sumario (art. 234.1 RH).

En este procedimiento, todavía con más razón que en el judicial sumario, es preciso evitar el trámite engorroso del avalúo o tasación pericial, regulado para el procedimiento de apremio en el artículo 1.494 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, esta simplificación procesal tiene sus inconvenientes. Que ya ROCA SASTRE había reseñado, en relación con el procedimiento judicial sumario (46).

Y así existe el peligro derivado de que los contratantes, que ven en la subasta algo improbable y remoto, realicen la tasación con ligereza, y luego, con el transcurso del tiempo, el valor fijado se distancie del real, lo que dará lugar a desagradables sorpresas a la hora de la subasta (47).

El valor corresponde fijarlo a los interesados (acreedor e hipotecante). Aunque, tratándose de préstamos hipotecarios concedidos por entidades de

(45) Distinto es el supuesto de que habiéndose pactado la sujeción al procedimiento extrajudicial, se hubiera omitido algún requisito (el valor, domicilio, etc.). Lo adecuado, será, entonces, otorgar la correspondiente escritura complementaria o subsanatoria, en su caso

ROCA SASTRE, pág. 1036, en relación con la exigencia del artículo 130 de la LH para el procedimiento judicial sumario, así lo admite, si bien aclara que lo procedente sería lograr el asentimiento de los posteriores titulares de derechos reales, si los hubiere. Y ROMERO GIRÓN, pág. 407, considera que, con esta limitación, nada hay que impida una rectificación de la escritura.

Y distinto es también el caso de modificación, por pacto posterior de las circunstancias del artículo 234.1 del RH, como la del domicilio, que el mismo artículo 234 prevé remitiéndose al 130 de la LH, o del valor de tasación, cuya utilidad es clara para adaptarlo a los cambios sobrevenidos, o la misma persona del designado para solventar los problemas derivados de fallecimientos prematuros o de otras causas que pudieran frustrar el procedimiento.

(46) *Ob. cit.*, pág. 1033.

(47) Como podría ser la aplicación del artículo 1.640 del Código Civil en relación con el tanteo enfitéutico, referido por ROCA, pág. 1033.

crédito, el valor de tasación, al igual que las demás condiciones, son impuestas por la entidad prestamista, la cual, por otra parte, ha de ajustarse al certificado de tasación, necesario para el mercado hipotecario, y que suele incorporarse a la propia escritura de hipoteca.

Si la finca está gravada debería tenerse en cuenta el importe de las cargas anteriores, que deberán subsistir, y deducirlo convenientemente. Lo que puede plantear el problema de que dicho valor no sea, al final, el correcto por haberse cancelado ya dichas cargas en el momento de la ejecución (48).

En todo caso, el valor no tiene por qué ajustarse al real, pues se trata de fijar un tipo para la subasta, que no tiene por qué coincidir con aquél necesariamente en el momento de la constitución, y que difícilmente coincidirá cuando la subasta tenga lugar, si se tienen en cuenta las fluctuaciones que se producirán como consecuencia del transcurso del tiempo. Lo que plantea el problema de la posibilidad de modificar el valor de tasación, que, a mi juicio, debe resolverse en sentido positivo, siempre que se haga por convenio entre los mismos interesados y con el consentimiento de los titulares de asientos posteriores (49).

Desde el punto de vista de la libertad contractual no cabe la menor duda acerca del mayor valor de cualquier pacto posterior a la entrega del dinero, que es el momento a partir del cual se deshace el desequilibrio inicial en favor del prestamista. Por otra parte, estamos en el marco sustantivo de regulación de la hipoteca, que no de una norma de procedimiento, cuya modificación plantea mayor dificultad, como luego veremos, dada su propia naturaleza y la redacción del artículo 235.2 del RH. Y, por tanto, habrá que tener en cuenta la norma permisiva general del artículo 149 de la LH.

Por último, ha de ser igual al señalado para el procedimiento judicial sumario. Esta exigencia, en la práctica, puede plantear algunos problemas.

Así, el de si basta la mera remisión al fijado para tal procedimiento. Verdaderamente no debería haber obstáculo en admitirla, pero podrían surgir dudas cuando para el procedimiento judicial sumario se fijó el valor por referencia a la suma de responsabilidades, que serán las totales por principal, intereses ordinarios, de demora, costas y otros gastos. Si la remisión se realiza sencillamente así: el valor fijado para el judicial sumario, no habrá problema de claridad. Pero si se dice que el valor será la suma de responsabilidades sin

(48) Problema que podría resolverse pactando un valor de tasación y, además, otro supletorio para tal caso, fácilmente deducible, partiendo de un valor determinado de las cargas anteriores

(49) En este sentido, ROCA, pág. 1034. También ROMERO-GIRÓN, pág. 399, quien añade que en el caso de apreciación de alteración extraordinaria de las circunstancias podría solicitarse unilateralmente. Y muy razonablemente sostiene este autor que, dado el lapso de tiempo que transcurre entre la valoración y ejecución, podría conectarse el tipo fijado con un índice de estabilización, que sigue siendo una determinación clara y precisa y favorece a ambos interesados.

más, y para el judicial se estableció lo mismo, pudiera producirse una diferencia de valor si se entendiese que la suma de responsabilidades del extrajudicial es la reducida que se deriva del artículo 235.1 del RH. Por eso lo conveniente será expresar numéricamente el valor en los dos supuestos.

2.^a El *domicilio* señalado por el *hipotecante* para la práctica de requerimientos y notificaciones, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario.

La introducción de este requisito está en la línea de simplificación y agilización al igual que en el procedimiento judicial sumario (50).

Sin embargo, existe una doble diferencia en la redacción de esta norma frente a la del artículo 130 de la LH:

a) En ésta, referida al judicial sumario, se dice que en la escritura se determinará *un domicilio*. En el artículo 234.2 del RH se habla de «*el domicilio*».

La norma del artículo 130 de la LH se interpretó generalmente en el sentido de que no cabía otra posibilidad que la de establecer un solo domicilio, incluso aunque se tratase de varios deudores. A mi juicio, ni la literalidad del precepto ni las exigencias procesales, y también hoy constitucionales de defensa, admiten tal solución. Si hay varios deudores, cada uno tendrá derecho a fijar su domicilio. Podrán fijar, si lo desean, un solo domicilio para todos. Pero en otro caso cada uno tendrá derecho a fijar el suyo, lo que se deduce del propio artículo 130 rigurosamente interpretado, pues la referencia a un domicilio concuerda con el singular de la persona que lo fija: el deudor; y, además, porque, de otro modo, se produciría una indefensión al impedir de hecho a los otros deudores la paralización de la realización hipotecaria, al no tener conocimiento del requerimiento de pago efectuado en el domicilio señalado (51). Y estas razones están por encima de los criterios de agilidad o eficacia del procedimiento.

(50) Este domicilio convencional, lo mismo que en el procedimiento judicial sumario, puede no ser el efectivo y real, pues la Dirección General de los Registros señaló que es indiferente que la designación sea equivocada o falsa o que las calles o edificios hayan desaparecido o transformado, o hayan variado su nombre o numeración, pues de otro modo sería fácil burlar la Ley (R. de 15 de diciembre de 1925).

(51) Se podrá decir que si los deudores de común acuerdo aceptan un domicilio, deberán estar a las consecuencias, y, por tanto, ha de entenderse que tienen los medios necesarios para que, efectuado el requerimiento en el mismo, llegue a su conocimiento. Pero este argumento solamente tiene peso si el acuerdo es voluntario, pero no cuando se impone la obligación de fijar uno solo y, por tanto, a prescindir del que a cada uno le interesa porque sabe que los requerimientos en él llegarán a su conocimiento.

Hoy avala esta tesis la reforma del artículo 51.9.^a del RH, por Decreto de 13 de noviembre de 1992, que exige el domicilio del otro cónyuge, si el acto afecta a los derechos de la sociedad conyugal, para dar efectividad a la norma del artículo 1.490 de la LEC reformada por Ley 10/1992, de 30 de abril.

Tratándose del procedimiento extrajudicial habrá que sostener igual solución, y sin que aquí se choque con aquel posible obstáculo literalista del artículo 130 de la LH, que hablaba de un domicilio.

Sin embargo, la finalidad que se pretende con la designación de un domicilio, antes señalada, no permite, a mi juicio, la posibilidad de establecer varios alternativos, si bien podrá preverse ya el cambio para el caso de subrogación del adquirente de la finca hipotecada (52).

b) En el judicial sumario el domicilio lo fija el *deudor*. En el extrajudicial, el *hipotecante*.

En principio, se puede decir que hay una mayor congruencia en la norma del artículo 130 de la LH, pues el requerimiento ha de hacerse al deudor, conforme al artículo 131.3.º de la propia LH (53). El deudor fija el domicilio, pues a él se le requiere. Pero el artículo 131 de la LH añade que el requerimiento se hará también al tercer poseedor, en el caso de que hubiere acreditado al acreedor la adquisición del inmueble; y el artículo 130 de la LH permite, lógicamente, que todo tercer adquirente pueda variar el domicilio que encontrara fijado al tiempo de la adquisición.

La interpretación que mejor coordina los intereses en juego y que responde a las posibilidades que el artículo 130 de la LH brinda al deudor y al tercer poseedor es, a mi juicio, la siguiente: tanto el deudor, porque así lo dice el artículo 130 y porque a él se le hace el requerimiento conforme al 131, como el hipotecante no deudor, porque la posibilidad de cambio de domicilio al tercer adquirente que permite el 130, último párrafo, sólo tiene sentido si se refiere al del hipotecante (pues produciría indefensión del deudor no hipotecante el cambio sin su consentimiento efectuado por el tercer adquirente) y porque al tercer poseedor se le requiere también de pago conforme al 131 de la LH, tienen derecho a fijar su propio domicilio.

Por tanto, en el caso de deudor hipotecante, éste fijará el domicilio, y el tercer adquirente podrá luego variarlo si se ha subrogado en la deuda o simplemente señalar el suyo, en otro caso. Si se trata de hipotecante no deudor, lo procedente será fijar un domicilio por el deudor y otro por el hipotecante.

(52) Sostiene ROMERO GIRÓN, *ob. cit.*, pág. 402, que cabe la hipótesis de domicilio múltiple simultáneo (cuando se hipotecan varias fincas en garantía del mismo crédito y se fija como domicilio el de las fincas hipotecadas) y múltiple sucesivo (cuando su determinación se hace depender de hechos predeterminados en su sucesión, por ejemplo, en los préstamos a la construcción, el domicilio del promotor y de los adquirentes a medida que van subrogándose).

(53) Sin embargo, ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 1034, notas 1 y 2, se preguntaba por qué cuando se trata de hipotecante no deudor no se impone a éste y no al deudor la fijación. Y decía que dada la redacción del precepto da la impresión de que sirve tanto para el deudor como para el hipotecante y el acreedor.

En cambio, para el extrajudicial, dispone el artículo 236.c).1 del RH que el requerimiento se haga al deudor, a pesar de que el domicilio lo fijó el hipotecante.

Si se trata de hipotecante deudor no hay problema. Pero, en otro caso, habrá que entender que será el deudor el que fije su domicilio, pues a él (y en este procedimiento sólo a él) se le hace el requerimiento. Y no tendría sentido efectuárselo en el señalado por el hipotecante no deudor. Y sin perjuicio de que este último pueda hacer constar un domicilio a los efectos de notificaciones, tal como prevé el artículo 236.d).3 del RH (54).

3.^a La persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca *en representación del hipotecante*.

La nueva redacción dada al precepto mejora la anterior, que calificaba de mandatario a la persona designada a tal efecto por el *deudor* (55).

Ahora bien, ¿qué características tiene esta «representación» o cuál es la naturaleza o función de la persona designada?

1. *Podrá designarse al propio acreedor* (art. 234.1.3 RH), a pesar de que está especialmente interesado y con intereses contrapuestos, e incluso podrá otorgar la escritura a su favor, cuando sea rematante o adjudicatario, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.459.2.º del Código Civil (56). Lo que podría plantear el problema de si por disposición reglamentaria puede dejarse sin efecto aquella norma; aunque si aceptamos la que, como veremos, me parece la interpretación más adecuada de que no estamos ante un verdadero

(54) En el caso de que el deudor haya fijado su domicilio y el hipotecante otro, cada uno podrá modificar el suyo.

(55) Por eso entendía ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 1006, nota 1, que mejor debiera haber dicho que representaba al propietario hipotecante, pues de otro modo sólo es cierta tal representación si el deudor es el hipotecante; y que el mandatario representa al propietario de la finca al tiempo de la ejecución. Representa la propiedad de la finca a efectos ejecutivos. Si se entiende así no se producirá la contradicción de que si la finca pasa a tercer poseedor se inscriba un título de enajenación otorgado por el mandatario de un titular anterior.

(56) Este precepto establece que «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial. 2.º Los mandatarios, los bienes en cuya administración o enajenación estuviesen encargados».

Sobre el carácter imperativo de esta norma y sus consecuencias puede verse en GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil*, Edersa, t. XIX, pág. 135 y sigs., quien considera la prohibición como disposición imperativa, que no puede ser derogada por voluntad de los particulares y, por tanto, no cabe el pacto autorizando al mandatario. En cambio, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, t. II, pág. 905, entiende que la prohibición no es un veto absoluto y autocontrato, pues cuando la voluntad del mandante autorice y ratifique la autocontratación no hay razón para considerarla prohibida. Citando en la misma dirección a Díez-PICAZO, GARCÍA VALDECASAS y LACRUZ-RIVERO. Y señalando que, en todo caso, la jurisprudencia no ha dado un carácter absoluto a la regla, pues estima que no es aplicable cuando el mandatario tiene autorización de su mandante (Sentencias de 5 de noviembre de 1966, 20 de febrero de 1967 y 30 de septiembre de 1968).

mandatario, sino ante una designación instrumental a los efectos del procedimiento, lo cierto es que tal problema quedaría soslayado (57).

2. La designación es irrevocable. En caso de fallecimiento del acreedor mandatario, el poder pasa a los herederos de éste. Y si el deudor muere no se extingue el mandato (58).

3. En caso de enajenación de la finca sigue surtiendo efecto la designación primeramente realizada. Con lo que podría entenderse que el adquirente de la finca la adquiere con la carga de la hipoteca en su plenitud, es decir, integralmente con toda la regulación privada que aparece en el Registro, con la designación incluida, que de este modo tendría eficacia real (59).

4. ¿Qué sucede si el designado fallece o renuncia o se ausenta o, simplemente, se niega a otorgar la escritura? Si se le considera como simple apoderado, se produciría la extinción en el primer caso, y en todos la frustración del procedimiento.

Para evitar esta contingencia se podría plantear la posibilidad de nombrar varios, o una persona jurídica o al mismo Notario. Pero antes de analizar la viabilidad de estas soluciones, conviene ya definir o aclarar la verdadera naturaleza de este «representante».

Hemos visto que la designación del artículo 234 del RH tiene una serie de características que no encajan en la figura del mandato ni del apoderamiento: se nombra por el hipotecante y, sin embargo, si la finca se ha transmitido y ha pasado a un tercer poseedor, se inscribirá la escritura final de remate o adjudicación otorgada en nombre de quien ya no es titular (60). Se trata de una designación irrevocable y que no se extingue por fallecimiento del hipotecante, y que si muere el designado acreedor le suceden en el «cargó» sus herederos. Y, por último, que la función única del designado es hacer posible la ejecución, sin que pese para nada la confianza, que es básica en el mandato, y sin que el nombrado tenga libertad alguna de decisión, lo que la aleja definitivamente, a mi juicio, del mandato o del poder.

(57) La Resolución de la Dirección General de los Registros de 31 de diciembre de 1913 admitió también que el mandatario pudiera concurrir a la subasta.

(58) Resoluciones de 2 de junio de 1914, 3 de julio de 1920 y 2 de junio de 1914.

(59) Señala ROMERO GIRÓN que es evidente que la persona designada se mantiene en el poder aunque la finca hipotecada sea transmitida, *ob. cit.*, pág. 406.

(60) Por eso, como hemos visto, ROCA SASTRE sostenía que el mandatario representa a quien sea propietario en el momento de la ejecución, que representa la propiedad de la finca a efectos ejecutivos.

Otros, como LA RICA, advierten que cuando se otorgue la escritura se producirá una excepción al tracto, ya que el titular registral ha variado.

Creo que esta anomalía podría salvarse entendiendo que la ejecución se realiza contra el hipotecante, y que el asiento en favor del tercer poseedor se cancela, conforme el artículo 236.1.3 del RH. Pero de todos modos hay algo que no encaja o que resulta forzado desde el punto de vista del mandato o representación.

Lo que sucede es que la realización de la hipoteca bajo control notarial ha de eludir todos aquellos obstáculos que exijan intervención judicial porque se necesite imposición coactiva. Y uno de los recursos más fáciles es acudir a la idea del mandato o representación, con la que se resuelve el problema de la rebeldía del ejecutado, y que es al que el legislador ha acudido nominalmente. No es necesario forzar al hipotecante o al titular, basta, sencillamente, utilizar el poder voluntariamente otorgado, «irrevocable» e «inextinguible».

Pero vista la finalidad de la designación resulta también clara cuál es la función que realiza el designado: la de coadyuvar al buen fin del procedimiento, con un carácter más parecido al de arbitrador. Se trata de un mero instrumento o mecanismo del procedimiento. Y de mandatario o apoderado no tiene más que la apariencia, y, en todo caso, de mantener tal denominación, habría que considerarlo como apoderado ficticio o meramente instrumental, al servicio de la viabilidad de la ejecución.

Pero si prescindimos de la adscripción de tal designación a la figura del mandato, resulta fácil explicar todas aquellas especialidades y también las siguientes posibilidades:

- a) Cabe, a mi juicio, el nombramiento de varias personas sucesivamente, para posibilitar la realización de la hipoteca, de tal modo que en defecto del primer designado otorgue la escritura el segundo, y así sucesivamente (61).
- b) Al no tratarse de un nombramiento basado en la confianza, sino de un requisito necesario o pieza básica del procedimiento, el artículo 234.1.3.º del RH se limita a exigir que conste la persona que otorgue la escritura, pero, a diferencia de los dos anteriores (valor y domicilio), no dice quién haya de designarla, lo que podría plantear el problema de quién tiene el derecho a su nombramiento (62). Por eso, como de lo que se trata es de asegurar la realización hipotecaria, la persona nombrada será más bien de la confianza del propio acreedor: o bien él mismo, que normalmente será una persona jurídica, o bien la persona que ocupe un cargo en la propia entidad, con lo que se elimina la contingencia de fallecimiento o cualquier otra de una persona física determinada (63).

(61) No parece, en cambio, que puedan nombrarse varios simultáneamente, pues lejos de facilitar la ejecución, podría entorpecerla en tal caso.

Claro que en el mandato cabría también el nombramiento de varios mandatarios sucesivos.

(62) Se plantea este problema ROMERO GIRÓN, *ob cit*, pág. 406, señalando que en la práctica no tiene interés si en definitiva ambos, acreedor e hipotecante, firman la escritura.

(63) Si se limitan a designar una persona jurídica, ésta tendrá que actuar a través de persona con facultades dentro de la misma para enajenar. No así si la designación se realizara en favor de cualquier apoderado de la entidad.

- c) Por último, desde la configuración que sostengo, resulta más fácil resolver el problema de si puede el propio Notario al que le compete el control de la realización de la hipoteca ser él mismo el designado para otorgar la escritura de venta.

En efecto, si se considera que se trata de un mandatario, no parece lógico admitir que quien autentica el procedimiento sea idóneo para ostentar la representación del propietario de la finca hipotecada (64).

Pero si se considera que el designado es una simple pieza del procedimiento con la que se trata de orillar el obstáculo de la rebeldía. Y si se entiende que es una autorización o encargo de ese acto final de la realización de la hipoteca, nadie más idóneo e imparcial para realizarla que el mismo Notario que controla su legalidad. Si el Notario practica los requerimientos, controla las subastas, distribuye y destina el precio del remate o lo consigna, practica la liquidación de gastos, y, en general, dirige el procedimiento, resulta extraño el remilgo con la realización de este último acto meramente formal de la ejecución (65).

Es cierto que el Notario debe estar al margen de los intereses de las partes, y que debe ejercer su función con imparcialidad. Por eso el artículo 140 del Reglamento Notarial dispone que los Notarios no podrán tomar parte en los contratos en que intervengan por razón de su cargo.

Pero, por un lado, la escritura no es más que una exigencia puramente formal e instrumental, mero trámite y también reflejo de lo que ya sucedió antes, bajo el control del Notario, y la adjudicación o remate que constituyen el precedente y acto básico han sido igualmente autorizados por el Notario. Y estos actos realizados ante este funcionario y dirigidos por él, que constituyen la sustancia de la escritura posterior, no podrían considerarse, aunque el Notario otorgue la escritura a los efectos formales, como bajo la órbita del artículo 140 del RN, cuya *ratio* es claramente otra bien distinta: velar y asegurar la imparcialidad, que en modo alguno, en este caso, queda empañada o en entredicho.

Las circunstancias que el artículo 236.1.2 del RH exige que consten en la escritura (trámites y diligencias, notificaciones, que el importe de la venta fue igual o inferior al total garantizado y que se consignó en su caso el sobrante) son reveladoras de que no estamos más que ante una formalización sintética

(64) Así, ROCA SASTRE, *ob cit.*, pág 1006. CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, pág 980.

(65) Otro problema es el de si se considera necesaria la aceptación, y, por tanto, la posible frustración del procedimiento si se entiende que el Notario puede negarse a otorgar el acto final.

Y otro problema, éste de carácter extrajurídico, será si los Notarios verán con buenos ojos esa «confianza» depositada en ellos, y, por tanto, traten de eludir, ya en el momento de la autorización de la escritura de constitución de la hipoteca, tal encargo.

de lo actuado con anterioridad, y contrasta con las exigencias que para la escritura en general requiere el artículo 176 del RN, cuando dice que la parte contractual se redactará de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes o con los pactos o convenios entre las partes, que en el caso de la ejecución extrajudicial brillan por su ausencia.

Por otro lado, si tenemos en cuenta que la designación no es más que un mecanismo necesario para la viabilidad del procedimiento en caso de rebeldía, la actuación notarial en la escritura no sería más que una simple facultad para ultimar el procedimiento. Y sin que la imparcialidad del Notario sufra detrimento alguno, dado el carácter inocuo de la función del designado, pues éste nada decide y se limita a prestar su personalidad para los fines del procedimiento. Y desde luego, desde el punto de vista de la neutralidad, mayor será en este caso la que el Notario proporciona que la que se derivará de la actuación del acreedor designado.

De todos modos, hay que reconocer que de la nueva redacción del RH no se desprende que el legislador haya tenido en cuenta tal posibilidad. Y sigue aferrado a la ficción de la representación del hipotecante.

3. LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL SÓLO PODRÁ APLICARSE A LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES CUYA CUANTÍA APAREZCA INICIALMENTE DETERMINADA (ART. 235 RH)

La realización notarial de la garantía hipotecaria se asienta, como hemos visto, en la reducción de la ejecución a un mero control, evitando cualquier problema que suscite contienda o exija coactividad, y en la certeza de la fe pública notarial y la publicidad registral (66). Por tanto, se trata de excluir del procedimiento extrajudicial aquellos supuestos en los que la cantidad exacta objeto de reclamación no se pueda determinar con la escritura de constitución completada lógicamente con las posteriores complementarias o modificativas y con la nota o certificación registral.

En el momento de la ejecución la hipoteca se integra por la escritura de constitución propiamente dicha y por todas las posteriores que la hayan completado o modificado, las cuales han de reflejarse en el Registro de la Propiedad; por lo que, en definitiva, será la certificación registral la que concentre la realidad de la garantía hipotecaria. Por eso habrá que entender, a mi juicio, que inicialmente determinada quiere decir que su cuantía en el momento de

(66) El Preámbulo del Decreto de 1992 se expresa claramente: «La gran certeza que ofrecen la documentación pública y la publicidad registral de las relaciones hipotecarias hacen que este objetivo (desviar las ejecuciones del cauce judicial) sea plenamente viable, sin merma de las debidas garantías del deudor».

la ejecución aparezca fijada en escritura pública debidamente inscrita sin que haya que acudir a medios extranotariales o extrarregistrales (67).

A esta interpretación conduce también el artículo 236.a) del RH cuando dispone que el procedimiento se iniciará mediante requerimiento expresando la cantidad exacta objeto de reclamación, que deberá acreditarse con la escritura de constitución de hipoteca inscrita, y el artículo 236.c). I cuando establece que para decidir el requerimiento de pago tenga en cuenta el Notario la certificación registral para comprobar los obstáculos que de ella resulten, pues es esta certificación la que condensa la realidad de la hipoteca ejecutable.

A partir de esta interpretación se puede sostener que al no estar determinada la cuantía en el momento de la ejecución en la escritura inscrita, no es aplicable el procedimiento extrajudicial en los siguientes supuestos:

1. Hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito y, en general, hipotecas de máximo, en las que el saldo final se acredita por medio de sistemas que no gozan del amparo notarial ni registral (doble libreta o certificación de entidad crediticia: arts. 153 LH y 245 RH) (68).

(67) En este sentido, ROMERO GIRÓN, *ob. cit.*, págs. 408, 412 y 413, hace las siguientes interesantes consideraciones. que al referirse a la cuantía no debe cuestionarse la aplicación a hipotecas de seguridad en las que la indeterminación afecte a otros elementos, y que aunque exista indeterminación inicial es posible una interpretación distinta de la puramente literal, concretamente que aunque la cuantía esté inicialmente indeterminada cabe el procedimiento si al tiempo de la ejecución se halla determinada por un sistema objetivo, legal o convencional, que haga innecesaria una liquidación del acreedor contra la que deba concederse un derecho de oposición al deudor, cuyo trámite está vedado al Notario.

Me parece aceptable esta solución, si bien matizando que la fijación de la cantidad ha de constar en escritura inscrita, pues es la fe pública notarial y la publicidad registral lo que constituye el apoyo legal del procedimiento extrajudicial. Por tanto, no bastará cualquier sistema objetivo si no tiene el carácter indubitado que sólo la fe pública puede darle.

(68) En relación con la hipoteca de máximo a la que se refiere el artículo 245 del RH, sostiene ROMERO GIRÓN, págs. 412 y 413, que si al tiempo de iniciarse la ejecución la cantidad líquida figura en un documento bilateral que tenga fuerza ejecutiva, en especial la fijación del saldo por ambas partes en escritura pública, el argumento en contra de la viabilidad del procedimiento carece de base, pues la hipoteca de máximo se habrá transformado en hipoteca ordinaria.

A mi juicio, y por las razones ya expuestas, sólo cabe si el saldo se ha fijado por ambas partes en escritura.

Añade ROMERO GIRÓN que en el caso de hipoteca entre particulares en garantía de cuenta corriente, con el sistema de doble libreta, el artículo 132.3.ª de la LH sólo permite la suspensión del procedimiento si no hubiera coincidencia entre ambos ejemplares, de modo que si la hubiere la cantidad se considera líquida y exigible, sin derecho de oposición del deudor, por lo que cabe el procedimiento extrajudicial por estar determinada la cuantía aunque no lo estuviere inicialmente.

Creo, sin embargo, que al excluir el artículo 236.ª) del RH de las causas de suspensión, especialmente la del 132.4.ª de la LH, se refleja con claridad cuál es la intención del legislador en relación con el problema.

Estas exigencias para proceder ejecutivamente, que el artículo 153 de la LH establece, en relación con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, son impropias del procedimiento extrajudicial (69).

2. Hipoteca con cláusula de estabilización, en las que la fijación del saldo está en función de módulos revalorizadores.

Por eso el artículo 219.3.º.3.ª del RH exige que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria. Y por eso también dispone que a los efectos del procedimiento de ejecución regulado en el artículo 131 de la LH, que podrá pactarse en la escritura, será necesario que a la demanda se acompañe el documento oficial en el que consten los valores tipos vigentes en las fechas del otorgamiento y del vencimiento, y que si el deudor se opone se estará a lo dispuesto en los párrafos 6 y 7 del artículo 153.

De esta exigencia y de la necesidad de resolver la posible controversia sobre la determinación del crédito, se deduce la improcedencia del procedimiento extrajudicial, ya que la determinación por medios extrahipotecarios sólo se admite excepcionalmente, y por su carácter accesorio y teóricamente menos importante, para los intereses [art. 236.a).2.b) RH] (70).

Por razones distintas, tampoco cabe el procedimiento extrajudicial en las *hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador*. En ellas no existe indeterminación de cantidad, pero sí de titular o acreedor, que puede cambiar sin reflejarse en el Registro, dada la incorporación del derecho al título y las normas sobre transmisión de éstos.

Por eso el artículo 155 de la LH dispone que el procedimiento de ejecución será el establecido en los artículos 129 y siguientes de la LH. Y ante esta forma preceptiva —señala ROCA SASTRE— no cabe el procedimiento extrajudicial (71).

En cambio, cabe, a mi juicio, el procedimiento extrajudicial en los siguientes supuestos:

(69) Así lo había entendido antes ROCA SASTRE, *ob. cit.*, t. IV, vol. I, pág. 730, sobre la base de que si el artículo 153 de la LH solamente admite el judicial sumario cuando puedan entrar en funciones los sistemas de doble libreta y certificación bancaria, hace suponer que excluye el procedimiento extrajudicial. Pero exceptúa el caso de que se cuente con un documento de fuerza ejecutiva en el que conste el saldo; si bien parece contradecirse cuando afirma que el 153 prescinde en absoluto del procedimiento extrajudicial, de modo que éste carece de normas de adaptación o desenvolvimiento, lo que confirma que el legislador no pensó en él.

(70) ROCA SASTRE sostuvo esta exclusión en *ob. cit.*, pag. 660.

(71) *Ob. cit.*, pág. 751. Este autor considera, en cambio, que el artículo 155 no es aplicable a la hipoteca *cambiaria*, ya que se refiere solamente a títulos nominativos y al portador, pero no a los endosables.

Sin embargo, a mi juicio, el hecho de no poder determinarse el acreedor por medios registrales hace inservible el extrajudicial, pues habrá que acompañar siempre los títulos garantizados.

1. Hipoteca en garantía de obligaciones futuras, o sujetas a condición suspensiva o resolutoria.

En estos casos la cuantía puede estar ya predeterminada y únicamente pendiente el nacimiento o la eficacia de la obligación. O puede que ni siquiera esté fijada la cuantía, como será normal en el caso de obligaciones futuras (72).

Si la obligación ha nacido y se ha concretado en su cuantía, o resulta definitivamente eficaz si estaba sujeta a condición, la ejecución podrá realizarse con el título constitutivo acompañado de la escritura en la que conste el nacimiento de la obligación o el cumplimiento, en su caso, de la condición, o simplemente de la certificación registral en la que conste reflejada la situación de «normalidad» hipotecaria (73). Pues lo que se aviene mal con el procedimiento extrajudicial es la verificación contradictoria, que necesariamente habrá de hacerse cuando la determinación completa de la obligación no se refleje en el título constitutivo más el Registro, sino que sea preciso acudir a otros documentos carentes de la fuerza notarial, y que el artículo 236.a).2 del RH sólo admite, como hemos visto, para determinar los intereses.

2. Hipoteca en garantía de rentas. El artículo 157 de la LH dispone que el acreedor de las rentas o prestaciones periódicas podrá ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario establecido en los artículos 129 y siguientes de la Ley (74).

(72) Como señala ROMERO GIRÓN, pág. 408, es posible que sólo la existencia y no la cuantía esté inicialmente indeterminada. En tal caso podría pactarse el PEE, que como la hipoteca misma quedaría supeditado a la existencia de la obligación.

(73) Es cierto que el artículo 143 de la LH dice que «cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla la condición suspensiva *podrán* los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria». Y el artículo 238 del RH aclara que para hacerlo constar en el Registro presentará cualquiera de los interesados *copia del documento público* que así lo acredite, y en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador o cuyas firmas estén legitimadas.

En base a la redacción del artículo 143, que no exige imperativamente la nota marginal, entiendo ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 631, que puede hacerse efectiva la hipoteca incluso por medio del procedimiento judicial sumario, siempre que se demuestre de forma adecuada la existencia de la obligación asegurada. A pesar de que había considerado anteriormente que no debería caber tal procedimiento, ya que el mismo descansa en los pronunciamientos del Registro, y éste sin la nota no constata la existencia del crédito asegurado.

Sin perjuicio de la crítica que merezca la solución reglamentaria, por cierto, contraria al espíritu que se desprende de los artículos 1.219 y 1.230 del Código Civil, y más en este caso en que la constitución de la hipoteca se puede decir que no queda completa, pues existe sólo una energía latente o potencial y sólo produce el efecto de perjudicar a terceros, es decir, meramente negativo, por lo que la integración, en pura lógica, debería constar en escritura e inscribirse en el Registro, lo que sí me parece claro es que para que el procedimiento extrajudicial pueda utilizarse es preciso que la obligación haya nacido y su cuantía determinada mediante escritura pública.

(74) Decía ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 695, que el titular de la hipoteca puede emplear cualquiera de los procedimientos de ejecución admitidos en la LH, siempre que

Pero dado que la cuantía de la obligación, que es la de la renta en cada período, ha de considerarse con autonomía a todos los efectos, y puesto que la especialidad de la ejecución está en la subsistencia de la hipoteca y la asunción automática de la obligación de pago de las pensiones restantes hasta su vencimiento, no se complica el procedimiento, y no existe razón para excluir la realización de la hipoteca bajo control notarial (75).

IV. DIFERENCIAS CON LA REGULACION ANTERIOR A 1992

Para una mayor comprensión del alcance actual de la realización hipotecaria bajo control notarial conviene analizar las modificaciones más importantes introducidas por la reforma de 1992, y, consecuentemente, las diferencias con la regulación anterior.

1. Se produce un mayor reforzamiento del control de legalidad por el Notario, a la vez que se da un protagonismo más acusado a este funcionario como director u ordenador de la realización hipotecaria.

Se inicia ahora mediante requerimiento al Notario para que éste actúe, y a partir de ahí, se convierte en impulsor o director del procedimiento: examina el requerimiento solicitud y los documentos que lo acompañan, a los que se refiere el artículo 236.a).2 del RH, los califica para ver si se ajustan a los requisitos legales y realiza «de oficio» todos los trámites posteriores, sin necesidad de impulso ajeno alguno (practica el requerimiento de pago, solicita del Registrador la certificación, notifica la iniciación de las actuaciones a los titulares registrales posteriores, fija y ordena los anuncios de la subasta, suspende el procedimiento, en su caso, etc.) (76).

se cumplan los requisitos necesarios al efecto. Y que no es obstáculo para ello que el artículo 157 únicamente haga referencia al judicial sumario, pues tal precepto indica este procedimiento como un medio que podrá utilizar el acreedor, pero no en el sentido de único.

(75) Dice ROMERO GIRÓN, pág. 410, que se trata de un supuesto aparentemente dudoso, pues al tiempo de constitución de la hipoteca sólo se conoce la cuantía de la renta, pero no el importe global asegurado, que depende de la vida del pensionista en el supuesto normal. Pero añade que desde el punto de vista real la cuantía está perfectamente determinada conforme a su naturaleza, es decir, la cuantía que ha de ser satisfecha en cada período, con lo que ha de entenderse cumplido el requisito del artículo 235 del RH.

(76) Señala LÓPEZ LIZ, *ob. cit.*, págs. 5 y sigs., que el artículo 3 del RN no permite la actuación notarial sin previa rogación del sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente prefijados. Y añade que a partir del artículo 236.a) del RH, que versa sobre el requerimiento que le dirigen al Notario, lo cierto es que una vez lo ha recibido y se hallan en su poder los documentos que el propio artículo señala, todas las restantes actuaciones ponen al Notario como sujeto activo. Sin embargo, a continuación considera este autor que resulta necesario que alguien le pida su actuación o bien que la ley se la ordene, y no cree que su hacer nazca por generación legal espontánea, y que falta un

Contrasta este protagonismo del Notario en la dirección y ordenación notarial con la tímida regulación anterior a la reforma, en la que el Notario realizaba las principales actuaciones a solicitud del interesado (77).

2. Se dota al procedimiento de una más detallada regulación y de mayor eficacia, corrigiendo una serie de puntos débiles del anterior, que le hacían prácticamente inservible.

En efecto, la timidez con que el legislador de 1947 abordó el procedimiento extrajudicial, y que se manifestaba no sólo en la menor iniciativa notarial, sino también y principalmente en la poca confianza en el control notarial, provocó que aquel procedimiento quedase arrumbado y sin utilización significativa. Pues se cerró la salida de la realización hipotecaria al no permitir otro tipo para las subastas y posible adjudicación, en su caso, que el fijado en la escritura de constitución, y, además, se admitió la posibilidad de suspender el procedimiento con la mera anotación preventiva de la oposición formulada en juicio declarativo. Y con ello su utilidad se hacía prácticamente nula (78).

impulsor del procedimiento, de todos y cada uno de los distintos pasos procesales, y detrás de todas sus actuaciones ha de estar un peticionario con su solicitud.

(77) Así, se iniciaba el procedimiento mediante un requerimiento de pago, la certificación registral se solicitaba por el interesado, y para el resto de las actuaciones el artículo 235 utilizaba el impersonal se notificará, se procederá a la subasta, se anunciará, etc.

Aparecía así la intervención notarial de manera más tímida, lo que de alguna manera denotaba o bien la mayor intensidad privada de la realización hipotecaria, a semejanza del artículo 1.872 del Código Civil, o un cierto recelo a utilizar el imperativo para evitar su asimilación al judicial sumario, y, por tanto, temor a fricciones en relación con la competencia jurisdiccional.

(78) Ya cuando se introdujo legalmente en el año 1915 se hizo con mucho recelo, pues, como dice ROCA SASTRE, pág. 1004, nota 4, el espectro del pacto de comiso impresionó al legislador, no decidiéndolo francamente a pesar de que ni en el pacto de retro ni en la compraventa con pacto comisorio se adoptaban tales limitaciones y, sin embargo, en el fondo era semejante la situación.

Quizá haya influido también la consideración procesalista de la hipoteca, y que, por tanto, el rigor de la ejecución sólo se podía reservar para la actuación judicial. Y no parecía el legislador muy convencido de la procedencia de la actuación notarial en una materia que hasta la Ley de 1909 estaba reservada al ámbito judicial. Por lo que resultaba difícil que se considerase adecuada a las características de la función notarial.

Así, LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, págs. 249 y 287, señalaba que se corría el riesgo de desnaturalizar la función notarial, obligándola a invadir campos acotados, reservados hasta ahora para lo judicial, sobre todo si existen terceros. La resolución de los arduos problemas de rango, liquidación de cargas, cancelaciones de inscripciones posteriores, etc., no parece propia de las actuaciones notariales. Y que a través de la regulación parece adivinarse un oculto deseo de que tal procedimiento carezca de aplicación. Manifestando, por último, su creencia de que los Notarios serán los primeros en aconsejar que los contratantes no lo pacten, no sólo por su personal interés al estar compelidos a funciones ajenas a su ministerio, sino también de los deudores y quizá también de los acreedores.

Pero la reforma de 1992 pretende establecer —como dice el Preámbulo— un dispositivo viable, equilibrado y seguro, *que ofrezca un cauce alternativo*, removiendo los obstáculos procedimentales, pues la regulación existente es incapaz de atajar determinadas «conductas estratégicas» y, por tanto, ha impedido que funcionase adecuadamente el procedimiento extrajudicial (79).

(79) Sin embargo, como hemos visto, algunos autores han expresado ya su reticencia acerca de su adecuación o encaje dentro de la función notarial. Así, GARCÍA MÁS, pág. 3183, nota 8; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, pág. 193, y MEZQUITA DEL CACHO, «Control notarial de la subasta hipotecaria», en *La Notaría*, núm. 3, 1992, pág. 30.

Es un tema clásico en la doctrina notarialista el del deslinde de la función notarial, problema verdaderamente difícil, sobre todo cuando nos asomamos al campo de la llamada jurisdicción voluntaria, en el que nada está claro: ni su concepto, ni su órbita que engloba las más variadas actuaciones. Y se complica más todavía cuando se considera la diversidad de opiniones que van desde la pretensión por un sector doctrinal de ampliar la función notarial a todos los actos que la Ley de Enjuiciamiento Civil denomina la jurisdicción voluntaria, al que reduce su contenido al que se recoge en el artículo 1 de la Ley del Notariado: «dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales», incluyendo la afirmación de hechos evidentes y la emisión de juicios. Sobre este problema se han ocupado con profundidad: MEZQUITA DEL CACHO en su obra *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Editorial Bosch, 1989, además de otros trabajos, entre los que cito, «La función notarial y la seguridad jurídica», en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, 1984; FONT BOIX en varios trabajos, de entre los que cito, «La jurisdicción voluntaria y sus relaciones con la función notarial», en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1984, págs. 128 y sigs.; DE LA CRUZ LAGUNERO, «Jurisdicción voluntaria y función notarial», comunicación a la IV Jornada Notarial Iberoamericana, en *RDN*, 1988, GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, «Jurisdicción voluntaria y función notarial», ponencia al XX Congreso Internacional del Notariado Latino, *Revista Jurídica del Notariado*, 1992.

Además de las fundamentales aportaciones a la definición de la función notarial de NÚÑEZ LAGOS, *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1986; GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de Derecho Notarial*, 1984; VALLET DE GOYTISOLO, «La función notarial», en *RDN*, abril de 1984, CÁMARA, «El Notariado latino y su función», en *RDN*, núm. 76, 1972; RODRÍGUEZ ADRADOS, entre otras, «El documento notarial y la seguridad jurídica», en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1984, y *Borrador para un Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria notarial*, CARPIO MATEOS en su ponencia sobre «La función notarial y otras funciones» al IV Congreso del Notariado Español.

Por su parte, el IV Congreso del Notariado Español, en su conclusión relativa al procedimiento ejecutivo y subasta notarial estableció que: «A) No considera adecuada la asunción de competencias en esta materia por parte del Notario, ya que entiende que no forma parte de la función notarial B) No obstante, el Notariado, que tiene entre sus misiones la de servir a la seguridad jurídica, es consciente de la congestión de los órganos jurisdiccionales y de los daños que ello origina, y está dispuesto a desempeñar las competencias que en esta materia le encomienda el Anteproyecto, tratando de dar solución a una emergencia, y con carácter transitorio y facultativo para los interesados.

Pero, como explicaré luego, entiendo que no estamos aquí dentro de la órbita jurisdiccional. No se trata de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Se trata sencillamente de controlar la realización de la garantía hipotecaria, que es un derecho esencial de la misma hipoteca, y, por tanto, meramente privado, como reconoce el Preámbulo del Decreto de 1992, y ese control exige una actividad que encaja en lo propio de la función notarial (calificación acerca de la legalidad, requerimientos, notificaciones, etc.), tal como ya hemos visto.

Para ello se regulan minuciosamente todos los trámites e incidencias, de manera semejante a como lo hace el artículo 131 de la LH para el judicial sumario, con algunos desvíos significativos y otros necesarios, por tratarse en éste de actuaciones típicamente judiciales.

Así, entre los primeros, hay que destacar:

- a) La regulación del requerimiento de pago, para el cual el 236.c).2 del RH reproduce casi literalmente la regla del 131.3.º de la LH, pero añadiendo un párrafo que, como veremos, va a ser determinante del éxito de este procedimiento, y que dice así: «Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedida la vía judicial que corresponda» (80).
- b) La doble exclusión: de la intervención del Letrado y de los comprobantes de la personalidad, incluso los que acrediten la personalidad del acreedor. Lo que remarca que se trata de un control puramente notarial impulsado y ordenado por el Notario, tal como claramente expresa el artículo 236.a).1 del RH.
- c) En esta misma línea se prescinde de la rogación para proceder a la subasta [art. 236.f).1 RH en comparación con el 131.7.ª LH], para anunciar al mismo tiempo la segunda y tercera [art. 236.f).4 RH en comparación con el 131.7.ª LH], para reproducir las subastas cuantas

Por tanto, y aunque el hecho de que la Ley Hipotecaria, con una visión claramente procesalista haya situado el procedimiento extrajudicial en posición paralela al judicial estamos ante una mera alternativa a la forma de llevar a cabo la realización hipotecaria, perfectamente asumible dentro de la función notarial.

El hecho de que la actuación del Notario se produzca sucesiva y concatenadamente sin más solicitud que la inicial, no resulta excepcional, pues también en las actas de notoriedad se realiza del mismo modo, y, en lo demás no hay nada que se desvíe de lo que requiere el control de legalidad y la fehaciencia de los actos necesarios para efectuar privadamente el derecho de hipoteca. Y, por esto, aunque, de alguna manera pudiera parecer atípica, encaja en la función propia del Notario, a la que no se puede encasillar en una órbita petrificada e inamovible, lo que sería tanto como cerrar el paso a la evolución y adaptación a los tiempos.

Precisamente lo que enriquece y hace que sobreviva una institución es su utilidad y potencialidad para resolver los problemas que la sociedad va planteando, y será su modernidad, en tal sentido, lo que permita su permanencia. Y ello exige flexibilidad para asumir nuevas tareas para las cuales estén capacitados sus miembros y encajen dentro de las coordenadas básicas trazadas legalmente, siempre que no se produzcan fricciones con otras instituciones y se respete el marco constitucional.

(80) Se desvía así tanto de la regulación anterior que se remitía al artículo 222 del RH, en el que se preveía que de no hallarse ninguna de las personas señaladas se dará por efectuado el requerimiento, como de la norma del artículo 131 de la LH, completada con la del artículo 202 del RN, que prevé el supuesto de que el requerido o persona a la que se refiere el 131 de la LH se niegue a hacerse cargo de la cédula, y considera como hecho el requerimiento.

veces lo solicite el dueño de la finca, pues en el procedimiento extrajudicial, si quedan desiertas las tres previstas sin que el acreedor se adjudique los bienes ejecutados, el Notario dará por terminada la ejecución [art. 236.n) RH en comparación con el 131.12.^a LH]; para reservarse en depósito las consignaciones de los postores que no soliciten la devolución y hayan cubierto el tipo de la subasta a los fines que señalan los artículos 236.j).1 del RH y 131.15.^a, segundo párrafo, de la LH; y para declarar sin efecto el remate si el rematante no consigna en el plazo el complemento del precio [art. 236.j).2 RH en comparación con el 131.15.^a, párrafo tercero, LH].

- d) Se faculta al Notario para practicar la liquidación de gastos, lo que plantea el problema de si ello implica la de cobrarse los honorarios de su actuación y de los trámites seguidos.

En principio, en una primera lectura, podría entenderse que el Notario no puede cobrarse por los conceptos antes referidos, tanto porque tal facultad se aviene mal con el papel de ordenador y director del procedimiento que el legislador le asigna, como por la propia redacción del artículo 236.k), que dispone que: «El precio del remate se destinará sin dilación al pago del acreedor, y el sobrante al dueño de la finca si no hay acreedores posteriores», y porque se aparta de la letra del antiguo 235.9.^a que señalaba claramente el destino que debía darse en segundo lugar al precio del remate, que era el pago de todos los gastos del procedimiento.

Sin embargo, una lectura más reflexiva nos lleva a considerar que dentro del concepto amplio de «pago al acreedor» que utiliza el artículo 236.k).1 del RH debe incluirse lo que se le debe por principal, por intereses y gastos de procedimiento limitados a honorarios de Notario por su actuación y de los trámites seguidos [236.k).3 RH]. Por las siguientes razones:

1. La frase «pago al acreedor» hay que completarla con la final del mismo párrafo: «en la medida garantizada con la hipoteca». Y esa medida nos la da el artículo 235.1 del RH cuando incluye los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236.k) dentro del amparo o cobertura de la ejecución extrajudicial (81).

2. Esta solución es coincidente con la que el mismo artículo en su letra j).3 y 4 adopta en relación con el destino que haya de darse a las cantidades depositadas procedentes de consignaciones perdidas.

(81) El significado de este precepto, aunque su redacción no sea muy afortunada, pues mezcla aspectos cualitativos (que afectan a la procedencia misma del control notarial: obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada) con otros cuantitativos (extensión de su aplicación y cobertura: intereses, gastos), no puede ser otro que el de limitar la ejecución a los conceptos a que él mismo se refiere

3. Es la más equitativa, ya que, de otro modo, el acreedor que ha tenido que acudir a la ejecución, anticipando gastos y realizando las provisiones oportunas, vería cómo el sobrante se entrega al deudor, obligándole así a acudir al procedimiento judicial para reclamar las cantidades que haya tenido que abonar al Notario, ya que es él, como requirente, el que debe efectuar el pago, conforme a lo dispuesto en la norma general sexta del Decreto de 17 de noviembre de 1989.

4. No tendría sentido el contenido del artículo 236.k).3 del RH cuando ordena que el Notario practique la liquidación de gastos, como no fuese referido únicamente a los supuestos ya señalados del destino de las consignaciones perdidas, regulados en el 236.j).3 y 4 (82).

- e) La importante y significativa excepción a la cancelación en virtud de la escritura, de los asientos posteriores a la hipoteca ordenados por la autoridad judicial de los que resulta que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca. Lo que podría suponer, como veremos, y según se interpreta, una posible causa de frustración del procedimiento extrajudicial.
- f) La exclusión de las causas segunda y cuarta de suspensión establecidas en el artículo 132 de la LH, lo cual es lógico, pues, como ya había señalado ROCA SASTRE, no parece posible su aplicación, porque las tercerías de dominio sólo se pueden interponer dentro del procedimiento judicial y porque el procedimiento extrajudicial no es aplicable a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito (83).

En cambio, corrige aquí la reforma de 1992 uno de los principales escollos del procedimiento extrajudicial, cual era la posibilidad de suspenderlo con la mera anotación anterior a la subasta de la oposición al mismo formulada en juicio declarativo.

Se desvía también del procedimiento judicial sumario, pero por la inadecuación del control notarial a las actuaciones que exigen *imperium* propio del poder judicial, en los casos siguientes:

1. La posibilidad de pedir la administración y posesión interina, a que se refiere la regla 6.ª del artículo 131 de la LH.
2. La toma de posesión de los bienes por el adjudicatario, que habrá que pedirla al Juez [art. 236.m) RH en comparación con el 131.17.ª LH].
3. La necesidad de acudir a la ficción del apoderamiento para otorgar la escritura, que es el título en favor del rematante.

(82) Siguen esta interpretación GARCÍA MÁS, pág. 3199 y LÓPEZ LIZ, pág. 344

(83) *Ob cit.*, pág. 1017, nota 4.

En lo demás, salvo pequeñas variaciones o meras adaptaciones de redacción, es reproducción, a veces literal, del artículo 131 de la LH (84).

La reforma de 1992 consigue así perfeccionar la regulación anterior, corrigiendo los dos puntos débiles del procedimiento extrajudicial, que eran el tipo fijo de las dos subastas previstas y la suspensión por la mera oposición en juicio declarativo, y dando una mayor seguridad a los titulares de derechos reales posteriores, a los que se le notifica el procedimiento, y, además, se les permite que paguen antes del remate.

Pero, sin embargo y paradójicamente, y contradiciendo el propósito señalado en el Preámbulo del Decreto, se introducen dos normas, cuyos efectos pudieran provocar el abandono de este procedimiento, al igual que pasó con el anterior a la reforma, por las dos causas siguientes:

1. Si no se puede practicar el requerimiento en la forma indicada, el Notario dará por terminada su actuación, dice el artículo 236.c) del RH. Y se plantea entonces el problema de cuándo se entiende que el Notario no pudo practicar el requerimiento.

El artículo citado, en su número 3, se limita a reproducir la norma del artículo 131.3.ª de la LH, que a la vez sigue el orden de entrega de cédula previsto en el artículo 268 de la LEC.

Pero al tratarse de un requerimiento notarial, se podría acudir para su interpretación a la regulación que el RN establece para las actas de requerimiento y, concretamente, a los artículos 202 y siguientes del RN, en especial, a lo dispuesto en el artículo 206 cuando dispone que los requerimientos previstos por las leyes o reglamentos sin especificar sus trámites se determinarán en la forma que especifican los artículos precedentes. Pero cuanto establezcan una regulación específica o señalen requisitos o trámites distintos en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas.

En el caso del 236 del RH únicamente se señala un orden distinto respecto a personas con quienes debe entenderse la diligencia (en lugar de cualquiera que se encuentre en el domicilio, tal como dice el 202 del RN, ordena que el Notario practique el requerimiento al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallen en el mismo). Por lo que, en lo demás, y en cuanto lo permita la norma del artículo 236.c).4, antes referida, deberá aplicarse, a mi juicio, lo dispuesto para las actas de requerimiento en el artículo 202 del RN.

(84) Es curiosa la limitación de la facultad de ceder el remate al ejecutante o acreedor posterior [art. 236.h).4 del RH], si bien concuerda con la reforma del artículo 1.499 de la LEC por Ley de 30 de abril de 1992, y la mejor y más completa redacción del artículo 236.e) del RH relativo a la subrogación en el pago por los titulares de cargas posteriores.

Este precepto prevé los supuestos en los que la persona con la que se hubiera entendido la diligencia se hubiera negado a dar su nombre, a indicar su relación con el destinatario [que en nuestro caso, el del artículo 236.c).3, es relevante] o a hacerse cargo de la cédula; y los resuelve estableciendo que entonces se hará constar así y se tendrá por hecho el requerimiento. Y el artículo 203 del RN soluciona los casos en los que el Notario no encuentra el lugar, o se halla cerrado el portal, no se le permite la entrada en el domicilio designado, no encuentra a nadie en él, o por resistencia de la persona con la que se entienda la diligencia no le fuere posible entregar la cédula, disponiendo que el Notario lo hará constar así, y que puede, a instancia del interesado, utilizar el procedimiento de remisión por correo, salvo que la resistencia procediere del mismo destinatario.

La solución de estos preceptos podría aplicarse al supuesto de que el destinatario o las personas a que se refiere el 236 del RH que se encuentren en el domicilio, constándole tales circunstancias al Notario, se nieguen a hacerse cargo de la cédula. Y también por no serle permitida la entrada en el domicilio, después de hacer saber su condición de Notario, o por resistencia activa o pasiva del propio destinatario o de las personas señaladas en el 236 RH. Pues, de otro modo, le sería muy fácil al deudor esquivar este procedimiento extrajudicial, con la simple negativa o instrucción a sus parientes o dependientes en tal sentido (85).

En los demás casos, en los que las personas que se encuentren en el domicilio designado no sean ni el requerido ni ninguna de las que señala el 236 del RH, sería improcedente acudir al portero o vecino. En estos supuestos y también si no se encuentra el lugar, o se hallare cerrado el portal o de no serle permitida la entrada en el edificio, ante la posible indefensión del deudor, habría que aplicar la tajante norma del artículo 236.c).4 del RH (86).

(85) Desde luego no sé razón alguna para que no se pueda aplicar lo dispuesto en el artículo 202, párrafo 7.º del RN, que permite practicar la diligencia en cualquier lugar distinto del designado, siempre que el destinatario se preste a ello y sea identificado por el Notario.

(86) Lo que, de alguna manera, contradice el fin de la designación de un domicilio, que es la de facilitar la ejecución, permitiendo que los trámites se realicen con seguridad, sin que queden al albur de un cambio por el deudor o hipotecante. Por eso, como hemos visto, la Resolución de 15 de diciembre de 1925 declaró que era indiferente que la designación sea equivocada o falsa o que el edificio haya desaparecido, pues de otro modo sería fácil burlar la Ley.

El caso de que el portal esté cerrado y no haya quien le abra, y se trate de vivienda unifamiliar y al Notario le conste, habrá que entender que es similar al supuesto de no poder entrar por no hallar a nadie en él, al que se refiere el artículo 236 del RH, que manda acudir al portero o vecino.

En los demás casos es dudoso que se pueda utilizar la vía alternativa de remisión por correo que prevé el artículo 203 del RN. En contra de esta posibilidad, LÓPEZ LIZ, págs. 182 y sigs.

Con lo que se entra así en uno de los puntos débiles del procedimiento, agravado por la libertad que el hipotecante tiene para cambiar el domicilio, conforme al artículo 130 de la LH, al que el 234 del RH se remite, y que podría frustrar su éxito.

Se echa de menos una regulación más previsor y completa que evite que por simple argucia o voluntad del requerido quede inutilizado el procedimiento (87).

2. Según el artículo 236.1).3, la escritura pública es el documento cancelatorio de los asientos posteriores a la hipoteca. Pero exceptúa aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulta que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca.

El artículo 236.ñ) del RH excluyó la suspensión del procedimiento por la mera oposición al mismo en juicio declarativo anotada preventivamente antes de la subasta.

Pero si admitimos que no se pueden cancelar los asientos antes referidos, aunque sean posteriores a la nota de expedición de certificación de cargas, se está produciendo una situación todavía más frustrante que la suspensión, pues habrá quedado sin efecto la realización hipotecaria al final y después de haber apurado todo el procedimiento, incluso con el otorgamiento de la escritura.

Para evitar tal efecto paralizante y probablemente disuasorio de este procedimiento, en contra de lo querido por el legislador que es justamente lo contrario: potenciar su utilización como vía alternativa a la judicial, habrá que interpretar la norma referida con criterio restrictivo, congruente con aquella finalidad.

Y, así, habrá que entender que tales asientos sólo producirán el efecto de vencer la escritura cancelatoria:

- a) Si se producen antes de la nota de expedición de cargas o, por lo menos, antes de celebrarse la subasta. Se originaría, en otro caso, una grave inseguridad para los rematantes que después de acudir a la subasta y pagar el precio y otorgar la escritura se viesan amenazados por un asiento que no tenían ya por qué conocer (88).
- b) Que el litigio que dio lugar al asiento se refiera exclusivamente a la *vigencia* de la hipoteca. Y, por tanto, se trate de resolver solamente

(87) Hubiera bastado con la admisión alternativa del domicilio del deudor, al margen del designado.

(88) Como declaran las Resoluciones de 6 de noviembre de 1933 y de 27 de noviembre de 1961, la nota marginal no implica un cierre registral, pero opera como una condición resolutoria cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de hipoteca, según el artículo 233 del RH, sin oír ni siquiera hacerlo saber a los interesados en ellas.

la alegación de que la obligación garantizada está pagada, o que la hipoteca ha perdido su eficacia por la causa que sea (89).

V. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

La reforma de 1992 ha producido cierta inquietud en un sector de la doctrina, por razón de su posible ilegalidad o inconstitucionalidad.

Y, así, se planteó este problema desde tres frentes:

1. El de la legalidad de la reforma por Decreto.
2. El de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial en sí mismo.
3. El de la retroactividad establecida en la Disposición Adicional y Disposición Transitoria.

Veamos cada uno de ellos:

1. LEGALIDAD DE LA REFORMA REGLAMENTARIA

El artículo 129 de la LH dispuso que en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial *para hacer efectiva la acción hipotecaria, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario*.

Una vez más se pone aquí de manifiesto la concepción procesalista que la Ley Hipotecaria tiene de la hipoteca. Y, sin embargo, como he dicho al principio de este trabajo, tanto el procedimiento judicial como el extrajudicial no son más que cauces de control de la realización de la hipoteca, realización privada, que es justamente su esencia.

Por tanto, no se trata de ejercitar acción alguna por vía extrajudicial y con arreglo a los trámites reglamentarios. De lo contrario se plantearía el problema, apuntado por MEZQUITA DEL CACHO cuando advierte que sólo cabe ejer-

(89) Como señala LÓPEZ LIZ, pág. 409, estamos ante una cuestión francamente importante en la valoración de la eficacia final del procedimiento extrajudicial. Pero su opinión es favorable a la prevalencia de la anotación preventiva cuando el declarativo a que corresponda la demanda ponga en litigio no solamente la vigencia de la hipoteca —supuesto previsto y resuelto favorablemente por el art. 236.1.3 del RH—, sino también cuando ponga en tela de juicio la corrección y estricto respeto a sus propias normas del procedimiento extrajudicial, y ya no digamos si el litigio se refiere a la nulidad del título, extinción o vencimiento de la deuda, supuestos estos que abonan la viabilidad de la anotación preventiva, con efectos frente a tercero, especialmente contra el rematante.

citar acciones a través de un proceso público con garantías, y ello corresponde al ámbito judicial (90).

Situado ya dentro de sus límites el problema, habrá que analizar, ahora, si es correcta la utilización del Decreto para la reforma del procedimiento extrajudicial regulado por el RH.

Si estamos fuera del campo procesal, si consideramos que se trata de regular el control notarial a la realización de la hipoteca a través de la técnica del acta notarial, no sólo es procedente el cauce reglamentario, sino que además la sede adecuada hubiera sido el Reglamento Notarial. Lo mismo que lo es para regular el acta de notoriedad para la declaración de herederos *ab intestato* (91).

Lo correcto, técnicamente, hubiera sido establecer el cauce notarial en la LH, pero remitirse, como lo hace la LEC en su artículo 979 para la declaración de herederos, a la regulación específica de dicha acta por la legislación notarial.

Después de estas precisiones no resulta difícil sostener ya que la vía del Decreto es procedente y adecuada (92). Pues se trata del ejercicio normal de

(90) En «Control notarial de la subasta hipotecaria», en *La Notaría*, marzo de 1992, pág. 26. Considera MEZQUITA que en este sentido su terminología contradice conceptos básicos de la Constitución, si bien añade que, a buen seguro, los autores de la reforma han entendido que siendo una mera impropiedad terminológica la que afecta a dicho texto legal, por cuanto las normas reglamentarias que lo llenan de contenido en ningún momento asimilan el trámite formal notarial a un verdadero proceso, su trascendencia no podría fundar una impugnación de inconstitucionalidad. Y que utilizar este precepto sin enmendarlo contamina la reforma de esa incorrección técnica con respecto a los conceptos constitucionales.

ROMERO GIRÓN, pág. 379, señala que tratándose de cuestiones procedimentales que son de orden público y de contenido imperativo, la incorrección procede de encomendar al reglamento su entera regulación sin establecer un mínimo contenido o unas líneas maestras

(91) Con mejor técnica, la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de 30 de abril de 1992, en su artículo 979 establece que la declaración de herederos se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar, y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa.

Y completa su regulación con la modificación del artículo 14 de la LH, añadiendo como título sucesorio el acta de notoriedad. Pero con una clara visión de las sedes adecuadas de regulación. Por eso, el Decreto de 13 de noviembre de 1992 regula *ex novo* dicha acta de notoriedad, añadiendo el artículo 209 bis al Reglamento Notarial.

(92) Lo vislumbra así MEZQUITA DEL CACHO en el texto transcrito en la nota 90, pero, no obstante, señala que el problema es cómo prescindir de dicha impropiedad (la de referirse a acción cuando los autores de la reforma han entendido que el trámite notarial no es un verdadero proceso) sin eliminarla expresamente, lo que hubiera requerido otra norma de rango legal, si bien reconoce que el no haberlo hecho es sólo una falta venial. Pero considera que el artículo 129.2 de la LH adoptó la estructura de norma en blanco, recurriendo a la fórmula de la delegación legislativa, por lo que los artículos 234 y siguientes del RH pasaron a tener rango legal delegado o comunicado que, lógicamente,

la potestad reglamentaria del Gobierno, conforme al artículo 97 de la Constitución. Del mismo modo que se ejerció para desarrollar el artículo 979 de la LEC antes referido, o, en su día, la misma Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria, a través de las correspondientes normas reglamentarias.

No se trata aquí de un supuesto de delegación legislativa a la que se refiere el artículo 82 de la Constitución, y, por tanto, no se comunica el rango de ley a la norma delegada. No es un Decreto legislativo, es sencillamente una remisión normativa al Reglamento, que, al no incidir sobre materia reservada a la Ley, puede incluso hacerse en blanco, como se deduce de la propia doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (93).

Por tanto, al no haberse elevado el rango de la norma reglamentaria, su modificación puede hacerse igualmente por Decreto, pues no se trata ahora de seguir utilizando una delegación que le comunicara el rango legal, sino de, a partir de la regulación reglamentaria habilitada en su día por Ley, reformarla para su perfeccionamiento (94).

2. EL CONTROL NOTARIAL DE LA REALIZACIÓN DE LA HIPOTECA Y LA CONSTITUCIÓN

Con ocasión de la reforma se ha planteado también el problema de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial en sí mismo, tanto desde el principio de exclusividad de la jurisdicción como desde el de tutela judicial efectiva.

En relación con el primero, el artículo 117.3 de la Constitución establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (exclusividad de jurisdicción en sentido positivo); y el 117.4 que aquéllos no ejercerán más funciones que las señaladas anteriormente y las que expresamente le sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho (exclusividad en sentido negativo).

Es necesario saber, entonces, en qué consiste lo jurisdiccional y si el procedimiento extrajudicial es una variante de aquel concepto.

Ya se ha dicho, al principio de este trabajo, que la realización hipotecaria no es más que la activación de un Derecho privado, que constituye la esencia

exige que su reforma se haga mediante norma con rango de ley, pues no parece conforme al principio de seguridad jurídica que la delegación pueda ser temporalmente indefinida.

(93) En este sentido, DE LA CUADRA-SALCEDO, «Delegación legislativa en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor García de Enterría*, t. I, pág. 392.

(94) También ROMERO GIRÓN, págs. 379 y 380, sostiene que se trata de una reglamentación *intra legem*, como lo fue en 1947, porque desarrolla un precepto legal, si bien, ahora, su validez depende del respeto a la Constitución.

de la hipoteca y que consiste precisamente en la facultad que el acreedor tiene de enajenar, por sí mismo, el bien sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada. Esta realización está sometida a control de legalidad, control que tradicionalmente se ha realizado por la autoridad judicial, pero que igualmente puede hacerse por un funcionario que por su capacitación esté habilitado legalmente al efecto. Por ello, y aunque para realizar dicho control se hayan utilizado las vías típicas del proceso, sin embargo, la misma LH, después de la reforma de 1909, ha creado un trámite abreviado y especial, que es el judicial sumario, y que no es más que un control judicial de la realización hipotecaria.

Ni en el judicial sumario ni en el extrajudicial se trata de juzgar. Pero tampoco se pretende ejecutar lo juzgado, sino de controlar el ejercicio del derecho a enajenar la cosa hipotecada.

No se trata, pues, de una ejecución forzosa en sentido estricto, a través de la cual se encauce el poder coactivo del acreedor al objeto de satisfacer su interés en la obligación, y que tendría que realizarse por medio de los órganos jurisdiccionales (95). Con la hipoteca se elude, si a ella se acude, el procedimiento de ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor, pues se consigue, y en esto consiste la fuerza de la garantía, que el acreedor pueda enajenar la cosa hipotecada, bajo control, desde luego, para evitar abusos y cobrarse con el dinero obtenido. Se trata de ejercitar un Derecho privado —como reconoce el Preámbulo del Decreto de 27 de marzo de 1992—, el del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada, que puede efectuarse privadamente, cuando así se ha pactado (96).

En todo caso, aunque sea a causa del pacto añadido, como pretende el legislador, además de la propia fuerza de la autonomía privada concretada en la hipoteca, que es, en realidad, el apoyo, desde el punto de vista institucional, estamos en un campo distinto del jurisdiccional: ni se juzga ni se hace ejecutar lo juzgado, sencillamente se activa la facultad de enajenar en la que consiste sustancialmente la hipoteca (97).

(95) El procedimiento de ejecución forzosa de la obligación está regulado en los artículos 1.094 a 1.099 del Código Civil y 921 y siguientes de la LEC. Tratándose de una obligación pecuniaria, la ejecución se realiza procediendo judicialmente al embargo de los bienes del deudor, después al evaluó y venta en pública subasta de los bienes embargados.

(96) En realidad, desde el punto de vista teórico, como ya he dicho anteriormente, no sería necesario el pacto añadido, pues tal posibilidad está en la misma esencia de la hipoteca.

(97) Sin pretender aquí entrar en el problema de la definición y deslinde de lo jurisdiccional, conviene recordar, aceptando la descripción de GUASP, *Derecho procesal civil*, que se trata de una función por la cual el poder público satisface pretensiones, a través del proceso, ya sea una declaración de voluntad lo que se pretenda (pretensión de cognición: constitutiva, declarativa o de condena) o una conducta física (pretensión de

Ahora bien, se podría objetar, entonces, que de este modo se está eludiendo, por la vía de la autonomía de la voluntad, la intervención jurisdiccional. Y, en efecto, así es, aunque más que se alude, se evita. Y en ello consiste precisamente la hipoteca, que concreta toda la energía de realización sobre una cosa, que, desde este prisma, queda aislada del resto del patrimonio del deudor; y por eso el Derecho permite que la autonomía privada, a través de esa figura jurídica, precisa y ricamente elaborada a través de la historia, soslaye las dificultades y riesgos que la ejecución forzosa *strictu sensu* supone.

De este modo, la hipoteca, en sí misma, por esencia y reconocimiento del Derecho, excluye la jurisdicción. Y, por tanto, no hay que acudir a la fuerza del pacto, de modo semejante a lo que sucedería con el arbitraje, pues en éste se trata de escapar a la intervención judicial en los casos en que naturalmente procede y en el campo de la cognición, mientras que en la hipoteca por sí misma, porque el Derecho le reconoce esa fuerza, la realización se produce sin necesidad de cognición ni de intervención jurisdiccional. Y esa es su esencia y su virtualidad (98).

No se trata, pues, de un pacto de desvío de la jurisdicción, al modo del arbitraje. El apoyo constitucional no está en el pacto añadido, aunque este último paso formal haya que darlo por exigencia de la regulación hipotecaria. La fuerza está en la hipoteca misma, que consiste, precisamente, en la facultad directa de enajenar la cosa, sobre la que se concentra especialmente la responsabilidad, y que queda aislada del resto del patrimonio, como ya he dicho, permitiendo así evitar la ejecución forzosa procesal, al hacerla innecesaria respecto de la cosa hipotecada. Se trata de una facultad *privada* de enajenación a la que la cosa ha quedado sujeta (99). Pero esa

ejecución). Y señalar que algún autor, como ALLORIO, *Problemas de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1963, t. II, págs. 3 y sigs., considera que constituye nota básica de la jurisdicción el efecto de la cosa juzgada.

En el caso del judicial sumario y en el extrajudicial no se discute la procedencia o no de la obligación, ni se produce, por tanto, el efecto de la cosa juzgada. Lo que podría llevar también por este camino a la consideración de que estamos en otro campo, como podría ser el de la jurisdicción voluntaria, tal como sostuvo GARCÍA FERNÁNDEZ, cit.

(98) Partiendo de la semejanza con el arbitraje, se ha pretendido justificar la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial en el pacto de sujeción al control notarial. Así, MUÑOZ ROJAS, «Sobre el procedimiento extrajudicial ejecutivo civil», en *Actualidad Civil*, 1992, pág. 677, entiende que los preceptos del nuevo Decreto que habrán de sustituir a los recogidos en el RH de 1947, al igual que los contenidos en la Ley de Arbitraje, no vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los justiciables, particularmente no infringen los artículos 14, 24 y 117 de la Constitución, y que si el procedimiento notarial fuese inconstitucional lo habría de ser el arbitraje y la institución arbitral.

(99) Lo ha entendido así también ROMERO GIRÓN, págs. 385 y sigs., quien, después de destacar que se trata de materia propia de la jurisdicción voluntaria, considera que no nos encontramos ante un proceso que debería ser entregado a la competencia judicial, sino

facultad *privada* tiene su apoyo en la hipoteca, que no en el pacto de sujeción. Si así no fuere, es decir, si se tratare de desviar por un simple pacto la actuación judicial, hay que reconocer que se produciría, entonces, una desvalorización de la ejecución, con los problemas que lleva consigo en relación con el otro principio constitucional, el de la tutela judicial efectiva, y también con el de protección a los consumidores y usuarios, como veremos a continuación.

La admisión, con carácter general, de la posibilidad de que por pacto añadido se pueda prescindir no sólo de la fase de cognición (como sería el caso del arbitraje), sino también de la ejecución procesal, con lo que normalmente conlleva de coactividad e imposición, plantearía serias dudas de constitucionalidad (100).

En efecto, la ejecución exige realización coactiva, y, aunque es cierto que en el judicial sumario y en el extrajudicial más todavía, la coactividad no es física, gracias al juego de los principios registrales y la protección tabular,

ante un procedimiento no procesal de realización privada de un derecho privado, en este caso el *ius distrahendi* propio de los derechos de garantía. Y señala una serie de supuestos de nuestro Ordenamiento en los que se admite esta figura de la ejecución privada (arts. 322 del Código de Comercio, 1 872 del Código Civil, 196 de la Ley de 17 de julio de 1965 sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos, 94 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, 45 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 260.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y Ley catalana de Garantías posesorias sobre cosas muebles, que regulando la prenda y el derecho de retención, extiende a éste la posibilidad de ejecución forzosa mediante subasta notarial).

Y considera extensivamente que la ejecución privada de derechos es posible en nuestro Ordenamiento, concurriendo las siguientes circunstancias: que exista un bien determinado afecto a una obligación determinada dineraria, que concorra la presencia de fedatario u organismo suficientemente investido por la ley, un procedimiento que asegure un precio justo y que no produzca efecto de cosa juzgada.

Lo entiende así también CARPIO MATEOS en la primera ponencia presentada al IV Congreso Notarial Español y el Consejo General del Notariado en su informe al proyecto de decreto, pues consideran que cabe la posibilidad de poner en práctica el ejercicio extrajudicial de un derecho privado, sometido a limitaciones y comprobaciones de las que se puede encargar al Notario sin alterar la esencia de la función.

(100) Ya cuando se estableció el procedimiento judicial sumario, con la supresión del período de cognición, si bien dentro de otro marco legal, se criticó por algún autor, como ARAGONÉS (citado por ROCA en pág. 1029). Según aquél, se parte de dos supuestos falsos: que la obligación hipotecaria es independiente de la obligación personal, y otra, que el título inscrito es inatacable y que tiene valor de una sentencia. Y así puede resultar que un deudor confiado, que acepte un recibo provisional, se encuentre de que se venda su finca. Se trata, por ello, de un proceso terrible e inquisitorial que favorece al rico contra el pobre.

No obstante, como ya apuntaba MORELL (citado por ROCA, pág. 1030), los peligros son exagerados, pues son rarísimos los casos en que el acreedor reclame la ejecución hipotecaria, no obstante, estar satisfecho, novado o extinguido el crédito. Más frecuente será que el deudor, para entorpecer la acción del acreedor y auxiliado por el Letrado, busque algo más o menos dudoso para apoyar la oposición.

que permite verificar el remate y cancelaciones, de modo aséptico, por la vía de asientos registrales, no por ello deja de constituir una imposición forzosa, aunque «espiritualizada» (101).

En relación con el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución (102), es difícil justificar por el simple pacto el desvío o elusión de la vía jurisdiccional (convenio de exclusión de la intervención judicial).

En el caso del arbitraje, como aclara el Preámbulo de su Ley reguladora de 5 de diciembre de 1988, el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, pues se regula el recurso de anulación del laudo, sin perjuicio de las medidas cautelares mientras se tramita la anulación, y, además, la ejecución judicial del laudo, con un sistema suficientemente completo como para encauzar la pretensión de ejecución y la oposición a la misma con garantías suficientes para ambas partes.

Pero en el caso del procedimiento extrajudicial un pacto equivalente desviaría la intervención del Juez, dando a la escritura valor de sentencia firme y, por tanto, ejecutable, en el campo de la ejecución pura y, por tanto, de la coactividad, y no sólo en el de la decisión de una cuestión litigiosa con remisión al Juez para la ejecución, como en el arbitraje. Por eso no nos vale el paralelismo con esta última figura (103).

Desde otro punto de vista, se ha dicho que puesto que el significado último de la tutela judicial es el libre acceso a los tribunales para obtener una resolución fundada en Derecho, esta posibilidad está expresamente reconocida en el artículo 236.o) del RH al remitirse al artículo 132 de la LH.

El Tribunal Constitucional en Sentencia de 18 de diciembre de 1981, con referencia al judicial sumario, señaló que lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en juicio ordinario, y que la limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: se limitan no las posibilidades de contradecir, sino de suspender, y que desde esta perspectiva no puede haber violación porque el deudor y el titular de la finca no quedan privados de tutela ni indefensos.

Pero la limitación de suspensión en el procedimiento extrajudicial a los dos casos previstos en el artículo 236.ñ) del RH, hace que cualquier otra contradicción si bien sigue abierta al juicio ordinario, no impide que se

(101) Se alude al enfrentamiento físico con el poseedor del bien.

(102) Dispone este precepto que. «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

(103) Así lo ha entendido MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, pág. 27, y también ROMERO GIRÓN, pág. 387.

produzcan los drásticos e irreparables efectos del hecho consumado de la enajenación con efectos frente a todos (104). Por eso algún autor considera que el respeto al artículo 24 de la Constitución debe imponer en todo caso de demanda judicial una inmediata suspensión de la actuación notarial (105).

Sin embargo, si en lugar de centrar nuestra atención en el pacto de exclusión, lo hacemos en lo que constituye esencia de la hipoteca, aparece más clara la posibilidad de la realización al margen judicial, pues, tal como he sostenido, la facultad de enajenación por el acreedor está en la misma naturaleza hipotecaria.

Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la sentencia referida, cuando dice que el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico, y que se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Con ello no se quiere decir que la inconstitucionalidad quede eliminada por la renuncia al derecho, *ya que tal renuncia no sería por sí sola suficiente para sanar el vicio*. No hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional, pues no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, *por no ser apropiada para suspender la ejecución* (106).

Por tanto, la tutela judicial efectiva queda salvada en base a lo siguiente:

1. Que el contenido propio del negocio jurídico de hipoteca, que el Derecho tradicionalmente reconoce y regula y que la sociedad refrenda con la valoración efectiva de este instrumento jurídico, lo constituye la facultad de enajenar la cosa, consintiendo ambas partes que la defensa esté momentáneamente disminuida y que la realización se haga privadamente.

2. Que el abuso por el acreedor, y, por tanto, también, la indefensión que supondría el drástico efecto de dicha enajenación, quedan alejados con la prohibición del pacto comisorio (art. 1.859 del Código Civil), equivalente a tomar la justicia por la mano, y con la regulación detallada de un expediente

(104) A salvo los efectos cautelares que se derivan de la aplicación de los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la LH, al que se remite el artículo 236 o) del RH, y el ya comentado de la anotación que paraliza los efectos cancelatorios de la escritura, a que se refiere el artículo 236.1.3 del RH.

(105) Así, JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE, «Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, 1992.

(106) Puede verse también la Sentencia del TC de 17 de mayo de 1985

Parece más difícil, sin embargo, argumentar sobre la base de que las características que integran el concepto de Juez legal en el artículo 24 pueden ser predicadas del Notario (ROMERO GIRÓN, pág. 383).

o procedimiento, que tiene todas las garantías de legalidad, certeza, comprobación rigurosa de datos, con las que se dota al control notarial.

3. Que se eluden los aspectos que exigirían intervención judicial por su contenido coactivo inmediato (toma de posesión) y se resuelven otros con mecanismos propios del Derecho privado («apoderamiento», escritura pública, etc.).

4. Que se deja vía libre a la protección judicial, al quedar abierto el juicio declarativo ordinario, y no producirse efecto de cosa juzgada.

Desde otro punto de vista, y sobre la base del pacto añadido como eje del procedimiento extrajudicial, se consideró la posible agravación de la infracción de la tutela judicial efectiva en el campo de los préstamos hipotecarios, al confluir en él las exigencias y su posible infracción, del principio que recoge el artículo 51 de la Constitución y concretado en la legislación de protección a los consumidores.

Pero hemos visto ya: que el problema de la tutela judicial efectiva es independiente del pacto añadido, que radica en saber si el control notarial de la subasta supone o no una indefensión en sí mismo considerado, desde el prisma del artículo 24 de la Constitución; y que la realización privada y controlada no infringe aquella norma básica, que queda a salvo por las razones apuntadas.

Hay que reconocer, sin embargo, que el pacto añadido, y exigido por el legislador para actuar el procedimiento extrajudicial, sí podrá incidir en la sanción prevista en el artículo 10 de la Ley de 1984, y puesto que dicho pacto es requisito formal necesario, afectar de este modo y por aquella causa a la viabilidad del mismo.

Ya hemos visto, al analizar los requisitos del pacto expreso y separado, inspirados en los criterios o principios protectores del consumidor, la posible repercusión de una redacción poco clara y formalmente rigurosa. Pero fuera de esa posible infracción, el pacto forma parte de las condiciones generales y no hay razón para someterlo a un trato distinto del resto del clausulado, máxime cuando se trata de optar por un procedimiento que por su agilidad, garantías y eficacia, el mismo legislador propicia, y que, además, goza de una imperativa y minuciosa regulación, que lo pone a cubierto de sospecha de desequilibrio o abuso (107).

(107) Como reconoce MEZQUITA DEL CACHO, *Control notarial*, cit., pág. 29, la nueva regulación de la subasta notarial garantiza infinitamente mejor que lo fue en la normativa procesal clásica la obtención de un remate no fraudulento, que no reduzca miserablemente el valor realizado, y, por tanto, el residuo recuperable por el hipotecante, y que ese remanente sólo se verá afectado por la retribución del Notario, arancelariamente fijada, y no por unos honorarios de tarifa liberal.

Por eso el problema se traslada a la general de la libertad contractual en relación con los consumidores (108). Y en este ámbito tiene mayor importancia la oscuridad que acompaña a muchas cláusulas que aparecen en los formularios de préstamos bancarios, y el carácter ilegal o abusivo de algunas de

(108) En este sentido, ROMERO GIRÓN, pág. 394, cuando afirma que el PEE por sí solo no atenta contra el principio de defensa de los consumidores, y que si el pacto vulnera lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1984, sufrirá las consecuencias establecidas en tal precepto, sin necesidad de añadir tal previsión en el propio RH.

Sin embargo, el Consejo de Consumidores y Usuarios emitió un informe considerando que el procedimiento extrajudicial no debía ser aplicado a las hipotecas constituidas en garantía de créditos otorgados al consumidor para que puedan ser objeto de procedimientos en los que quepa el arbitrio judicial al objeto de ponderar circunstancias especiales que deban ser comprendidas en el tratamiento de protección al consumidor.

Y MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, págs. 28 y 29, considera fuertemente cuestionable que en la aceptación del simple trámite de subasta notarialmente controlada, sin proceso judicial de ejecución, quepa hablar en realidad de pacto libre, y, por ende, válido, viniendo como viene establecido en los formularios de las entidades del sistema financiero, y en los términos de lo toma o lo deja. Lo que desennoblece de por sí la alternativa paccionable. Además —afirma— hay otro aspecto de flagrante disonancia, el hecho de que sean las entidades financieras y no los usuarios del servicio crediticio las que designan los Notarios autorizantes de las hipotecas, obligados, conforme al artículo 147 del RN, a prestar a la parte más necesitada una especial asistencia informadora y asesora.

Con referencia en general a los contratos en los que las condiciones generales se imponen por una de las partes, más fuerte económicamente, tiene razón MEZQUITA, pues la escasa libertad de elección es evidente, y, por tanto, como mínimo, habría que dar cumplimiento a la norma del artículo 147 del Reglamento Notarial.

Pero con todo, tiene, a mi juicio, tanta o mayor importancia la corruptela en la que ha caído un sector del Notariado, sobre todo en las grandes poblaciones, al aceptar la imposición por los organismos públicos y por las entidades que gozan de una situación económica de fuerza, del lugar de firma de las escrituras en la sede de las mismas, pues ello afecta a la esencia de la función notarial y también a principios constitucionales.

1. En primer lugar, queda mal parada la imparcialidad que debe presidir la actuación notarial (arts. 142 y 147 del RN), cuya imagen resulta seriamente dañada. Y sin que valga el argumento de que la firma a domicilio no tiene por qué influir en la neutralidad del Notario, pues es fácil comprender que los factores psicológicos, importantes en toda actuación humana, no son los más favorables para eliminar no ya la imagen de parcialidad que es evidente para la parte débil, a la que, además de sufrir la propia imposición del Notario, presencia recelosa y resignadamente otra imposición más, ésta, la del lugar de firma, al Notario mismo, cuya autoridad y función debieran quedar ajenas a cualquier alteración de su actuación normal que no venga requerida por una justa causa; sino también situaciones que, a veces, pudieran afectar a la propia dignidad de la función notarial, y que no se producirían si la escritura se autorizase en el lugar adecuado y exigido por el RN para las situaciones normales, que es el despacho del Notario (arts. 42, 129 y 135 del RN).

Hoy, la firma en el despacho notarial, salvo los casos excepcionales en los que exista una causa seria, se impone por exigencia constitucional, para preservar el principio de imparcialidad, que, con carácter general, establece el artículo 103 de la Constitución. Principio que hace incompatible el ejercicio de la fe pública con la autorización de escrituras en el domicilio de una de las partes por imposición y como privilegio de la misma, y sin que la propia naturaleza de la función a realizar lo exija.

ellas, que la del pacto de sujeción al procedimiento extrajudicial por las razones antes apuntadas (109).

3. LA RETROACTIVIDAD ESTABLECIDA EN LAS DISPOSICIONES ADICIONAL Y TRANSITORIA

A) Dice la Disposición Adicional del Decreto de 27 de marzo de 1992: «Las disposiciones del RH modificadas e introducidas por el presente Real

2. La salida del despacho puede originar, si se hace larga y continua, como ya empieza a ser bastante corriente, una desatención al público, en general, perjudicando a un sector que se ve privado de la presencia o asistencia del Notario, que se encuentra fuera de su despacho a horas normales de trabajo. Resulta poco positivo comprobar lo que cada vez es más usual en algunas ciudades, cuando se llama a una Notaría y se le informa que el Notario está ausente, firmando fuera, en los Bancos.

3. Infracción de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley del Notariado, cuando establece que las escrituras matrices no podrán ser extraídas del edificio en que se custodien. Y se aumenta el peligro de deterioro o sustracción de las mismas, al tener que transportar el Notario las matrices.

4. Mayor costo para la parte débil, que tiene que soportar los gastos de la salida del Notario, impuesta por la otra parte dominante.

5. Vulneración del principio de igualdad. Hay que ajustar la actuación notarial a lo dispuesto en los artículos 1 y 14 de la Constitución, que establecen la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, lo que supone la disponibilidad por igual del Notario en el ejercicio de la función que desempeña.

6. El mismo Decreto de 27 de marzo de 1992 da muestra de una sensibilidad en este sentido, haciéndose eco de los valores que deben regir en el tiempo que vivimos. Y en su artículo 236.g) 1 dispone que las subastas se celebrarán en la Notaría, o en el local señalado por el Notario al efecto, saliendo así al paso de posibles imposiciones de lugar, que empañarían, lógicamente, la imagen de imparcialidad que debe presidir toda actuación notarial.

Se impone, pues, un mayor rigor en este campo y el cumplimiento del espíritu de nuestro Ordenamiento, que impide el ejercicio de la función notarial bajo imposición o subordinación a una de las partes, en claro perjuicio no sólo para la otra parte contratante, sino para la sociedad misma que asiste pasivamente a una actuación pública que debiera desarrollarse con arreglo al principio de igualdad y también al de neutralidad, y que se realiza, en cambio, en tales casos, con beneficio y por imposición de una parte, precisamente la que goza de mayor fuerza política o económica.

(109) De hecho, en ningún caso de autorización de escritura de préstamo hipotecario, de entre todos los que he intervenido como Notario, y después de explicar el significado del pacto de sujeción al control notarial, ha habido reparos al mismo. A diferencia de la resignación con la que aceptan otros pactos claramente ininteligibles o excesivos.

Lo que sucede es que como las condiciones del mercado son equivalentes, realmente lo que les interesa a los prestatarios, y a ello se reduce la elección, es la cuantía del préstamo como una rémora ineludible.

Tiene razón MEZQUITA DEL CACHO (pág. 28) cuando se queja de que ni el sector público del sistema financiero tenga al respecto la menor ejemplaridad que exhibir ante el sector privado, ni la Administración competente se haya preocupado de dictar una normativa de desarrollo de la legislación de defensa de los consumidores que catalogue cuantas cláusulas deban ser eliminadas o corregidas.

Decreto se aplicarán exclusivamente a las ejecuciones extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de la hipoteca».

Este precepto ha suscitado los mayores recelos y una viva discusión doctrinal (110). El problema está en si puede tener efecto retroactivo la reforma del procedimiento extrajudicial, aunque lo sea en grado medio, y, por tanto, si vulnera el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Habrà que analizar, entonces, si las normas que modificaron el procedimiento extrajudicial son normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

1. Cuando el deudor incumple la obligación de realizar la prestación debida, el acreedor tiene un elemental derecho a procurar que aquélla se satisfaga. Es la acción de cumplimiento, que no es una *sanción*, sino una consecuencia lógica, derivada de la misma naturaleza de la obligación.

Al deudor que no paga y se le exige el cumplimiento de modo forzoso, para lograr la satisfacción del interés del acreedor, que corresponde, justamente, con aquello a que el deudor se había obligado, no se le está sancionando, sino exigiendo justamente su compromiso; y si no lo cumple voluntariamente se le podrá reclamar mediante ejecución forzosa de la obligación (111).

Pero lo cierto es que tratándose de realización hipotecaria y no ya de la constitución misma de la hipoteca, hay que tener en cuenta que la situación más favorable (desde el punto de vista de la relación contractual, que no desde la situación social o económica, que es otra cuestión que afecta al Estado y no a las entidades privadas, que se mueven por otras coordenadas) corresponde ahora a la parte deudora. Esta, una vez recibido el préstamo, ya tiene a su favor todas las cautelas que el Estado proporciona para que la realización sea controlada, tal como hemos visto. Y, además, debe saber, porque ello es consustancial al negocio convenido y a la naturaleza de la hipoteca, que, si no paga, la consecuencia lógica es la enajenación de la cosa para procurar el cobro al acreedor, sin que deban valer las dilaciones y argucias que dilaten o desvíen aquel efecto natural de la hipoteca.

Otro problema es que el Estado, en cumplimiento del mandato constitucional de acceso a la vivienda digna procure los medios económicos adecuados, pero no a costa de desnaturalizar un instrumento técnico-jurídico, como es la hipoteca, cuya utilidad está precisamente en proporcionar agilidad y seguridad al crédito a través de una realización ágil y expeditiva. Y no entorpeciendo dicha realización a costa de la otra parte contratante.

(110) Desde luego resulta anómalo y criticable que se regulen problemas de Derecho transitorio a través de una Disposición Adicional, alterando así la terminología y técnica propias, originando confusión y, por tanto, afectando a la seguridad jurídica, en el aspecto de la claridad normativa. Ha recalcado este defecto también MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*, pág. 121.

(111) Otra cosa es que la ejecución forzosa, el poder coactivo del acreedor sobre el patrimonio del deudor con el fin de lograr el cumplimiento, haya de realizarse judicialmente, por medio de órganos jurisdiccionales y a través de un procedimiento, que es el

Pero es que, además, como hemos visto, en el caso del procedimiento extrajudicial, lo que se hace es, sencillamente, realizar el contenido propio de la hipoteca, que es la facultad de enajenar la cosa gravada, y que el deudor aceptó como formando parte esencial del negocio jurídico celebrado con el acreedor. Y, por tanto, estamos todavía más lejos del ámbito sancionador a que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución, pues se está dando cumplimiento al contrato de hipoteca, con las garantías que se derivan del control notarial, en este caso (112).

2. Ya hemos visto, al estudiar los caracteres del control de la realización hipotecaria, que se trata de establecer una serie de trámites que aseguren la legalidad y eviten el abuso en la enajenación de la cosa hipotecada. Y tienen la naturaleza de las normas adjetivas o de procedimiento para hacer valer los derechos. En ellas no se establecen derechos subjetivos, sino mecanismos de defensa o de control del ejercicio de un derecho. Y, por tanto, son equivalentes, en este sentido, a las normas procesales.

El que sólo entren en juego cuando se haya pactado esta variante de control extrajudicial, el convenio o pacto previo no altera su naturaleza, y siguen siendo normas adjetivas, de encauzamiento de la realización de un derecho, que deriva no de aquel pacto, sino de la hipoteca misma. No se

proceso de ejecución. Pero, como ya hemos visto, en el procedimiento extrajudicial se produce, simplemente, un control público de la enajenación de la cosa gravada, que es el derecho en que consiste sustancialmente la hipoteca, más que una ejecución forzosa en sentido estricto; y el problema de la infracción del principio de tutela judicial efectiva que pudiera derivarse, quedaba marginado por las razones expuestas con anterioridad en este trabajo.

Y otra cosa, también, es que —como dice Díez-PICAZO, *Fundamentos* . . . cit., pág. 730— cuando a la objetiva tipicidad de la contravención se unen los requisitos necesarios para determinar una responsabilidad, la reacción del Ordenamiento jurídico pueda ser considerada como una sanción del comportamiento del deudor.

(112) Ya veremos luego cómo las innovaciones introducidas por el Decreto de 27 de marzo de 1992 y, concretamente, la supresión de la causa de suspensión en virtud de la mera oposición formulada en juicio declarativo, no pueden considerarse como restrictivas de derechos individuales, y mucho menos como sanción. Se trata, sencillamente, de encauzar el control notarial de modo que pueda utilizarse de verdad, y sin que el pacto, sometiéndose al mismo, quede en pura mención literaria en el contrato, sin posibilidad práctica de realizarse.

No lo entiende así MEZQUITA DEL CACHO, «Apéndice al tema del control notarial de la subasta hipotecaria», en *La Notaría*, núm. 4, 1992, págs. 20 y 21, para quien el atentado al principio de irretroactividad es ahora plenamente perceptible, ya que en las hipotecas constituidas con anterioridad hay una relación jurídica establecida, no sólo con arreglo al contrato, sino también con arreglo a la legalidad imperativa externa que en aquel momento fuera aplicable a sus efectos, y aquella legalidad incluía la posibilidad de que el hipotecante o el deudor antes de la subasta anotara preventivamente una demanda en juicio ordinario en la que formulara oposición al trámite notarial, con efecto suspensivo sobre éste. Y que una modificación normativa de este tenor debe ser considerada no favorable, habiéndose producido una reducción de los derechos defensivos del deudor.

sustantivizan, pues el aspecto negocial se limita a la opción por tal procedimiento, pero no afecta ni puede afectar a las normas que lo regulan, que tienen carácter imperativo, como, en general, las normas procesales (art. 235.2 RH). Como no se sustantiviza tampoco el judicial sumario, por el hecho de que el artículo 130 de la LH exija, para su utilización, que se determine un domicilio y un valor de tasación, lo que equivale a un pacto en tal sentido. Ni se sustantiviza el procedimiento arbitral, cuyas normas no se incorporan al convenio arbitral, y siguen siendo adjetivas y de procedimiento (113).

Y la doctrina y la jurisprudencia consideran que las disposiciones adjetivas y ordenadoras del proceso tienen eficacia retroactiva por cuanto suponen una mayor protección de los derechos. Y en el caso de la realización de la hipoteca bajo control notarial lo que se pretende es la más ágil, económica y justa enajenación (114).

(113) Por eso la Disposición Transitoria de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 dispone que, «Salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirá por las disposiciones contenidas en la misma»

En contra, considera MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (págs. 117 y 118) que las normas del procedimiento extrajudicial no son simples normas procesales, pues lo que se ha alterado no es el marco procesal en que el deudor podía esperar defender su posición sustantiva frente a las pretensiones del acreedor en caso de impago, sino que se ha modificado esa misma posición sustantiva, pues se trata de realización privada de derechos vía notarial y no de solución pública y judicial de los mismos. Y que la determinación legal e imperativa del contenido del pacto de autotutela en absoluto eleva a éste a la categoría de proceso judicial, ni a sus preceptos se les puede calificar de normas procesales, sino que son normas sustantivas, ocupando sus artículos el lugar del clausulado convencional, por lo que al suplantar la libertad contractual se deben respetar, al menos, los efectos, que conforme a aquel régimen jurídico se derivaron para aquéllos que lo aceptaron como contenido determinado e impuesto de su propio pacto privado de realización autotutelar por vía notarial.

Pero, como señala ROMERO GIRÓN, pág. 392, nota 29, el RH contiene normas procedimentales aunque no sea un proceso judicial, y la retroactividad natural de las normas procesales no se refiere sólo a las procesales en sentido estricto, integradas en un proceso judicial y opuestas al concepto de normas sustantivas, sino a toda norma procedimental o adjetiva de otra norma principal que sigue vigente.

(114) En relación con retroactividad de las normas adjetivas, CASTRO, *Derecho civil de España*, t. II, pág. 652, nota 3.

El Tribunal Supremo acogió la tesis de la eficacia inmediata, y, en menor medida, la de *tempus regit actum*

Y el Tribunal Constitucional ha aplicado la tesis de la eficacia inmediata en relación con la propia Constitución en su papel de nueva ley procesal (Sentencia de 20 de octubre de 1982), y también en el caso de sucesión entre leyes procesales ordinarias (Sentencia de 29 de junio de 1987).

Sin embargo, debiera excluirse la aplicación de disposiciones más desfavorables reguladoras de procedimientos penales o sancionadores. Así lo entendió el propio TC en Sentencias de 10 y 12 de marzo de 1987, que se apartan de la tesis de la eficacia inmediata de la nueva Ley Procesal cuando sea más restrictiva respecto a la libertad individual, y consideró que los órganos judiciales habían partido del carácter procesal y

El Código Civil con criterio amplio, referido no sólo a las acciones, sino, en general, al ejercicio de los derechos, ya estableció que se sujetarán en cuanto al procedimiento para hacerlos valer a lo dispuesto en el Código. Y en el mismo sentido y ya más concretamente, la LH en su DT 5.^a dispuso que los procedimientos ejecutivos por razón de hipotecas, iniciados con posterioridad a 1 de enero de 1945, aunque se refieran a hipotecas inscritas con anterioridad a dicha fecha, se regirán por la presente Ley, *incluso aquéllos en los que se hubiera pactado cualquier procedimiento especial para su ejecución*.

Y ello es lógico, pues ha de entenderse que las reformas procedimentales pretenden mejorar las garantías y la eficacia del ejercicio de los derechos (115).

no sancionador de la prisión provisional, pero que aunque no sea ésta una sanción no significa que no suponga en sí misma una restricción de la libertad individual. Curiosamente la última sentencia de las citadas tuvo dos votos disidentes, de Díez-PICAZO y RUBIO LLORENTE, partidarios de la tesis de la eficacia inmediata de la Ley Procesal, incluso en el ámbito punitivo, considerando que no es retroactiva una ley porque determine los efectos pro futuro de situaciones que hubieran nacido con anterioridad.

Pero, como dice LÓPEZ MENUDO, «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional», en *Estudios sobre la Constitución española*, t. I, pág. 505, el principio de irretroactividad penal debe jugar con toda intensidad.

(115) A mi juicio, la regulación introducida por el Decreto de 27 de marzo de 1992 perfecciona ostensiblemente el procedimiento extrajudicial, aunque con ciertos puntos débiles que se han puesto de relieve en este trabajo, tanto en cuanto a las garantías del hipotecante (requerimiento en el domicilio por él establecido, posibilidad de pago por los titulares de derechos posteriores antes del remate, etc.) como del acreedor, al impedir que con la mera oposición en juicio declarativo por el deudor se paralice el procedimiento.

Y éste es justamente el punto más discutido (la supresión de esta causa de suspensión), si se considera que merma las posibilidades de defensa del deudor, y, por tanto, que afecta a derechos adquiridos que quedarían retroactivamente afectados.

Pero, sin perjuicio de lo que luego se dirá acerca de los derechos subjetivos y las normas adjetivas, hay que poner de relieve que, precisamente, esta facultad de suspender el procedimiento a voluntad del deudor supuso la quebra de un medio ágil y económico de realización de la hipoteca, que es el procedimiento extrajudicial, haciéndolo inservible e inútil. Y el legislador no puede caer en un proteccionismo excesivo, aunque se suponga que la parte débil sea la protegida, cuando ello proporcione un arma en manos de ésta para, a su antojo, yugular el normal y legítimo ejercicio de un derecho. El legislador ha de velar por la protección equilibrada de ambas partes, evitando normas que supongan una trampa para cualquiera de ellas, como lo era la suspensión a libre arbitrio del deudor, yendo contra sus propios actos y burlando la esperanza del acreedor en una pronta realización de su derecho.

Desde otro punto de vista no se puede olvidar que la simple facultad de paralizar el procedimiento con la oposición en juicio declarativo tampoco representa una posición tan nítidamente ventajosa para el deudor. De momento tendrá que acudir a tal vía costosa, y luego, en la práctica, lo único que conseguirá será desviar el procedimiento hacia el judicial sumario, que le sitúa en una posición todavía más drástica y coactiva, pues en ella se ventilan cuestiones posesorias, y con unos costos de procedimiento que finalmente le repercutirán.

Ahora bien, si se considera la posibilidad de que las normas procesales integran derechos individuales, en la medida en que se produzca una restricción de los mismos como consecuencia de la modificación operada, podría entonces entrar en juego la norma de la irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución.

Es éste, el de la extensión de la irretroactividad en este campo, uno de los puntos débiles de nuestra Ley fundamental, pues no se determina con claridad el ámbito de los derechos individuales. La doctrina está de acuerdo en que tales derechos son los que recogen los artículos 15 a 29 (derechos fundamentales y libertades públicas), y para un amplio sector, también los de los artículos 30 a 38 (derechos de los ciudadanos). Sin embargo, es remisa a extender el principio de irretroactividad a todos los derechos subjetivos adquiridos (116).

El Tribunal Constitucional, en este último sentido, declaró que los derechos individuales no son cualesquiera derechos adquiridos, pues la defensa a ultranza de éstos no casa con la filosofía de la Constitución (Sentencia de 20 de julio de 1981); y trata de reducir su ámbito a los derechos fundamentales y libertades públicas o, a lo más, a la esfera global de protección de la persona, pues la expresión «restricción de derechos individuales» del artículo 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a aquellos derechos y libertades antes referidos (Sentencia de 10 de abril de 1986).

Y se acepta, generalmente, que las normas procesales no declaran derechos, limitándose a regular el procedimiento que debe seguirse, siendo ino cuas por hipótesis.

Aunque esta tesis, llevada hasta extremos que afecten al ámbito penal o de libertades públicas, sea discutible, como hemos visto, hay que reconocer que en el campo del procedimiento extrajudicial y de las modificaciones introducidas por el Decreto de 27 de marzo de 1992 no puede consignarse

Se dirá que con la suspensión el deudor gana tiempo. Pero tampoco esta es una razón que debe primar, pues el tráfico económico y la fluidez de las transacciones, necesarias para que la sociedad se desenvuelva con tranquilidad, no pueden quedar a merced de dilaciones procesales arbitrarias. Además, la seguridad jurídica no resulta bien parada si se fomentan armas que agraven la lentitud de los procedimientos, mal endémico de nuestra justicia. Y por ello, y para evitar tales situaciones, como señala el preámbulo, se publicó el Decreto que comentamos, para agilizar las ejecuciones, *atajar determinadas conductas estratégicas* y remover los obstáculos procedimentales que pudieran constreñir la expansión del crédito territorial.

(116) Para un estudio del problema, LÓPEZ MENUDO, *ob. cit.*, págs. 486 y sigs. He sostenido en mi trabajo sobre *La seguridad jurídica*, cit., págs. 67 y sigs., la conveniencia de clarificar el ámbito de la irretroactividad desde un criterio de respeto a situaciones básicas para el desarrollo de la persona, y en relación con los principios de estabilidad y seguridad

ningún ataque o deterioro de derechos individuales en el ámbito de la persona o de la libertad, aunque, como consecuencia de las mismas, se impidan ciertas posibilidades, que más que derechos eran vías de escape del procedimiento mismo, que se hace más riguroso y eficaz (117).

En realidad, el carácter retroactivo del Decreto, limitado al procedimiento o trámites del control notarial, resulta acorde con la doctrina de la retroactividad de las normas procesales, tal como hemos visto.

B) Pero el problema de la irretroactividad puede plantearse a otro nivel, el sustantivo, si se considera que puesto que el legislador exige el requisito formal de pacto previo para que tenga viabilidad el control notarial, y el Decreto establece dos nuevos requisitos para que dicho pacto sea válido, que son estipulación separada y domicilio para requerimientos, ya analizados; si éstos no se han cumplido, tal defecto afectará al pacto mismo y, por tanto, en la medida en que el pacto es soporte legal del procedimiento extrajudicial, a la viabilidad de éste.

1. Veamos en primer lugar el alcance de la exigencia de fijación de domicilio por el hipotecante.

La introducción de este nuevo requisito afecta, lógicamente, a los trámites del control notarial, pues el requerimiento ha de realizarse precisamente en el domicilio que, a efectos de aquél, resulte del Registro [art. 236.c).3 RH]. Y tal designación no constará cuando se trata de hipotecas anteriores, pues la antigua regulación no la exigía. Por lo que si se quiere armonizar la norma ya analizada (Disposición Adicional), que permite aplicar la nueva regulación a las hipotecas antiguas, será necesario, para que pueda tener efectividad lo dispuesto en el citado artículo 236.c).3 del RH, determinar en qué domicilio se hará el requerimiento. Y a ello se dirige la norma de la Disposición Transitoria del Decreto, que es, como veremos, una norma puramente procesal, pues completa los trámites del nuevo procedimiento en relación con las hipotecas antiguas, en las que no consta un domicilio a efecto del requerimiento.

Dice la Disposición Transitoria que: «El domicilio establecido a efectos de requerimientos y notificaciones para el procedimiento judicial sumario en las escrituras otorgadas antes de la entrada en vigor de este Real Decreto servirá igualmente para los requerimientos y notificaciones que hayan de practicarse en el seno de la ejecución extrajudicial».

Se trata de una norma lógica y congruente con la de la Disposición Adicional, pues, por un lado, era necesario coordinar ésta con la del artículo 236.c).3 del RH, y, por otro, puesto que el domicilio señalado para

(117) En este sentido, ROMERO GIRÓN, pág. 393, afirma que en modo alguno podemos considerar que ese derecho de oposición del deudor se encuentra entre los derechos fundamentales.

el procedimiento extrajudicial ha de coincidir necesariamente con el señalado para el judicial sumario, era razonable que éste valiese a tales efectos (118).

En todo caso, la DT es una norma de procedimiento, pues resuelve un trámite del mismo, armonizando y completando la nueva regulación del control notarial.

Porque una cosa es la exigencia sustantiva de señalamiento o fijación de un domicilio en la escritura de constitución de la hipoteca, que si no se cumple impide el procedimiento, y que sólo debe afectar a las hipotecas que se constituyan después de la entrada en vigor de la nueva norma que la establece. Y otra muy distinta que para ejercitar las antiguas sea necesaria tal constancia, pues ni esta norma sustantiva ni la que exige pacto separado, como veremos, tienen eficacia retroactiva como tales exigencias sustantivas complementarias del pacto, ni, por tanto, la ausencia de tales requisitos en las hipotecas anteriores puede entorpecer el nuevo procedimiento. Y ello aunque se establezca en una norma transitoria, ésta sí de carácter procesal, que el requerimiento se haga en el señalado para el judicial sumario (119).

Por tanto, no hay que extrañarse de que una norma procesal tenga eficacia retroactiva y resuelva los problemas que plantean los trámites establecidos por la nueva regulación, en cuanto se apliquen a las hipotecas antiguas; y que podían haberse resuelto sencillamente, estableciendo en el mismo artículo 236.c) del RH que el requerimiento tendrá lugar en el domicilio señalado para el procedimiento judicial sumario o para el extrajudicial, indistintamente, puesto que ambos deben ser coincidentes (120).

(118) Otro problema es el de la conveniencia de establecer como domicilio para el requerimiento el designado por el deudor para el judicial sumario. Pues si se tiene en cuenta lo fácil que resultará — el procedimiento extrajudicial si se aplica literalmente la norma del artículo 236 c).4 del RH, tal como hemos visto, probablemente hubiera sido más útil conservar en este punto la antigua norma que remitía al artículo 222 del RN.

En todo caso, para evitar los problemas derivados de la tajante disposición que manda que el Notario dé por terminada su actuación si no se puede practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas [236.c).4], hubiera sido más efectivo completarla con la posibilidad de practicar el requerimiento en el domicilio real, y en todo caso al deudor en cualquier lugar, como admite el artículo, párrafo 7.º del Reglamento Notarial

(119) La Dirección General de los Registros, en Resolución de 7 de julio de 1992, en un afán de enriquecer la argumentación sobre la no aplicación a las hipotecas antiguas del requisito del pacto separado, considera que la DT se limita a contemplar el régimen transitorio de uno de los requisitos exigidos para el surgimiento del derecho de ejecución por la vía extrajudicial —el señalamiento de domicilio— y guarda absoluto silencio sobre el régimen transitorio de los restantes requisitos.

Ya hemos visto que no se trata de régimen transitorio referido a un requisito sustantivo, sino a uno de los trámites del procedimiento mismo.

(120) Sin que tenga fuerza el argumento de que es importante para el que pacta el procedimiento extrajudicial la determinación de un domicilio especial para éste, ya que, en todo caso, tiene que coincidir necesariamente con el fijado para el judicial sumario.

2. Por último, resta analizar la trascendencia de la exigencia de pacto en estipulación separada en relación con las hipotecas antiguas.

Como se ha visto ya, el artículo 234.2 del RH establece que la estipulación en virtud de la que los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura.

Se añade así un nuevo requisito sustantivo, sobre cuyo significado o trascendencia se ha hablado ya. A partir de la entrada en vigor del Decreto, si el pacto no reúne las exigencias del artículo 234 del RH no cabe ni su inscripción ni la posibilidad de aplicar el control notarial para la enajenación de la cosa hipotecada.

Se trata de un requisito sustantivo referido al convenio sobre la hipoteca, y, por tanto, a la norma que lo establece le será aplicable el principio general de la irretroactividad que, con carácter general, recoge el artículo 2 del Código Civil cuando dispone que «las leyes no tendrán eficacia retroactiva si no dispusieren lo contrario».

Ahora bien, el problema se plantea a la hora de considerar la conexión o posible inescindibilidad del pacto con todos sus requisitos y el procedimiento extrajudicial.

Es claro que, en lo sucesivo, si el pacto no cumple los nuevos requisitos no podrá basarse en él el procedimiento extrajudicial, pero, en cambio, tal exigencia no deberá afectar a las hipotecas antiguas, para las cuales la posibilidad de aquel procedimiento deriva formalmente de pacto previo realizado con arreglo a la legislación anterior, que no exigía tales requisitos. Y la aplicación del nuevo procedimiento, norma adjetiva, y, por tanto, naturalmente retroactiva, en nada puede influir sobre los aspectos sustantivos en que se apoya.

El pacto de sujeción, válido y eficaz, contenido en las hipotecas antiguas, determina la posibilidad del procedimiento extrajudicial, aunque éste haya de realizarse ahora con arreglo a la nueva regulación, adjetiva, tal como establece la DA antes comentada.

La Resolución de 15 de diciembre de 1925 señaló, en relación con este último procedimiento, que la consignación de un domicilio en la escritura tiene una doble finalidad: garantizar al deudor que lo fija el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas, al mismo tiempo que asegura al acreedor contra las dilaciones y entorpecimientos que por razón de los cambios de residencia o por la mala fe del deudor sufrirían los trámites procesales. Y que la inscripción hipotecaria se limita a consignar, de un lado, que el deudor se entiende suficientemente defendido con que las notificaciones y requerimientos se practiquen como si tuviera su domicilio en el lugar designado, y de otro, que el acreedor hipotecario debe dirigir la acción de conformidad con tales indicaciones. Y que si la designación del domicilio es equivocada o falsa, o ha variado, se entiende que se halla subsistente el que aparezca en el Registro, pues de otro modo sería facilísimo burlar los mandatos de la ley y fundar la defensa de los intereses del deudor sobre su propia torpeza

Desde este punto de vista, resulta ya indiferente que se exijan nuevos requisitos, aunque se consideren necesarios para la validez del pacto, pues en nada afectarán a la retroactividad natural de las normas procesales (121).

Y así lo entendió la Dirección General de los Registros en Resolución de 7 de julio de 1992, aunque, en un excesivo celo por cargarse de razón, haya acudido a argumentos innecesarios o improcedentes, como los referidos en sus puntos 4.º y 5.º (122).

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO
Notario

Sin embargo, se entendió por algún autor que para el procedimiento extrajudicial del RH no exigió la fijación del domicilio, pues lo querido por el legislador es que se haga el requerimiento en el real y efectivo del deudor y no en el convencional que puede ser o no verdadero, y también no dar demasiadas facilidades al procedimiento extrajudicial, por lo que ha desechado tal designación, y, por tanto, la posibilidad del pacto de fijación (LA RICA, *Comentarios* ..., pág. 250). En cambio, la Resolución de 4 de agosto de 1939, presupone la validez de este pacto.

(121) Ya hemos visto que las circunstancias sociales que han motivado la norma que estamos comentando (acceso a la vivienda a través de la financiación por medio de créditos hipotecarios sobre la misma y necesidad de proteger a la parte contractual cuya única opción es aceptar el préstamo con las cláusulas generales impuestas por la entidad, que goza en ese momento de posición dominante, para dar cumplimiento de protección al consumidor) es una razón más para considerar que la fuerza o importancia de este requisito sólo pueda tener relación con el momento actual. Claro que podría considerarse que también las antiguas adolecen de defecto por entender por el pacto, en cuanto formando parte de las condiciones generales, no reúne los requisitos exigidos por la legislación protectora del consumidor; pero ello nos lleva a otro terreno, el de la validez de dicho pacto, que no puede resolverse técnicamente desde la retroactividad no declarada de una norma sustantiva, que, además, sería contradictoria con la declaración de la DA.

(122) En el cuarto, al conectar la exigencia del pacto separado con la DT, considera que ésta se refiere a uno de los requisitos exigidos para que surja el derecho a la ejecución extrajudicial, cuando, como hemos visto, tal DT se refiere a un trámite del procedimiento; y en el punto 5º se habla de que si se exigiere el requisito de la cláusula separada a las escrituras anteriores, el procedimiento extrajudicial no sería aplicable.

La doctrina ha criticado con toda razón la citada Resolución. Así, ROMERO GIRÓN, pág. 390; GARCÍA MÁS, pág. 3187, y, sobre todo, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, págs. 120 y sigs.

El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. SISTEMAS DE DETERMINACION DEL RANGO: 2.1. SISTEMA ROMANO O LATINO DE AVANCE DE PUESTOS. 2.2. SISTEMA GERMÁNICO O DE PUESTOS FIJOS: 2.2.1. *Derecho alemán*. 2.2.2. *Derecho suizo*.—3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA ROMANO Y DEL SISTEMA GERMÁNICO: 3.1. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA ROMANO. 3.2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA GERMÁNICO.—4. EVOLUCION DEL SISTEMA GERMÁNICO EN EL DERECHO ALEMÁN Y EN EL DERECHO SUIZO: 4.1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ALEMÁN. 4.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO SUIZO.—5. CONCLUSION.

1. INTRODUCCION

En el ámbito jurídico inmobiliario el rango de los derechos reales se presenta, ante todo, como un criterio de resolución de un determinado tipo de conflicto de derechos (1). La situación de colisión de derechos que con el rango se pretende solventar se plantea en casos de incompatibilidad relativa entre derechos reales limitados, es decir, cuando recayendo éstos sobre un mismo inmueble pueden coexistir pero sin ostentar igual posición jurídica (2).

(1) Como observa KOCH en su tesis doctoral, la colisión de los derechos reales limitados es previamente excluida por la determinación del rango. Cómo se determina el rango es una cuestión que compete resolver a la respectiva legislación (*Das Wesen des Ranges der im Grundbuche eingetragenen Rechte*, Lübeck, 1909, pág. 10).

(2) Como pone de relieve don JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA: «el rango registral se plantea precisamente en estos casos de incompatibilidad relativa o eficacia preferente de la prioridad, es decir, respecto a aquellos derechos reales recayentes sobre un mismo inmueble que, no pudiendo ocupar, en principio, el mismo puesto u orden de preferencia, han de ser ordenados, pero hecha esta ordenación, pueden coexistir y no se excluyen entre sí» (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, pág. 705).

No se plantea ningún problema en las relaciones entre la propiedad y los derechos reales limitados que la gravan, pues estos derechos prevalecen sobre aquélla al tener precisamente por función restringirla.

El rango opera ordenando los derechos, proporcionándoles una concreta posición (3). De tal suerte que el derecho de rango superior prevalece sobre el que lo tiene inferior (por subordinarse éste a la eficacia preferente de aquél) (4). Desde esta perspectiva el rango es una manifestación del principio de prioridad registral (*prior tempore, potior iure*) (5). Se halla además en estrecha relación con el principio según el cual nadie puede dar lo que no tiene (*nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*) (6), pues el propietario que ha gravado su inmueble con un derecho real limitado sólo puede constituir sobre él un nuevo derecho de esa clase (si no cuenta con el consentimiento del titular del derecho de rango preferente) si el segundo puede coexistir con el primero sin perjudicarlo.

El rango como criterio de resolución de conflictos entre derechos es aplicable no sólo a los que se generen entre hipotecas recayentes sobre una misma finca, sino también a los que se originen entre cualesquiera derechos reales (vgr., entre dos servidumbres o entre dos usufructos) (7) e incluso

(3) Sobre la significación y origen de la palabra rango, véase KOCH, *op. cit.*, pág. 45 y sigs.

(4) No voy a entrar a examinar aquí la naturaleza jurídica del rango, pues ello me llevaría más lejos de lo pretendido con este trabajo, por exceder de su objeto. De ahí que me limite a referirme a lo que funcionalmente es el rango, a saber, un criterio de resolución de conflictos entre derechos reales limitados y, excepcionalmente, entre éstos y ciertos derechos personales, pues desde el momento en que el legislador admite el acceso al Registro de la Propiedad de determinados derechos obligacionales, como los arrendamientos (Disposición Adicional segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos), ello ha de comportar la aplicación a los mismos de la normativa prevista para los derechos reales.

(5) Es interesante sobre este principio la tesis doctoral de LEISNER, *Untersuchungen über die rechtliche Bedeutung des Prioritätsprinzips im geltenden Zivilrecht*, München, 1957 (en particular la pág. 82 y sigs., donde habla del rango de los derechos reales como expresión de dicho principio); y los trabajos de WACKE, «“Quien llega primero, muele primero”: prior tempore, potior iure», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pág. 37 y sigs.; y «Wer zuerst kommt, mahlt zuerst - Prior tempore, potior iure», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, pág. 94 y sigs.

(6) Así, LEISNER, *op. cit.*, pág. 84 y sigs.; y WILHELM, «Der Rang der Grundstücksrechte aufgrund des Verfügungstatbestands, insbesondere von Einigung und Eintragung», en *Juristen Zeitung*, 1990, pág. 502.

(7) En materia de servidumbres el modo en que el conflicto se zanjará depende de su contenido. De entrada, hay que pensar en que la solución será diferente según se trate de servidumbres negativas o positivas. En la medida en que el propietario se obligue a abstenerse de hacer alguna cosa, no colisionan los derechos de los titulares de las servidumbres, pues todo legítimo puede exigir del propietario el «no hacer» en que consista la propia servidumbre. No sucede lo mismo con todas las servidumbres positivas. Cabe imaginar que su ejercicio simultáneo será compatible cuando graven partes diferentes del

entre hipotecas y otros derechos reales (vgr., entre una hipoteca y una servidumbre) (8).

No obstante, la aplicación más importante del rango se da cuando los derechos que entran en conflicto son hipotecas (9), ya que a consecuencia de la realización de valor puede suceder que el precio que se obtenga en la subasta no sea suficiente para cubrir el importe (total o parcial) de la cantidad asegurada por capital, intereses y costas con las hipotecas de segundo o ulterior rango, si se ejecuta la de primer rango (10).

Esto pone de relieve no sólo el valor jurídico del rango (en cuanto criterio de resolución de conflictos entre derechos reales limitados) (11) sino también su valor económico (ya que en función del rango que ostente cada derecho real —según sea de primer o de ulterior rango— su valor económico será diferente —superior o inferior, respectivamente—) (12).

inmueble sobre el que recaen También cabe pensar en que la servidumbre de peor rango sólo pueda ejercitarse parcialmente.

(8) Puesto que si la servidumbre es preferente, en el momento de la realización forzosa de la hipoteca, disminuirá el valor del objeto gravado con la consecuencia de que el precio del remate puede no ser suficiente para cubrir el importe total del crédito del actor.

Príense, además, por ejemplo, en un supuesto de ejecución forzosa de hipoteca de primer rango a la que siguen un usufructo, una servidumbre y dos hipotecas más por este mismo orden de rango. En este supuesto los titulares del usufructo y de la servidumbre también tienen derecho a participar en el sobrante de lo obtenido en la subasta con preferencia a los otros dos acreedores hipotecarios.

(9) Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 706; y CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1989, pág. 421.

(10) Razón por la cual en este trabajo me referiré fundamentalmente al supuesto de colisión y concurrencia de hipotecas.

Resulta llamativo que en Alemania y Suiza la regulación del rango de los derechos reales de garantía sea diferente de la prevista para los otros derechos reales como tendremos ocasión de ver (*vide, infra*, sobre el Derecho alemán, el epígrafe 2.2.1.; y sobre el Derecho suizo lo que se dice en el texto en el epígrafe 2.2.2. y en la nota 42).

(11) Entre las consecuencias jurídicas del rango, concebido como criterio de resolución de conflictos entre derechos reales limitados, destaca, como pone de relieve BOLLAIN, que «cualquier hipoteca, que no sea la primera, vive en constante amenaza de resolución: esta resolución llegará, cuando culmine el procedimiento judicial sumario del artículo 131, incoado por un acreedor hipotecario preferente. En cambio, la hipoteca primera —que por ser primera goza de un rango superior al de todas las demás— está completamente libre de este peligro resolutorio» («Consideraciones sobre el “rango” y la nueva Ley de Reforma Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, págs. 160 y 161).

(12) Por todo ello se ha afirmado que «una hipoteca primera vale más que la segunda, sencillamente porque aquélla tiene más probabilidades de efectividad que ésta» (BOLLAIN, *op. loc. cit.*, pág. 159). De ahí que en la práctica ese menor valor de las segundas y ulteriores hipotecas suele compensarse con incrementos del interés u otras condiciones más onerosas para el deudor en las hipotecas de inferior rango (*vide*, ROCA SASTRE/ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. II, Barcelona, 1979, pág. 231).

Atendiendo al innegable valor jurídico y económico del rango, en este trabajo pretendo analizar qué sistema jurídico de entre los que se suelen adoptar para determinar el rango en los países de nuestro entorno cultural y jurídico es preferible en Derecho español. El dilema se plantea entre el sistema romano o latino de avance de puestos (13), vigente en la actualidad, y el germánico de rango fijo (14).

2. SISTEMAS DE DETERMINACION DEL RANGO

En el Derecho romano y en el Derecho germánico se establecieron normas esencialmente distintas sobre el rango de los derechos reales de garantía inmobiliaria, que han llevado a hablar de dos diferentes sistemas de determinación del rango: el romano o latino, de avance de puestos, y el germánico, de puestos fijos.

En favor y en contra de uno y otro sistema de organización del rango se han esgrimido tradicionalmente una serie de argumentos, cuya comprensión requiere una previa explicación, siquiera sea breve, sobre la mecánica y funcionamiento de cada uno de esos sistemas.

2.1. SISTEMA ROMANO O LATINO DE AVANCE DE PUESTOS

En el sistema romano la hipoteca es el derecho real de garantía inmobiliaria por excelencia, caracterizado como indivisible y accesorio del crédito al que garantiza. Cada uno de los titulares de los diferentes derechos de hipoteca constituidos sobre un mismo inmueble tiene derecho a que se le pague el importe íntegro de la suma garantizada, sobre la totalidad del valor del inmueble (*pignoris causa indivisa est*) (15). En el momento de la realización de valor, la clasificación entre acreedores hipotecarios se hace por orden de prioridad temporal. La fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad de las diferentes hipotecas determina el rango existente entre ellas. En este sistema la primera hipoteca comprime la potencial expansión de la segunda y ulteriores, de tal suerte que la desaparición de una hipoteca aprovecha a los acreedores hipotecarios posteriores, pues su derecho de hipoteca

(13) También se ha llamado a este sistema de rango flexible, progresivo, variable o móvil, de puestos necesarios, de rango con avance potencial, o sistema de elasticidad por vía de compresión prelativa.

(14) Este sistema también es conocido como sistema de parcelas o compartimientos de valor, o de puestos fijos.

(15) Vide LEEMANN, *Sachenrecht*, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern, 1925, pág. 779.

avanza entonces automáticamente y mejora de rango (al faltar la compresión de la hipoteca anterior), con lo que la garantía de su crédito aumenta tanto más en cuanto el importe del crédito garantizado por la hipoteca desaparecida fuera más elevado.

Sobre este sistema creo que huelgan más explicaciones por ser el que rige en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, el que nosotros conocemos.

2.2. SISTEMA GERMÁNICO O DE PUESTOS FIJOS

En el sistema germánico se tipifican ciertos derechos reales de garantía inmobiliaria que pueden existir por sí mismos, sin necesidad de la coexistencia de un crédito al que garantizar con carácter accesorio. Ello es así porque en este sistema los derechos reales de garantía cumplen dos funciones básicas, la de garantía o seguridad, cuando aseguran la efectividad de un crédito, y la de movilización del valor del suelo, cuando el derecho real de garantía es objeto en sí mismo considerado de tráfico jurídico, por lo que se incorpora en un título valor destinado a circular. En el cumplimiento de esta segunda función no es menester que el derecho real de garantía asegure la efectividad de un crédito, por no depender de ello su existencia, dada su no accesoriedad (16).

Sea como fuere, el derecho real de garantía en el sistema germánico clásico representa e individualiza sólo una parte del valor del inmueble gravado y queda limitado a esa fracción o parcela de valor. Objeto de responsabilidad no es el inmueble como cosa corporal, sino como unidad de valor (17). De ahí que los diferentes derechos reales de garantía que gravan un mismo inmueble ocupen puestos correspondientes a las diferentes parcelas de valor en que se halla ideal y jurídicamente fraccionado el inmueble sobre el que recaen (18). Es por ello que su rango se determina por el puesto que ocupan (lo que depende en la mayoría de los casos de la voluntad de las partes) (19) y no por la fecha de su inscripción en el Registro de la Propie-

(16) Como observa PERRET, refiriéndose al Derecho suizo, en su forma actual los derechos reales de garantía no se vinculan a la sola idea de garantizar una deuda personal. El derecho real de garantía inmobiliaria se ha convertido en un valor territorial, y dos tareas le han sido entonces asignadas, una de origen antiguo, otra del todo moderna garantizar las pretensiones personales y «movilizar» el valor del suelo (*Des droits de gage du propriétaire immobilier sur sa propre chose selon le Code Civil Suisse*, Berne, 1952, pág. 10).

(17) Así, WEBER, *Das System der festen Pfandstelle*, Bern, 1929, pág. 4.

Según LEEMANN, el puesto fijo es una cuota de valor ideal del objeto gravado (*op. cit.*, pág. 780).

(18) Consúltese sobre esto, con una visión diferente, DETTMAR, *Materielle und formelle Funktion des Rangs in Grundstücksachenrecht*, Marburg, 1977, pág. 129.

(19) Véase, LEEMAN, *op. cit.*, pág. 780.

dad. Si un derecho real de garantía de rango anterior desaparece, el propietario dispone del puesto que ha quedado libre, pudiéndolo utilizar para constituir un nuevo derecho real de garantía por el mismo importe (o inferior) que el anterior que lo ocupaba, con la importante consecuencia de que al ocupar cada uno de los derechos reales de garantía distintas parcelas de valor con total independencia los posteriores no pueden avanzar y mejorar su rango (20).

El sistema germánico rige en la actualidad, con algunas matizaciones, en el Derecho alemán y en el Derecho suizo (21). Aunque en ambos ordenamientos jurídicos la configuración y mecánica del rango es en esencia igual, y responde a iguales premisas o esquemas, existen ciertas diferencias que conviene poner de relieve.

2.2.1. *Derecho alemán*

En el Derecho alemán actual el rango de los derechos reales se determina de diferente forma según se trate de derechos que deben figurar en la misma sección del Registro o en secciones distintas (22). Cuando los derechos están inscritos en la misma sección, el rango se determina por el orden consecutivo de las inscripciones (*nach der Reihenfolge der Eintragungen*), y si están inscritos en diferentes secciones, por el orden de fechas de las inscripciones (§ 879 BGB) (23).

Existe cierta discusión entre la doctrina alemana acerca del significado de la expresión *Reihenfolge der Eintragungen* del § 879 BGB. La controversia gira en torno a si se refiere al orden temporal o cronológico de práctica de

(20) Vide, WEBER, *op. cit.*, pág. 5.

(21) También rige en el Derecho austríaco, en el cual se concede al propietario, mientras no existe ningún crédito asegurado, un mero «derecho de disposición del rango» (§ 469 ABGB) (véase, HOFMEISTER, «Rangordnung der Gläubiger», en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, IV, 1986, pág. 150). Véase también lo que se dice en la nota 35.

(22) A efectos de una mejor comprensión hay que decir que en la sección tercera se encuentran los derechos reales de garantía inmobiliaria del Derecho alemán (esto es, la *Hypothek*, la *Grundschild* y la *Rentenschuld*), en la sección segunda los demás derechos reales, y en la sección primera se indica el propietario y la causa jurídico-real de adquisición de la propiedad (vide, SCHWAB/PRUTTING, *Sachenrecht*, München, 1991, págs. 60 y 100; y MÜLLER, *Sachenrecht*, Köln, 1990, pág. 241).

(23) En concreto el § 879 BGB viene a decir que la relación de rango entre varios derechos que gravan una misma finca se determina según el orden de las inscripciones, si los derechos están inscritos en la misma sección del Registro. Si los derechos están inscritos en distintas secciones, tiene rango preferente el derecho inscrito con indicación de una fecha anterior; los derechos que estén inscritos con indicación de la misma fecha tienen igual rango.

las inscripciones (de acuerdo con el *Tempusprinzip: prior tempore, potior iure*) (24), o al orden local o meramente espacial, esto es, al lugar que ocupan en el folio registral (conforme al *Locusprinzip: prior loco, potior iure*) (25). Aunque normalmente el orden temporal o cronológico y el local o espacial coinciden, la importancia de decantarse por una u otra interpretación se pone de manifiesto en los casos de discordancia entre uno y otro orden (26). Con todo, la doctrina que se inclina por la interpretación favorable al orden temporal suele matizar que para un tercero de buena fe sólo el orden local o espacial debe ser decisivo (27).

El rango que a un derecho real corresponde por ley o por haberlo acordado las partes, por regla general, no es inalterable en cuanto se rige por el principio del rango móvil. Lo que significa que los derechos de rango inferior avanzan y, en consecuencia, mejoran de rango, cuando un derecho de rango preferente se extingue. No obstante, sobre esta cuestión plantean una especial problemática los derechos reales de garantía debido, por una parte, a la institución de la *Eigentümergrundschild* (que supuso en la práctica la instauración del sistema de rango fijo) (28) y, por otra, al *Löschungsanspruch* (29)

(24) Así se pronuncian, en su caso, con fundamento en diferente argumentación. SCHWAB/PRUTTING, *op. cit.*, pág. 60; KUTTER, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Drittes Buch, Sachenrecht, Berlin, 1989, pág. 182; WACKE, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1986, pág. 179 y 181; HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen, 1930, pág. 496 y sigs.; SCHWEINITZ, *Alternativkommentare*, Neuwied, 1983, pág. 112; y STADLER, «Der Rang im Immobiliarsachenrecht - ein noch immer ungelöstes Problem», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1989, Band 189, pág. 447.

(25) A favor del orden local parecen pronunciarse JUNGHANS, *Berichtigungs- und Bereicherungsansprüche aus Anlass von § 879 BGB*, Köln, 1952, pág. 32 y sigs. (éste con amplia argumentación); MULLER, *op. cit.*, pág. 331; GERHARDT, *Immobiliarsachenrecht Grundeigentum und Grundpfandrechte*, München, 1989, pág. 21; FRIEDRICH, *Der Rang der Rechte im Grundbuch*, Erlangen, 1927, pág. 22; WEIRICH, «Der Rang im Grundbuch», *Juristische Ausbildung*, 1983, pág. 342; BREIT, *Der Grundbuchrang und seine Probleme*, Berlin, 1928, pág. 13; EICKMANN, «Der Rang der Grundstücksrechte», en *Rechtspflege Studienhafte*, 1982, pág. 74; y KOCH, *op. cit.*, pág. 18.

(26) Expone KUTTER varios ejemplos demostrativos de ello. Creo que basta con reproducir aquí el primero, que es del tenor siguiente: A favor de «B» está inscrita una hipoteca. Antes de esta inscripción el Registrador ha dejado, sin embargo, un espacio vacío, infringiendo lo dispuesto en la normativa registral. Más tarde inscribe una hipoteca en ese espacio a favor de «A». Si se considera decisivo el criterio de prioridad temporal entonces tiene mejor rango la hipoteca de «B», mientras si se estima decisivo el *Locusprinzip* es preferente la hipoteca de «A» (véase, *op. loc. cit.*, pág. 181).

(27) Véase, JUNGHANS, *op. cit.*, pág. 36; STURNER, *Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 6, 1990, pág. 143 y sigs.; WACKE, *Münchener Kommentar*, *cit.*, pág. 181; y SCHWEINITZ, *op. loc. cit.*, pág. 113.

(28) Es interesante sobre esto, DETTMAR, *op. cit.*, pág. 136 y sigs.

(29) Vide, *infra*, el epígrafe 4 l.

(que ha venido a establecer de nuevo la vigencia del principio de rango variable para los derechos reales de garantía) (30).

Mas, para entender el alcance de esta problemática es menester conocer antes cuáles son los derechos reales de garantía en el Derecho alemán, por estar muy estrechamente relacionadas ambas cuestiones.

Bajo el concepto de derechos reales de garantía (*Grundpfandrechte*) se comprenden en Derecho alemán la *Hypothek*, la *Grundschild* y la *Rentenschuld* (siendo esta última una variante de la segunda) (31). Las hipotecas pueden ser de tráfico (*Verkehrshypothek*) y de seguridad (*Sicherungshypothek*). Las de tráfico, igual que la *Grundschild*, pueden revestir a su vez dos formas: la de cédula hipotecaria (*Briefhypothek*) y la clásica de hipoteca registral (*Buchhypothek*). En el Derecho alemán la *Briefhypothek* es idónea sobre todo para la llamada financiación intermedia (*Zwischenfinanzierung*), porque su transmisión no requiere inscripción en el Registro de la Propiedad (32).

Ahora bien, mientras la *Hypothek* es un derecho real de garantía accesorio, cuya función es la de garantizar un crédito, la *Grundschild* puede cumplir la función de movilizar el valor del suelo, por lo que es posible su existencia autónoma con independencia de un crédito. Estamos en este caso ante la *isolierte Grundschild*, para la cual no rige el principio de accesoriedad, al no presuponer la existencia de un crédito al que garantizar. Sin embargo, lo normal es que también este tipo de gravamen se constituya en garantía de un crédito, con lo que entonces estamos en presencia de la *Sicherungsgroundschuld*.

Junto a las dos modalidades de *Grundschild*, recién descritas, es importante destacar, a efectos de lo que aquí nos interesa, la denominada *Eigentümergrundschild* —comúnmente conocida como «hipoteca de propietario»— (33),

(30) Consúltase, SCHAPP, *Sachenrecht*, München, 1989, pág. 184; y WESTERMANN, *BGB-Sachenrecht*, Heidelberg, 1990, pág. 111.

(31) En la actualidad la *Grundschild* adquiere mayor significación a costa de la hipoteca. Sin embargo, la regulación legal más extensa se dedica a la hipoteca, declarando aplicable analógicamente dicha normativa a la *Grundschild* el § 1192 BGB, con excepción de aquellas disposiciones que presupongan una vinculación jurídica de la hipoteca con un crédito (vide, SCHWAB/PRUTTING, *op. cit.*, pág. 315 y 316; y BASSENGER, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1991, pág. 1281).

(32) Consúltase, WÖRLEN, *Grundzüge des Privatrechts*, Band III, Köln, 1992, pág. 96 y sigs., y SCHWAB/PRUTTING, *op. cit.*, pág. 257 y sigs.

(33) Cuando se extingue el crédito garantizado por una hipoteca ésta sufre una metamorfosis y se transforma automáticamente en una *Eigentümergrundschild* (§ 1177-1 BGB). De ahí que no resulte exagerado decir que en el Derecho alemán la hipoteca es una «*Eigentümergrundschild* latente» (véase, BASSENGER, *op. loc. cit.*, pág. 1263; GERHARDT, *op. cit.*, pág. 102 y 103; y WÖRLEN, *op. cit.*, pág. 99 y 100).

Según la doctrina alemana más autorizada, en el caso de que se transmita la hipoteca, junto con el crédito garantizado, al propietario del inmueble gravado que satisfizo al acreedor hipotecario no siendo deudor personal, estamos ante una auténtica hipoteca de

en la medida en que fundamentalmente de ella (34), además de la figura de la reserva de rango, se ha servido la Ley en el sistema inmobiliario registral alemán (35) para procurar que el propietario conserve el rango que fue ostentado por un derecho real de garantía cuando éste desaparece (adquisición derivativa de la *Eigentümergrundschild*), o para que ocupe el que va a ser ostentado por un derecho de esa clase entretanto no se constituye (adquisición originaria), evitando así que avancen y mejoren de rango los derechos reales de garantía de rango inferior (36). La *Eigentümergrundschild* puede ser, pues, constituida por anticipado por el propietario del inmueble, con lo que éste obtiene así un puesto con un determinado rango a su libre disposición, que puede utilizar para constituir un derecho real de garantía con el que asegurar la efectividad de un crédito cuando le interese (37).

En el sistema alemán el propietario puede proceder de tres modos diferentes cuando tiene una *Eigentümergrundschild*: puede conservarla, transmitirla a otro o extinguirla.

propietario (*Eigentümerhypotheke*) (véase, SCHWAB/PRUTTING, *op. cit.*, pág. 299; y MUMMLER, «Die Zwangsvollstreckung in Eigentümergegrundpfandrechte», en *Das Juristische Büro*, 1969, págs. 795 y 796).

(34) Según WEBER, un paso para la mitigación de la injusticia que conlleva el sistema de avance de puestos fue dado en el Derecho alemán con la introducción de la hipoteca de propietario, que el BGB alemán instituyó como parte esencial de la regulación legal de los derechos reales de garantía (*op. cit.*, pág. 3).

(35) En el Derecho austríaco el mismo resultado se consigue concediendo al propietario, cuando se extingue una hipoteca, un «derecho de disposición del rango» (*Verfügungsrecht*) conforme al § 469 ABGB, de tal suerte que los derechos sucesivos sólo avanzan y mejoran de rango cuando el propietario no hace valer su *Verfügungsrecht* (véase, FEIL, *Liegenschaftsrecht*, Band II, Eisenstadt, 1984, págs. 1193 y 1194, KOZIOL/WELSER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band II, Wien, 1991, pág. 138 y sigs., y PETRASCH, *Rummel, Kommentar Zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Bd, Wien, 1990, pág. 568).

(36) *Sic*, WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 139.

(37) Como se indica en el texto, el propietario puede ser titular de un derecho real de garantía en su propio inmueble, bien constituyéndolo él mismo, o bien por transmitírsele un derecho real de garantía ajeno que grava su finca.

El primer supuesto se da, por ejemplo, cuando el propietario constituye una hipoteca sin que haya nacido todavía el crédito asegurado, o hasta que la *Briefhypothek* se transmite al acreedor.

Estamos en el segundo supuesto, entre otros, en los siguientes casos: 1.º Cuando el crédito garantizado se extingue, pasando automáticamente la hipoteca como *Grundschild* al propietario. A consecuencia de ello el Registro de la Propiedad resulta incorrecto correspondiendo al propietario un derecho de rectificación del mismo. Es el caso principal en la práctica de incorrección del Registro y también es el más frecuente en cuanto al nacimiento de *Grundschild*; 2.º Cuando el acreedor renuncia unilateralmente a la hipoteca, y 3.º Cuando se produce una consolidación de hipoteca y propiedad en la misma persona. Por ejemplo, cuando el propietario hereda al acreedor, o cuando hay transmisión del inmueble gravado al acreedor. Consúltase sobre esto, SCHWAB/PRUTTING, *op. cit.*, pág. 294 y sigs.

El propietario que decide conservar en sus manos la *Eigentümergrundschild* no puede ejecutarla forzosamente sobre su propio inmueble, pero si otro acreedor con hipoteca de mejor rango, recayente sobre el mismo inmueble, ejecuta ésta, el propietario participa de lo obtenido en la subasta según el rango correspondiente a su *Eigentümergrundschild* (38).

El propietario también puede transmitir la *Eigentümergrundschild* como *Grundschild*, o, en unión de un crédito, como hipoteca. En este caso deviene de nuevo una carga normal del inmueble a favor de sujeto distinto del propietario. Su transmisión se suele efectuar para conseguir una financiación provisional, a corto plazo (una *Zwischenfinanzierung*), mediante la obtención de un préstamo concedido por quien resulte titular de dicha carga real.

La institución de la *Eigentümergrundschild* comporta que las hipotecas de rango inferior no avanzan con el pago del crédito garantizado por la hipoteca preferente, en cuanto bajo la forma de *Grundschild* el puesto que ésta ocupaba y su rango son mantenidos por el propietario, quien, por ello, con mayor facilidad podrá conseguir nuevas fuentes de financiación.

La *Eigentümergrundschild* puede, por último, ser suprimida, con la intención de favorecer a los acreedores con derechos de rango posterior (que ostenten un *Löschungsanspruch*), a los cuales les está entonces permitido avanzar y mejorar el rango de sus derechos. Mas ésta es cuestión de gran importancia en este trabajo, como después se verá al examinar la evolución del Derecho alemán, por lo que volveré luego sobre ella con mayor detenimiento (39).

2.2.2. Derecho suizo

La articulación y configuración del rango en el Derecho suizo no se identifica plenamente con el sistema que en concreto rige en el Derecho alemán, razón por la cual resulta conveniente exponer brevemente lo más característico del sistema germánico en el ordenamiento jurídico suizo.

Pues bien, en el Derecho suizo el rango de los derechos reales de garantía inmobiliaria viene dado por el puesto fijo (*Pfandstelle, case fixe, posto del*

(38) A estos efectos es ilustrativo el ejemplo expuesto por SCHWAB y PRUTTING, en los siguientes términos: si una «*Eigentümergrundschild*» de 80.000 DM es precedida de una hipoteca de primer rango de 60.000 DM y es seguida de otra hipoteca de tercer rango de 40.000, ascendiendo el precio del remate a 160.000 DM, tiene derecho a recibir el propietario el importe total de 80.000 DM y el acreedor titular de la hipoteca de tercer rango sólo 20.000 DM (*op. cit.*, pág. 300).

(39) *Vide, infra*, el epígrafe 4.1.

pegno) (40) que se les asigna con la inscripción (art. 813 ZGB) o al hacer la reserva de rango (41), a diferencia de lo que sucede con los otros derechos reales, cuyo rango se rige por la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad conforme al principio de prioridad temporal (42). Es por ello posible constituir en el ordenamiento jurídico suizo derechos reales de garantía de segundo rango u otro ulterior cualquiera, aunque todavía no exista el derecho de primer rango u otro anterior. Basta con indicar en el Registro de la Propiedad el importe por el cual los derechos reales preferentes responderán.

Los puestos que quedan libres pueden volver a ser ocupados más tarde (43), por lo que un derecho constituido con anterioridad puede ser de peor rango que otro constituido en fecha posterior (44). En consecuencia, cuando

(40) Sobre la distinción entre los conceptos de rango y puesto fijo es interesante lo que señalan AMSTAD, *Gleichrangige Grundpfandrechte*, Freiburg, 1949, pág. 8 y sigs.; y GUHL, «Über das System der festen Pfandstelle», en *Schweizerische Juristen Zeitung*, 1914, 3, pág. 33 y sigs.

(41) Esto es así cuando los derechos reales de garantía inmobiliaria son de origen negocial. Sobre el rango de los derechos reales de garantía legales o que tiene su origen en una sentencia judicial, véase RIEMER, *Die beschränkten dinglichen Rechte*, Band II, Bern, 1986, págs. 104 y 105.

(42) En Derecho suizo para la determinación del rango de los derechos reales (excluidos los de garantía inmobiliaria) es decisivo el momento de su constitución, que tiene lugar por su inscripción en el Registro de la Propiedad, siendo fecha esencial a estos efectos la del libro diario, ya que la eficacia de la inscripción se retrotrae a ese momento (art. 972 ZGB). Es esa fecha la que cuenta y no la posición o localización de la inscripción del derecho en el Registro. La consecuencia más destacada es la mejora de rango de los derechos reales posteriores cuando se extingue uno de rango preferente, sin que el propietario pueda utilizar el puesto que ha quedado libre, ya que hay avance de los derechos reales subsiguientes. No sucede así con los derechos reales de garantía, salvo si las partes estipulan a favor del acreedor el derecho de avanzar de rango, como veremos (*vide*, DESCHENAUX, *Le Registre foncier. Traité de Droit privé Suisse*, vol. V, t. II-2, Fribourg, 1983, pág. 505 y sigs.; LIVER, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 1. Bd Zürich, 1968, pág. 19 y sigs.; FRIEDRICH, «Der Rang der Grundstücksrechte», en *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 58, 1977, pág. 328; NUSSBAUM, «Dienstbarkeiten und Grundlasten in Konkurrenz mit Grundpfandrechten», en *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 1938, pág. 2 y sigs., y LEEMANN, *op. cit.*, págs. 774 y 780). Sobre la determinación del rango entre derechos reales de garantía y otros derechos reales limitados, véase, FRIEDRICH, *op. loc. cit.*, pág. 329; NUSSBAUM, *op. loc. cit.*, pág. 65; PIOTET, «Dienstbarkeiten und Grundlasten», en *Schweizerisches Privatrecht*, v/1, Basel, 1977, págs. 527 y 532; REY, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Band I, Bern, 1991, pág. 127; y STEINAUER, *Les droits réels*, t. II, Berne, 1990, pág. 272 y sigs.

(43) Sobre las facultades de disposición de un puesto fijo por parte del propietario, véase LEEMANN, *op. cit.*, pág. 778; y HOMBERGER/MARTI, «Grundpfandrecht II», en *Fisches Juridiques Suisses*, 1942, pág. 6 y sigs.

(44) Como observan algunos autores, puede parecer que existe en el sistema de puestos fijos previsto en el Derecho suizo para los derechos reales de garantía, una derogación del principio de prioridad, porque puede prevalecer un derecho constituido

derechos de rango diferente han sido constituidos sobre un mismo inmueble, la desaparición de uno de ellos no provoca el avance de los que le siguen por orden de rango, ya que el propietario tiene la posibilidad de constituir después un derecho real de garantía en el puesto fijo que ha quedado libre que tendrá el rango del extinguido y prevalecerá sobre otros constituidos con anterioridad pero situados en los puestos fijos siguientes. Una pieza esencial en el sistema de puestos fijos es la reserva de rango, es decir, la posibilidad con que cuenta el propietario de constituir ulteriormente un derecho real de garantía que prevalezca sobre otro más antiguo (45). La reserva de rango presupone conceptualmente el puesto fijo vacío (46). Representa una disposición del propietario del bien a diferencia del puesto fijo vacío que se origina por disposición legal a consecuencia de la cancelación (47) de un derecho real de garantía (48).

No obstante, el legislador del Código Civil suizo no llevó el sistema de puestos fijos a sus últimas consecuencias, al prever excepciones al mismo (49). Estas son, fundamentalmente:

1.^a El supuesto de extinción del derecho real de garantía de naturaleza legal inscrito para asegurar créditos concedidos para la mejora del suelo rústico, pues conforme al artículo 821.2 ZGB, en ese caso subentran los acreedores posteriores (50).

con posterioridad sobre otro que fue constituido antes. Sin embargo, el puesto en el que se ubican los derechos tiene el rango que en su momento fue determinado por la fecha de su creación. En este sentido la regla *prior tempore, potior iure* es salvaguardada (consúltase, DESCHENAUX, *op. cit.*, pág. 507, y LIVER, *op. cit.*, pág. 20).

(45) Posibilidad que resulta en el Derecho suizo, por una parte, del hecho de que en caso de extinción de un derecho real de garantía se origina un puesto libre y, de otra parte, del hecho de que el propietario puede constituir un derecho real de garantía de rango preferente a otros anteriormente creados, siempre que su importe no exceda del correspondiente al puesto fijo que pasa a ocupar (*vide*, DESCHENAUX, *op. cit.*, pág. 507, nota 33, y WEBER, *op. cit.*, pág. 40 y sigs.).

(46) Este se crea al propio tiempo que se hace la reserva en favor de un derecho real de garantía futuro. Véase, HOMBERGER/MARTI, *op. loc. cit.*, pág. 6.

(47) Para que un puesto fijo vacío se origine es necesaria en todo caso la cancelación del derecho real de garantía que se extingue y lo ocupaba, el mero derecho del propietario a la cancelación, por ejemplo, por amortización o nulidad del crédito, o por renuncia del acreedor al derecho real, no basta (*vide*, LEEMANN, *op. cit.*, pág. 786).

(48) Así, WEBER, *op. cit.*, pág. 45.

(49) Según WEBER, estas determinaciones excepcionales son extrañas al sistema de puestos fijos y encierran el peligro de hacer ilusoria en la praxis gran parte de las ventajas jurídicas y económicas de dicho sistema (*op. cit.*, pág. 7).

(50) Véase sobre esto, HOMBERGER/MARTI, *op. loc. cit.*, pág. 10; LEEMANN, *op. cit.*, págs. 795 y 823; TUOR/SCHNYDER, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1989, pág. 758, nota 30 y pág. 759; BOSSHARD, *Das Nachrückungsrecht der Grundpfandgläubiger*, Zürich, 1948, pág. 17; SCHNEEBERGER, «Le droit de profiter des cases libres», en *Semaine judiciaire*, 1954, pág. 116; y WEBER, *op. cit.*, pág. 88.

2.^a En la realización de valor del derecho real de garantía, el puesto fijo vacío no es tomado en consideración. A estos efectos los acreedores posteriores avanzan (51) y el remanente del puesto fijo vacío les corresponde a ellos según su rango (art. 815 ZGB) (52). De no haberlo previsto así el legislador, el importe atribuible al puesto fijo vacío correspondería al propietario —pudiendo ser agredido por la masa de acreedores en general— en vez de a los acreedores hipotecarios con preferencia (53).

3.^a Las partes interesadas (el propietario y el acreedor que resultará beneficiado con el avance) (54) pueden acordar (55) la desaparición de un puesto fijo al extinguirse y cancelarse el derecho real de garantía inmobiliaria que lo ocupaba y el consiguiente avance del derecho posterior de esa clase del acreedor que tiene a su favor el derecho de avanzar (*Nachrückungsrecht* o *droit de profiter des cases libres*) (cfr. art. 814 ZGB) (56). Este derecho es de naturaleza personal, pero si tiene acceso al Registro de la Propiedad ello le dota de cierta eficacia real (57).

(51) En este caso y el anterior, el avance tiene lugar *ipso iure* por Ley. Véase, HOMBERGER/MARTI, *op. loc. cit.*, pág. 5.

(52) Consúltase, TUOR/SCHNYDER, *op. cit.*, pág. 759; LEEMANN, *op. cit.*, págs. 794 y 798; SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 116. WEBER, *op. cit.*, pág. 85, y BOSSHARD, *op. cit.*, págs. 16 y 73.

(53) El artículo 815 ZGB viene a decir que cuando un derecho real de garantía se haya constituido con un rango posterior sin que exista uno anterior, o cuando el título de un derecho real de garantía anterior no haya sido utilizado, o un crédito anterior sea de una suma inferior a la inscrita, en caso de realización de valor, el remanente es atribuido a los acreedores inmobiliarios que efectivamente lo sean según su rango, sin consideración a los puestos vacantes.

Como se deduce de su propio contenido, este precepto es aplicable —o lo que es lo mismo, los derechos reales de garantía inmobiliaria pueden avanzar de rango a efectos de participar en el remanente obtenido en la subasta— en los siguientes casos: *a*) cuando existe una reserva de rango o un puesto vacío; *b*) cuando el propietario es titular de un derecho real de garantía del que no ha dispuesto; y *c*) cuando el crédito preferente es de menor importe que el inscrito (*vide*, LEEMANN, *op. cit.*, pág. 799).

(54) Sobre la naturaleza jurídica del *Nachrückungsrecht* dice WEBER que representa una disposición anticipada del propietario sobre un eventual puesto libre a favor de un acreedor posterior. El propietario se obliga, para el caso de cancelación de un derecho real de garantía precedente, a no aprovechar para sí el puesto mejor que devendrá libre, sino a cederlo al acreedor posterior (*op. cit.*, pág. 74). Véase, en este sentido, LEEMANN, *op. cit.*, pág. 790.

(55) En una cláusula del contrato en el que se establezca la garantía real o después de un contrato especial (*vide*, WEBER, *op. cit.*, pág. 73).

(56) Como observa LEEMANN el principio propio del sistema de puestos fijos según el cual con la extinción de una hipoteca preferente las posteriores no avanzan de rango no es Derecho imperativo, sino dispositivo, pues puede ser derogado por acuerdo de las partes, así como por renuncia del propietario al puesto fijo vacante (*op. cit.*, pág. 789).

(57) Cfr. SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 122 y sigs.; WEBER, *op. cit.*, pág. 73; BOSSHARD, *op. cit.*, págs. 29 y 31; LEEMANN, *op. cit.*, págs. 791 y 792; GUHL, *op. loc. cit.*, pág. 36; WIELAND, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zu-

El derecho de avanzar o aprovechar los puestos fijos vacantes comporta, en general, el poder ocupar los que vayan quedando libres, sea cual sea su rango (58). Además se suelen vincular al *Nachrückungsrecht* mejores condiciones y contraprestaciones, tales como una rebaja del tipo de interés (59). Ahora bien, el avance de un derecho real de garantía sólo puede tener lugar en el ámbito y por el importe del puesto que ha quedado libre, a no ser que consientan otra cosa los acreedores afectados.

A pesar de las similitudes existentes entre el sistema romano de avance de puestos y la institución suiza del *Nachrückungsrecht*, presentan diferencias notables. En el sistema romano el avanzar y mejorar de rango es una cualidad inherente a la hipoteca, en cuanto se considera que grava la totalidad del inmueble sobre el que recae. A lo que se debe añadir que el avance se produce automáticamente. En cambio, el derecho de aprovechar los puestos fijos que quedan vacantes propio del ordenamiento jurídico suizo es un derecho personal que los interesados pueden pactar vinculándolo a un derecho real de garantía (60). No es, pues, un elemento o cualidad inherente a los derechos reales de garantía y no opera automáticamente, ya que cuando queda un puesto fijo libre lo que sucede es que el propietario debe cumplir con lo pactado y el beneficiario puede exigir su cumplimiento (61).

El sistema de determinación del rango en el Derecho suizo, igual que sucede en el Derecho alemán, está estrechamente relacionado con los diversos tipos de derechos reales de garantía admitidos y tipificados en él (62). Por

rich, 1909, págs. 329 y 330; y DRUEY, «Das forderungsentkleidete Grundpfand und das Nachrückungsrecht», en *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 60, 1979, págs. 204 y 206.

(58) Pues como observa SCHNEEBERGER, esto se desprende con claridad del texto francés del artículo 814.3 ZGB, y en este sentido debe interpretarse el texto alemán, pues «Nachrücken» no significa aquí «avanzar» sólo un rango, sino también aprovechar una casilla pasando por encima de otro derecho real de garantía. No obstante, las partes pueden determinar convencionalmente cómo se ha de producir el avance (*op. loc. cit.*, págs. 128 a 130).

WEBER (*op. cit.*, pág. 75) y LEEMAN (*op. cit.*, págs. 790 y 791) distinguen tres posibilidades: 1.ª Que el avance se produzca sólo respecto del puesto con el rango inmediatamente anterior; 2.ª El avance sucesivo. El beneficiario puede ir avanzando siempre que quede vacante el puesto precedente con mejor rango, hasta llegar al primer rango, y 3.ª El avance a saltos. El legitimado puede avanzar saltando a los puestos intermedios que vayan quedando vacantes, pasando por delante de los derechos que no estén legitimados para avanzar.

(59) Véase, WEBER, *op. cit.*, pág. 76; y LEEMAN, *op. cit.*, pág. 791.

(60) Sobre el *Nachrückungsrecht* en caso de tratarse de derechos reales de garantía de igual rango, véase AMSTAD, *op. cit.*, págs. 76 y sigs.

(61) Cfr. SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 138.

(62) En el momento de elaborar el Código Civil de 1907 el legislador suizo se encontró con la dificultad de saber si un solo tipo de derecho real de garantía era capaz de cumplir dos funciones, la de garantía y la de movilización del valor del suelo, o si,

ello no está de más aclarar que los derechos reales de garantía en Derecho suizo son la *Grundpfandverschreibung* (*hypothèque, hipoteca*), la *Gült* (*lettre de rente, rendita fondiaria*) y la *Schuldbrief* (*cédule hypothécaire, cartella ipotecaria*). Los tres se han configurado en consideración a las dos funciones básicas que están llamados a desempeñar en el sistema germánico los derechos reales de garantía, la de seguridad o garantía y la de movilización del valor del suelo. Así, mientras la *Grundpfandverschreibung*, que se corresponde con la figura clásica de la hipoteca del sistema romano, sirve al fin esencial de la seguridad, por estar destinada a garantizar un crédito de cuya existencia depende la suya propia, la *Gült*, de ascendencia germánica, existe con independencia de un crédito al que garantizar. Su función estriba básicamente en permitir la movilización del valor del suelo, para lo que se incorpora en un título valor destinado a circular en el tráfico jurídico. El tercer derecho real de garantía tipificado en el Derecho suizo, la *Schuldbrief*, es una figura intermedia entre las otras dos (63). En la medida en que reúne elementos de la *Grundpfandverschreibung* y la *Gült* puede llegar a cumplir las funciones o fines a los que se predestinan éstas (64).

Consecuencia de todo ello es que mientras respecto de la posibilidad de ocupar el puesto vacío en el que estaba una hipoteca, el pacto de avance de puestos no tropieza con grandes dificultades en la práctica, esa misma posibilidad referida a la *Gült* y a la *Schuldbrief*, en la medida en que éstos son derechos reales de garantía destinados a circular en el tráfico jurídico (65), puede ocasionar alguna disfunción en la praxis (66), ya que el Código Civil

por el contrario, se imponía crear alguno más para que fuera factible el cumplimiento de cada una de ellas. Tanto por razones prácticas como por consideraciones históricas, se llegó a la conclusión de que había que separar dos cosas muy diferentes, a saber. un derecho real de garantía cuyo objeto sería simplemente asegurar el reembolso de la deuda, y un derecho real de garantía inmobiliaria que incorporará el valor movilizado del suelo y que sería puesto en circulación. Es así como el Código Civil suizo llegó a consagrar los derechos reales de garantía que se mencionan a continuación en el texto, excluyendo cualesquiera otros (*vide*, PERRET, *op. cit.*, págs. 10 y 11).

(63) *Sic*, TUOR/SCHNYDER, *op. cit.*, pág. 735, y PERRET, *op. cit.*, pág. 58.

(64) Consúltese TUOR/SCHNYDER, *op. cit.*, pág. 734 y sigs.; PERRET, *op. cit.*, págs. 11 y 58 y sigs.; MOOS, *Das Grundpfandrecht des ZGB*, Luzern, 1991, pág. 12 y sigs.; LAREIDA, *Der Schuldbrief aus Wertpapierrechtlicher Sicht*, Zürcher Studien zum Privatrecht, 47, Zurich, 1986, pág. 5 y sigs.; y MOSER, *Die Verpfändung von Grundpfandtiteln*, Zürcher Studien zum Privatrecht, 65, Zürich, 1989, pág. 55 y sigs.

(65) Como observa PERRET, el legislador suizo ha configurado la *Schuldbrief* y la *Gült* como derechos necesariamente incorporados en documentos, esto es, en títulos valores, de tal suerte que el derecho incorporado en el documento pertenece a todo propietario del mismo, como objeto mobiliario. Para dar a estos títulos la máxima movilidad, la Ley autoriza que sean establecidos al portador y también a nombre del propietario, de donde se sigue que éste puede adquirir un título ejercitable contra él mismo y, en caso de necesidad, negociarlo de nuevo (*op. cit.*, pág. 11).

(66) Véase, DRUEY, *op. loc. cit.*, págs. 208 y 209.

suizo prevé expresamente que el propietario puede negociar de nuevo el título de esos dos derechos si vuelve a tener su posesión, lo cual es posible que suceda sin que el acreedor titular del *Nachrückungsrecht* lo sepa (cfr. art. 863.2 ZGB) (67).

Por otra parte, aunque en el Derecho suizo se admite la llamada hipoteca de propietario en cumplimiento de la función de asegurar el rango (68), ésta no es una pieza clave en la construcción del sistema suizo de puestos fijos (69), a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán.

3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA ROMANO Y DEL SISTEMA GERMANICO

No se puede afirmar con rotundidad que un sistema sea mejor que el otro, pues el que un sistema resulte más adecuado o conveniente depende de las circunstancias (de tiempo y lugar) concurrentes en un momento histórico dado. Por ello, a efectos de mejor poder decidir cuál de los dos sistemas resulta más apropiado en nuestro país, es preciso examinar los argumentos a invocar en pro y en contra de cada uno de los sistemas de constante referencia.

3.1. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA ROMANO

El sistema latino de rango variable permite al propietario que tiene necesidad de obtener un crédito y que ofrece como garantía una hipoteca que no es de primer rango, conseguirlo más fácilmente o con mejores condiciones que si rigiera el sistema germánico, porque el nuevo acreedor cuenta con el eventual avance de puestos y consiguiente mejora futura de su situación.

El sistema romano es, además, perfectamente coherente con la responsabilidad reforzada del deudor que comportan los derechos reales de garantía. Piénsese en que en el Derecho alemán, como a raíz de la ejecución forzosa de una hipoteca el propietario que tenga en sus manos una *Eigentümergrunds-*

(67) Véase, SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 148.

(68) Consúltase, WEBER, *op. cit.*, pág. 52.

(69) Según LEEMANN el fin de la reserva de rango puede también conseguirlo el propietario mediante la constitución de una hipoteca de propietario bajo la forma de *Schuldbrief* o de *Gült*, para ello sólo tiene que ser constituido el derecho real de garantía, a diferencia de la mera reserva de rango (*op. cit.*, pág. 783).

Consúltase sobre las diferencias entre la reserva de rango, los puestos fijos vacíos y la hipoteca de propietario en el Derecho suizo, GAUTSCHI, *Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes nach Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Davos, 1928, págs. 156 y 157.

chuld de peor rango tiene derecho a participar en el remanente obtenido en la subasta con preferencia a otros acreedores hipotecarios posteriores, se favorece —en detrimento, por tanto, de éstos— a los acreedores comunes del propietario cuyos créditos no están garantizados con derechos reales de garantía inmobiliaria y que, en consecuencia, no tienen ninguna relación directa con el bien gravado con la hipoteca que se ejecuta, al poder éstos agredir (*ex art. 1.911 del Código Civil*) la parte del remanente que recibió el propietario en igualdad de condiciones que los acreedores hipotecarios posteriores, los cuales sólo podrán reclamar por el crédito sin valerse de la hipoteca (70). En cambio, en el sistema latino, siempre cobrarán con preferencia del remanente de la subasta del inmueble gravado los acreedores hipotecarios, lo cual parece justo por tener éstos una relación directa con el bien hipotecado.

En nuestro país, dada su tradición romanista, la instauración del sistema germánico debería venir acompañada de una reforma profunda del Derecho inmobiliario registral y comportar la creación de nuevos derechos reales de garantía inmobiliaria, pues, de lo contrario, podría causar graves disfunciones difíciles de solucionar, porque admitir la parcelación del valor de un inmueble supone negar la fuerza expansiva de la hipoteca sobre su objeto, lo cual va en contra de su configuración jurídica actual, y porque carece nuestro ordenamiento jurídico de derechos reales de garantía destinados a cumplir la función de movilizar el valor del suelo, no accesorios de un crédito y susceptibles de incorporarse en títulos valores destinados a circular en el tráfico jurídico con normalidad (71), que es lo que en mayor medida justificaría la implantación del sistema germánico.

A lo anterior hay que añadir que la llamada hipoteca de propietario hoy por hoy parece inadmisibles en el ordenamiento jurídico español tal como se regula en el Derecho alemán, por tener la hipoteca en nuestro Derecho carác-

(70) En términos parecidos se pronuncia SANZ FERNÁNDEZ al afirmar: «la regla romana guarda perfecta armonía con las normas aplicables a la responsabilidad personal e ilimitada en caso de créditos personales: de la misma manera que el acreedor personal puede dirigirse libremente contra los bienes que adquiera el deudor después de contraída la obligación, el acreedor hipotecario puede dirigirse, y con más razón teniendo un derecho real sobre la cosa, sobre la parte de ésta que quede libre mediante la extinción de créditos anteriores; de otro modo se daría el contrasentido, aplicando el sistema germano hasta sus últimas consecuencias, de que los acreedores personales podrían dirigirse contra el puesto libre y los hipotecarios no, a menos que lo hicieran exclusivamente por el crédito, sin la hipoteca» (*Instituciones de Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, 1953, pág. 66).

(71) Destaca, no obstante, ALVAREZ-CAPEROCHIPPI, la autonomía formal del rango respecto del crédito que se observa en algunos supuestos en nuestro ordenamiento jurídico (*Curso de derechos reales*, t. II, Madrid, 1987, pág. 142 y sigs.). Véase también, LUESO, «La hipoteca, la deuda territorial y la renta inmobiliaria en Alemania», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1927, pág. 283

ter indivisible, accesorio y producirse su extinción en caso de reunirse en una misma persona las cualidades de acreedor y propietario del inmueble (72).

Tampoco hay que olvidar que en los ordenamientos de raíz latina el sistema de parcelas de valor no se ha practicado (73) ni es conciliable con la doctrina tradicional (74).

En contra del sistema de avance de puestos se ha dicho que la desaparición de una hipoteca produce un enriquecimiento injusto (75) y una ventaja inmerecida en favor de los acreedores cuyas hipotecas mejoran de rango (76), por no haber contribuido éstos al pago del crédito que la hipoteca extinguida garantizaba. Además, el acreedor fija en general las condiciones del préstamo (en particular el tipo de interés) sobre la base de la garantía inmobiliaria, tal como se presenta en el momento de la constitución del derecho real de garantía. Cuando la hipoteca avanza de rango se produce entonces una desproporción entre las condiciones del préstamo que permanecen inalteradas y la garantía inmobiliaria que aumenta y se refuerza. Los acreedores subsiguientes se benefician así de un mejor rango y de un tipo de interés elevado, mientras si el propietario desea concertar un nuevo préstamo se ve obligado a hacerlo en unas condiciones más gravosas y desventajosas para él. También se ha objetado al sistema de rango móvil que es poco práctico porque se grava todo el valor del fundo con una sola hipoteca (77).

3.2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA GERMÁNICO

En pro del sistema germánico se suele alegar que responde mejor a la equidad y a la justicia porque no genera a favor de los acreedores poste-

(72) En el mismo sentido se pronuncia SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 67. A favor de la admisión de la hipoteca de propietario se pronuncia VALLS LLORET, *El rango hipotecario*, Memoria de licenciatura, Barcelona, conclusión undécima.

(73) Aunque parece que en algunos supuestos (aislados) nuestro Derecho acoge el sistema germánico, como son los casos de hipoteca del artículo 113 LH o de las anotaciones de crédito refraccionario, se trata de excepciones de muy difícil generalización y que responden a razones diferentes de las que influyen en la legislación germánica (véase, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 712).

(74) *Sic*, LACRUZ/SANCHO, «Derecho Inmobiliario Registral», en *Elementos de Derecho Civil, III bis*, Barcelona, 1984, pág. 127.

(75) BOLLAIN, puntualiza, que no se trata de un caso rigurosamente técnico de enriquecimiento injusto por no concurrir alguno de los requisitos que se exigen para apreciar esta institución, ya que el desplazamiento patrimonial que se produce es conforme con el Derecho objetivo (*op. loc. cit.*, pág. 167).

(76) Así, VALLS LLORET, *op. cit.*, conclusión novena; BOLLAIN, *op. loc. cit.*, pág. 165; ROCA SASTRE/ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 234; GUILARTE ZAPATERO, *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Barcelona, 1966, págs. 69 y 70.

(77) *Vide*, BOLLAIN, *op. loc. cit.*, pág. 166, y LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 190.

riores una innmerecida ventaja a costa del propietario (78). Ello es así, se dice, porque el propietario que ha pagado un crédito garantizado con un derecho real de garantía de rango preferente —quedando extinguido éste por esa causa— tiene la posibilidad de ofrecer a un nuevo prestamista una garantía segura, al poder disponer del rango del derecho real de garantía extinguido (79). En consecuencia, las condiciones del nuevo préstamo normalmente no serán más onerosas para el propietario que las del anterior, al estar asimismo asegurado con un derecho real de garantía inmobiliaria de igual rango.

También se puede invocar a favor del sistema germánico su idoneidad para hacer posible la movilización del valor del suelo a través de la incorporación de ciertos derechos reales de garantía inmobiliaria —dotados de un determinado rango en función del puesto que ocupan en el Registro de la Propiedad— en títulos susceptibles de circular en el tráfico jurídico, que el propietario puede conservar en sus manos para ofrecer una garantía real inmobiliaria de buen rango cuando necesite ser financiado sin tener que sujetarse a condiciones muy gravosas.

En contra del sistema germánico se ha objetado en nuestro país, básicamente, que probablemente fracasaría en la práctica por lo arraigadísima que está la regla romana del avance de puestos en la vida española, y que conceptualmente es imposible llegar de manera absoluta a la parcelación del valor de un inmueble y negar la fuerza expansiva de la hipoteca, como la de todo derecho real, sobre su objeto (80).

En general se suele decir que el sistema germánico clásico de puestos fijos es técnicamente mucho más perfecto que el romano o latino de rango variable. No obstante, aun en el caso de que se reconozca que ello es así, no debería ser éste el argumento determinante de la adopción de dicho sistema en España, pues, como veremos, esa teórica mayor perfección del sistema germánico no ha tenido como consecuencia en la vida práctica de ciertos países en los que se halla establecido legalmente, como son Alemania y Suiza, la plena acogida que cabía esperar de dicho sistema, tal como pone de manifiesto su evolución.

(78) Piénsese en que, como ya se ha dicho al criticar el sistema de avance de puestos, por el mayor riesgo que corren los acreedores con créditos asegurados por derechos reales de garantía de segundo o ulterior rango, se impone al deudor el pago de un tipo más elevado de interés y, en ocasiones, una obligación de amortización anticipada, por lo que no se justifica que sin más, automáticamente, un derecho de rango inferior se beneficie de un mejor rango manteniéndose inalteradas las condiciones inicialmente pactadas (así, RIEMER, *op. cit.*, pág. 107).

(79) Véase, ROCA SASTRE/ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 234 y sigs.

(80) Así, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 65 y 67. En contra se pronuncia BOLLAIN, *op. loc. cit.*, págs. 237 y sigs., y 315.

4. EVOLUCION DEL SISTEMA GERMANICO EN EL DERECHO ALEMAN Y EN EL DERECHO SUIZO

A pesar de que con la instauración del sistema germánico en Alemania y en Suiza el legislador de esos países pretendió que se olvidara el sistema romano o latino de avance de puestos con la idea de eliminar los inconvenientes que del mismo se suelen predicar, lo cierto es que la evolución de sus respectivos Derechos ha ido por otros derroteros, siendo ello un claro exponente de que quizá responde mejor, en general, a las exigencias de la vida práctica el sistema de rango variable o móvil. Mas, antes de precipitarme formulando conclusiones en un determinado sentido, parece oportuno y conveniente analizar la evolución experimentada por el Derecho alemán y por el Derecho suizo, así como su situación actual, sobre el aspecto que tratamos.

4.1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ALEMÁN

Como ya sabemos, en el Derecho alemán la llamada hipoteca de propietario impide la puesta en práctica del principio de rango móvil o de avance de puestos de los derechos reales de garantía inmobiliaria. No obstante, también en Alemania los acreedores de créditos garantizados con derechos de esa clase tienen interés en que éstos mejoren de rango por lo que hemos visto ello supone. Esto se ha evidenciado que es así hasta tal punto en Alemania, que se ha llegado a reconocer legalmente este interés de los acreedores en el avance de puestos de sus derechos reales de garantía inmobiliaria en el § 1179 a) BGB, según la versión dada al mismo por una ley de 22 de junio de 1977 (*Gesetz zur Änderung sachenrechtlicher, grundbuchrechtlicher und anderer Vorschriften*), que entró en vigor el 1 de enero de 1978.

Ahora bien, para comprender el porqué de la aparición de esta ley resulta inevitable conocer cuál fue la situación jurídica existente hasta el 31 de diciembre de 1977 en Alemania.

A finales del siglo pasado los derechos reales de garantía inmobiliaria de primer rango fueron constituidos, por regla general, a favor de instituciones de crédito de carácter público, mientras el segundo rango frecuentemente fue ocupado por derechos reales de garantía inmobiliaria constituidos a favor de prestamistas privados y especuladores que a cambio exigían unos elevados intereses y esperaban, en última instancia, hacerse dueños del inmueble en el momento de la realización forzosa de valor. Con la institución de la *Eigentümergrundschuld* el legislador impedía su inmerecido avance, por lo que a los interesados quedaba confiado el producirlo negocialmente (81). Para ello

(81) Consúltase SCHAPP, «Die Reform des Rechts der Löschungsvormerkung und das System des Grundpfandrechts», *Juristische Schulung*, 1979, pág. 545, y *Sachenrecht*, cit., pág. 257.

era necesario que los acreedores con garantía real inmobiliaria posteriores y el propietario del inmueble gravado acordaran que éste quedaba obligado a cancelar un derecho real de garantía de rango preferente en cuanto lo adquiriera bajo la forma de *Eigentümergrundschild*, tras producirse el fenómeno de la consolidación entre el dominio y el derecho real de garantía en cuestión. Este derecho a la cancelación de los acreedores posteriores podía asegurarse mediante anotación preventiva y fue, en general, designado como *Löschungsanspruch* (derecho de cancelación) y la anotación correspondiente como *Löschungsvormerkung* (anotación preventiva de cancelación) (82).

Tras la Primera Guerra Mundial la financiación de la construcción fue el centro de atención de los negocios hipotecarios. Las instituciones de crédito públicas y los Bancos concedieron entonces también préstamos asegurados con derechos reales de garantía inmobiliaria de segundo o ulterior rango, a los que se imponía un tipo de interés poco más elevado que a los asegurados con derechos de garantía de primer rango. En esta coyuntura no existía una causa decisiva para excluir el avance de puestos de los acreedores subsiguientes. El derecho de cancelación y su anotación se acordaron entonces como cláusula de estilo en los contratos constitutivos de derechos reales de garantía inmobiliaria y devinieron la regla general (83). En el momento de la reforma fueron inscritas en el 99 por 100 de los casos anotaciones de cancelación (84).

A consecuencia de ello el procedimiento de inscripción resultaba extraordinariamente entorpecido y dificultado, pues eran muchos los detalles que debían constatarse y grandes los costes derivados de ello, causados sobre todo por la necesidad de inscribir la anotación de cancelación en los derechos de rango preferente (85). La reforma de 1 de enero de 1978 tuvo exclusivamente el fin de simplificar este procedimiento (86).

(82) Véase, sobre la anterior regulación, SCHMIDT, «Rangrücktritt des von einer Löschungsvormerkung betroffenen Rechts hinter das Zwischenrecht des Vormerkungsberechtigten!», en *Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariat in Baden - Württemberg*, 1968, págs. 277 y sigs; y VOIGT, «Rangrücktritt und Löschungsvormerkung», en *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern*, 1912, pág. 412 y sigs.

(83) Como observa KOLLHOSSER, lo que legalmente fue pensado como excepción devino la regla general en la práctica [«Die neuen gesetzlichen Lösungsansprüche» (§§ 1179 a), b), 1192 BGB), *Juristische Arbeitsblätter*, 1979, pág. 176].

(84) Véase, SCHAPP, *Sachenrecht*, cit., pág. 257; y «Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 545.

(85) Esto resultó especialmente complejo y caro en el caso de las *Briefhypothek* y las *Briefgrundschild*, porque los titulares de estos derechos reales que eran preferentes tenían que remitir la *Brief* (cédula) al Registrador, para que éste hiciera constar en ella la anotación y se la devolviera después (Vide, SCHAPP, *Sachenrecht*, cit., pág. 258; y «Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 546; WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 167; KOLLHOSSER, *op. loc. ult. cit.*, pág. 176; y KISSEL, «Änderung sachen- und grundbuchrechtlicher Vorschriften», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, págs. 1760 y 1762).

(86) Como señalan SCHWAB y PRUTTING, con esta nueva regulación debían ser descongestionados los Registros de la Propiedad, pues la inscripción de anotaciones preven-

El legislador acometió dicho fin en el § 1179 a) BGB (ex §§ 1192 y 1196 BGB aplicable también a la *Grundschild*) (87). Según el § 1179 a) I 1 BGB corresponde legalmente el derecho de cancelación (88), que hasta entonces sólo tenía fundamento negocial, al acreedor titular de hipoteca de rango ulterior contra el propietario (89). Ha devenido, pues, contenido legal de las hipotecas (90). El § 1179 a) I 3 BGB determina que el derecho de cancelación es asegurado igual que si hubiera sido inscrita al constituirse la hipoteca una anotación preventiva en el Registro. El derecho legal de los acreedores hipotecarios es así asegurado por una anotación preventiva fingida legalmente (91). Como la anotación no precisa un sustrato negocial, tampoco es necesaria su inscripción (92). El fin perseguido por la reforma es así logrado. Las condiciones generales de la contratación y también las estipulaciones contractuales individuales sobre el *Löschungsanspruch*, que antes se solían plasmar en los contratos relativos a hipotecas, rigen en la actualidad por Ley sin necesidad de acuerdos contractuales.

tivas de cancelación a favor de acreedores hipotecarios había devenido la regla (*op. cit.*, pág. 302). Véase también, KOLLHOSSER, *op. loc. ult. cit.*, pág. 176; SCHAPP, «Die Reform..», *loc. cit.*, pág. 546; WESTERMANN, *op. cit.*, págs. 166 y 167; GERHARD, *op. cit.*, pág. 103. KONZEN, *Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 6, 1990, pág. 1469; KISSEL, *op. loc. cit.*, pág. 1760; y REITHMANN, «Die Grundpfandrechte in der Rechtswirklichkeit», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pág. 661 y sigs.

(87) Sobre la constitucionalidad de la regulación contenida en la Ley de 22 de junio de 1977 (*Gesetz zur Änderung sachenrechtlicher, grundbuchrechtlicher und anderer Vorschriften*), que entró en vigor el 1 de enero de 1978, por lo que hace a los §§ 1179 a) I y 1196 III BGB, véase la Sentencia del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) de 22-1-1987, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pág. 2078 y sigs.

(88) Existen, sin embargo, ciertos supuestos en los que la cancelación no puede ser exigida, consúltese sobre esto, WOLF, *Sachenrecht*, München, 1989, pág. 325; EICKMANN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1986, pág. 1692; y KONZEN, *op. loc. cit.*, pág. 1473. Es interesante la justificación que da KOLLHOSSER de algunos de estos supuestos, en *op. loc. ult. cit.*, pág. 179 y sigs.

(89) Consúltese, KOLLHOSSER, *op. loc. ult. cit.*, pág. 178.

(90) Véase, SCHAPP, *Sachenrecht*, cit., pág. 258; y «Die Reform..», *loc. cit.*, pág. 546; WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 167; KONZEN, *op. loc. cit.*, págs. 1469 y 1470; WOLF, *op. cit.*, pág. 325; y EICKMANN, *op. loc. ult. cit.*, págs. 1689 y 1690.

(91) Consúltese SCHAPP, *Sachenrecht*, cit., pág. 258; y «Die Reform..», *loc. cit.*, pág. 545; WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 167; y SCHWAB/PRUTTING, *op. cit.*, pág. 302.

(92) No sucede lo mismo cuando se trata de derechos reales limitados distintos de los de garantía. Los titulares de otros derechos (de usufructo, de servidumbre, etc.) pueden pactar con el propietario, que éste, en caso de producirse una consolidación entre un derecho real de garantía y la propiedad, se obliga a cancelar la *Eigentümergrundschild* que se origina a su favor. Pueden asegurar este derecho de cancelación de origen convencional mediante una anotación preventiva conforme al § 1179 BGB (consúltese, SCHWAB/PRUTTING, *op. cit.*, pág. 301; BASSENGER, *op. loc. cit.*, pág. 1264; MULLER, *op. cit.*, pág. 463; KONZEN, *op. loc. cit.*, pág. 1466 y sigs.; y WOLF, *op. cit.*, pág. 326).

En el § 1179 a) II 1 BGB la Ley confía ahora a los partícipes excluir el derecho de cancelación legal mediante negocio jurídico, con carácter general o para casos concretos (93). Esta exclusión representa en la actualidad un cambio negocial del contenido legal de la hipoteca (94).

Piénsese en que el interés de los acreedores legitimados para ejercitar el *Löschungsanspruch* reside sobre todo en ser satisfechos con preferencia (frente al propietario titular de la *Eigentümergrundschuld*) con el precio que se obtenga en la ejecución de la finca hipotecada. Si el propietario no consiente su ejercicio, al acreedor favorecido con dicho derecho se le reconoce legitimación para interponer una acción (95).

La aludida reforma de 1 de enero de 1978 (96) sugiere la cuestión de por qué el legislador no ha renunciado a la institución de la *Eigentümergrundschuld*, ya que si bien es cierto que el principio del rango móvil fue eliminado por esta figura jurídica, no lo es menos que el *Löschungsanspruch*, como contenido legal de la hipoteca junto con la fingida anotación del mismo, supone ahora la supresión de la *Eigentümergrundschuld* y pone de nuevo en vigor el sistema del rango móvil (97). Pues bien, la *Eigentümergrundschuld* es útil todavía tras la reforma para una serie de casos prácticos significativos. Sirve para la llamada financiación intermedia (98) y para salvaguardar el rango en ciertos supuestos (99). Además, con la supresión de la *Eigentümergrundschuld* la regulación de la *Grundschuld* hubiera precisado una modificación. Junto a estos motivos prácticos, contra una total eliminación de la *Eigentümergrundschuld*, se pronuncian también motivos de sistemática jurí-

(93) Vide, WOLF, *op. cit.*, pág. 326; KOLLHOSSER, *op. loc. ult. cit.*, pág. 182; y EICKMANN, *op. loc. ult. cit.*, pág. 1696.

Es interesante sobre la exclusión del *Löschungsanspruch* la Sentencia del OLG de Düsseldorf de 8-2-1988 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, págs. 1798 y 1799).

(94) Véase, sobre todo esto, SCHAPP, *op. cit.*, pág. 258; y WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 168.

(95) Véase, KONZEN, *op. loc. cit.*, pág. 1475.

(96) Sobre los problemas que plantea la nueva regulación, consúltese, KOLLHOSSER, «Neue Probleme bei Abtretung und Verpfändung von Grundschulden», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1979, pág. 232 y sigs.

En particular, sobre cuestiones de derecho transitorio, véase, BRYCH/MEINHARD, «Der gesetzliche Lösungsanspruch bei Rangrücktritt von Altrecht», en *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*, 1978, pág. 138 y sigs.

(97) Véase, SCHAPP, *op. cit.*, pág. 260; WEIRICH, *op. loc. cit.*, pág. 341; y HOFMEISTER, *op. loc. cit.*, pág. 150.

(98) Véase sobre esta función de la *Eigentümergrundschuld*, WINKLER, «Die Zwischenfinanzierung durch Abtretung vorläufiger Eigentümergrundschulden», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, pág. 414 y sigs.

(99) Así, según WEIRICH, la *Eigentümergrundschuld* es en algunos casos más práctica que la reserva de rango, pues: es independiente de la constitución de un derecho gravado con la reserva; es transmisible; y no puede originar ningún problema por relaciones de rango relativas (*op. loc. cit.*, pág. 347).

dica, porque esta institución garantiza la construcción unitaria de fenómenos jurídicos muy distintos y asegura con ello el orden y la claridad del conjunto del ordenamiento jurídico (100). A todo lo anterior se debe añadir que la exclusión del *Löschungsanspruch*, que, en su caso, tiene lugar ahora negocialmente, establece de nuevo la función clásica de la *Eigentümergrundschuld*, la cual a la vez deroga el principio del rango móvil (101).

4.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO SUIZO

Hasta el momento de la entrada en vigor del Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907, la regulación del Derecho inmobiliario registral sobre el tema que tratamos en los distintos Códigos cantonales era diferente. Así, mientras ciertos cantones habían adoptado una reglamentación análoga a la del Código Civil alemán, otros (en especial los de la Suiza occidental) tenían una normativa que más bien respondía a las directrices del sistema romano (102).

Al elaborarse el *Zivilgesetzbuch* de 1907, el legislador suizo ante el dilema de tener que decidirse entre el sistema germánico o el latino de determinación del rango, optó por el primero, fundamentalmente porque en él, además de la función de seguridad, también cumplen los derechos reales de garantía la función de movilizar el valor del suelo y pueden incorporarse en títulos valores para circular en el tráfico jurídico (103).

A pesar de que la intención del legislador fue instaurar el sistema de puestos fijos admitiendo solamente la posibilidad de pactar el *Nachrückungsrecht* con carácter excepcional (104), pronto se extendió en la práctica la

(100) Según SCHAPP, el legislador hizo bien cuando con ocasión del fin limitado por él perseguido de simplificar el procedimiento registral, no asumió la difícil tarea de concebir nuevamente toda la normativa sobre hipoteca y *Grundschuld* (*op. cit.*, pág. 260). Véase también de este autor, «Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 546.

(101) Así, SCHAPP, *op. cit.*, págs. 260 y 261.

(102) Vide, BOSSHARD, *op. cit.*, pág. 1; SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 114; y WIELAND, *op. cit.*, pág. 326.

(103) Consúltase, sobre esto, BOSSHARD, *op. cit.*, págs. 4 y 5.

Según WIELAND, la nueva legislación (la actual) abandonó también el sistema de avance de puestos por la injusticia que suponía que el acreedor posterior se beneficiara del avance de puestos, siendo ésta una ventaja a la que no tenía derecho, por haber ya impuesto al concertar el crédito unas condiciones más duras (intereses más elevados, penas convencionales, etc.) por el mayor riesgo que comporta el tener el crédito asegurado con un derecho real de garantía de segundo o ulterior rango (*op. cit.*, pág. 326).

(104) Según BOSSHARD, con las excepciones al principio de puestos fijos no sólo se trataba de hacer una concesión a los cantones del oeste de Suiza —en donde predominó el sistema de avance de puestos antes de la entrada en vigor del Código Civil suizo de 1907— adoptando una solución transaccional, porque en el ámbito de la regulación ge-

costumbre de incluir en los contratos constitutivos de derechos reales de garantía inmobiliaria, de forma constante y reiterada, una cláusula preveyendo dicho derecho a avanzar de puestos (105). En la actualidad ha devenido condición general de los contratos que se suscriben con los Bancos (106).

Se critica a esta generalización de la cláusula del *Nachrückungsrecht* que desde el punto de vista de la llevanza del Registro de la Propiedad ello ha supuesto una pérdida de claridad y ha comportado importantes complicaciones, razón por la cual resulta muy inoportuna e indeseable (107).

5. CONCLUSION

En la determinación del rango hipotecario cabe distinguir, a mi modo de ver, dos aspectos.

El aspecto que podríamos llamar estático es el relativo al criterio determinante del rango. En nuestro ordenamiento jurídico, este criterio, como es conocido, es el de la prioridad temporal, esto es, la fecha de inscripción de los derechos en el Registro de la Propiedad (vgr., la que consta en el asiento de presentación) (108).

El otro aspecto del rango, el dinámico, es el atinente a la posibilidad de alterarlo. Su alteración puede producirse, bien por ministerio de la Ley, de tal suerte que al extinguirse un derecho real inscrito, la Ley ordena el avance de los siguientes, o bien por la voluntad de los interesados que acuerdan su modificación.

En este trabajo objeto de estudio es el aspecto dinámico del rango, en concreto, su alteración por ministerio de la Ley. Tras ver los sistemas de determi-

neral suiza de los derechos reales de garantía, en consideración a especiales circunstancias, parece equitativo y justo conceder en ciertas ocasiones el derecho a avanzar de puestos (*op. cit.*, pág. 6).

(105) Consúltase, TUOR/SCHNYDER, *op. cit.*, pág. 758; WEBER, *op. cit.*, pág. 73; LEE-MANN, *op. cit.*, pág. 799; y GUHL, *op. cit.*, pág. 35.

Según BOSSHARD, como no pone la Ley ninguna limitación a los motivos para establecer una cláusula de avance de puestos existe el riesgo de que por una exagerada aplicación de dicha cláusula la regulación fundamental devenga ilusoria, como parece ser el caso de la realidad, lo que ha dado lugar a múltiples críticas justificadas (*op. cit.*, pág. 19).

(106) Vide SIMONIUS/SUTTER, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, Band II, Basel, 1990, pág. 178; AMSTAD, *op. cit.*, pág. 8; BOSSHARD, *op. cit.*, pág. 75; y WEBER, *op. cit.*, pág. 73.

Dice BOSSHARD que muchas instituciones crediticias no dan ningún crédito asegurado con una segunda hipoteca sin que el derecho a avanzar de puestos sea previsto, con el fin de garantizar sus intereses con todos los medios a su alcance (*op. cit.*, pág. 19).

(107) Véase, LEE-MANN, *op. cit.*, pág. 790; BOSSHARD, *op. cit.*, pág. 19, y GUHL, *op. cit.*, pág. 35.

(108) Consúltase, sobre esto, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 615 y 618

nación del rango, los argumentos esgrimibles a favor y en contra de cada uno de ellos y la evolución del sistema germánico en el Derecho alemán y en el suizo, ha lugar ahora a tomar posición sobre si conviene seguir manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico el sistema romano o latino de ordenación variable del rango, que ha regido tradicionalmente en nuestro país, o si, por el contrario, mejor sería acoger el sistema germánico clásico de rango fijo.

En trance de decidir esta cuestión habrán de tenerse en cuenta no sólo las razones teóricas que pueden abogar en pro de cada uno de los sistemas examinados, sino también las razones prácticas que juegan a favor de uno y otro sistema, pues no en vano, a la hora de valorar la vigencia real y utilidad de una regulación o sistema, es su aplicación en la vida práctica y su evolución lo que más ha de pesar, ya que el Derecho está llamado a resolver conflictos de intereses reales.

A favor del sistema germánico se pronuncian, como hemos visto, los poderosos argumentos de ser más avanzado —al procurar la movilización del valor del suelo y el libre tráfico de los títulos en los que se incorporan derechos reales de garantía inmobiliaria— y teóricamente más perfecto, justo y equitativo en cuanto evita un supuesto enriquecimiento injusto de los acreedores titulares de derechos reales de garantía de rango posterior al que se extingue y hace posible que el propietario consiga nuevos créditos en óptimas condiciones (109).

A estos argumentos cabe oponer que en nuestro ordenamiento jurídico se sigue asignando a los derechos reales de garantía inmobiliaria la clásica función de asegurar la efectividad de un crédito sin que, al menos por el momento, se sienta la necesidad de atribuirles la función de movilizar el valor del suelo, de crear derechos reales de garantía nuevos o de introducir el sistema germánico (110). La admisión de todo esto pienso que vendría a complicar

(109) Recuérdese que fueron básicamente estas consideraciones las que motivaron que el legislador suizo se decantase por el sistema germánico, en el momento de elaborar el Código Civil suizo (*vide, supra*, el epígrafe 4.2.).

(110) En el Anteproyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de don José María de Porciles y Colomer se intentó implantar en España el sistema de puestos fijos. En él se establecía: «La preferencia excluyente o de mejor rango entre derechos de posible registración sobre una misma finca o derecho se determinará por la prioridad de su ingreso en el Registro, cualquiera que fuere la fecha de su constitución. Consignado un derecho en el Registro, no podrá tomarse razón de ningún otro que se le oponga o resulte incompatible mientras aquél no se cancele. El rango hipotecario de los derechos reales de posible concurrencia sobre una misma finca o derecho tendrá la consideración de valor patrimonial negociable, con las limitaciones establecidas en esta Ley. La fecha del asiento determinará el rango hipotecario, sin que la cancelación de los derechos anteriores o su adquisición por el titular de la finca o derecho permita a los posteriores ocupar el puesto libre, salvo lo dispuesto en la presente Ley.. El puesto libre en virtud de una cancelación parcial será de rango inmediato inferior de la parte de hipoteca o derecho real que quede

enormemente nuestro sistema jurídico inmobiliario (111) y que podría resultar muy perturbador, no sólo porque entraría en contradicción con principios vigentes en el Derecho español como son el carácter accesorio de los derechos reales de garantía y los de confusión y consolidación (112) (lo que haría

subsistente. Los rangos pueden ser objeto de modificaciones, cesiones o cambios, mediante el consentimiento de sus respectivos titulares. El del dueño del inmueble o derecho sobre que recaigan aquéllos, y el de los titulares de rangos intermedios, sólo serán necesarios cuando puedan resultar perjudicados. El pacto por el que se reconozca a los titulares de rangos posteriores el derecho a ocupar los puestos preferentes que queden libres, será válido siempre que el crédito posterior no sea más oneroso que el anterior, o si lo fuere, se conviniere su reducción desde el momento del avance de rango. El titular registral, al contratar un gravamen hipotecario o su derecho de posible concurrencia, podrá reservarse un rango preferente de cuantía determinada. Asimismo podrá disponer de los puestos que hubieren quedado libres... Las reservas de rango se extinguirán totalmente cuando se cancelen todas las cargas y gravámenes posteriores y siempre que las fincas o derechos que recaigan fuesen enajenados para hacer efectivo algún crédito inscrito o anotado. En este caso se producirá un avance legal de puesto» (vide, *Leyes hipotecarias y registrales de España*, t. III, Madrid, 1990, págs. 7 y 10)

Este sistema diseñado en el mencionado Anteproyecto no prosperó. Las razones se entrevén en el Preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma de la Ley Hipotecaria, cuando se justifica (reproduciendo lo que ya figuraba en el Proyecto de Ley) la inadmisión de la hipoteca de propietario y de la deuda territorial (*Grundschuld*) —estrechamente vinculadas con el sistema germánico en su versión alemana— con las siguientes palabras: «La hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *nemini res sua servit* y del tradicional carácter accesorio de nuestra hipoteca. Esta forma de garantía no goza hoy del predicamento que en pasadas fechas obtuvo. Conforme arguyen los mismos tratadistas de los países que le dan acogida, se trata de una modalidad hipotecaria extremadamente compleja que, a una gran discrepancia teórica, ha sumado múltiples dificultades prácticas. Tampoco se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial. Por su carácter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución del patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente. No obstante, se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad ésta muy destacada en la deuda territorial, digna, además, de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejorada la situación del deudor, sin quebrantar ninguno de sus posibles acreedores» (vide, *Leyes hipotecarias y registrales de España*, cit., págs. 35 y 251).

(111) Téngase en cuenta, además, que la gran complejidad del sistema germánico se pone de manifiesto por el hecho de que la regulación del aspecto dinámico del rango de los derechos reales de garantía es distinta de la del resto de derechos reales limitados, y que hay que coordinar ambas. Así, por ejemplo, sobre la coordinación de una y otra regulación, cuando concurren derechos reales de garantía con otro tipo de derechos reales limitados en el Derecho suizo, dice PIOTET, que los puestos fijos (estén libres u ocupados por derechos reales de garantía) se rigen por las reglas generales en sus relaciones recíprocas y en sus relaciones con las servidumbres y las cargas inmobiliarias, en particular avanzan de rango cuando una servidumbre o una carga inmobiliaria anterior se extingue o cuando un puesto fijo (libre u ocupado) que les precede es suprimido (*Traité de Droit Privé Suisse*, t. V, 3, Fribourg, 1978, pág. 16; y *Schweizerisches Privatrecht*, cit., pág. 532).

(112) Piénsese en que como consecuencia del proceso de movilización del valor del suelo, al circular los títulos en los que se incorporan derechos reales de garantía, como

inevitable acometer una profunda reforma del mismo), sino también por caer los operadores jurídicos en nuestro país de experiencia sobre la dinámica y funcionamiento del sistema germánico y por no existir una demanda generalizada por su parte en ese sentido (113).

De otro lado, no me parece que el sistema de avance de puestos genere el reprochable enriquecimiento injusto que se le suele objetar, porque si bien es cierto que los acreedores fijan normalmente unas condiciones más gravosas para las segundas y ulteriores hipotecas que para las primeras, no lo es menos que, seguramente, las condiciones serían mucho más gravosas o provocarían incluso la desaparición de las segundas hipotecas del tráfico jurídico, de no contar los acreedores con el eventual avance de puestos (114) y consiguiente mejora de rango de sus derechos (115).

Además, pienso que es más justo que sean los acreedores hipotecarios quienes tengan preferencia para cobrar sobre el bien hipotecado frente al propietario y frente a los acreedores comunes de éste. Frente al propietario porque éste responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (cfr. art. 1.911 del Código Civil), y frente a sus acreedores comunes por la relación directa que une a los acreedores hipotecarios con el bien gravado, de la que aquéllos carecen. Así lo ha venido a reconocer el propio legislador suizo (que, recuérdese, eligió el sistema de puestos fijos) (116) en la medida en que, como vimos, resuelve este conflicto de intereses a favor de los acreedores hipotecarios cuando tiene lugar la realización de valor, ya que en ese momento decisivo los puestos que están vacantes o libres (hasta enton-

cosas muebles, podría darse el caso de que el propietario y deudor del inmueble adquiriera él mismo el título que representa parte del valor de su inmueble, deviniendo entonces acreedor y deudor a la vez y titular de un derecho real limitado sobre su propia cosa. Sobre esto es interesante la Exposición de motivos del Código Civil suizo, donde el legislador habla con detalle de la función de movilización del valor del suelo (consúltase, PERRET, *op. cit.*, pág. 61 y sigs.)

(113) Sobre la función de movilización del valor del suelo y toda la problemática que comporta son muy expresivas las siguientes palabras de PERRET: «Esta práctica, conocida en Alemania y en la Suiza oriental, plantea cuestiones jurídicas muy difíciles. Ha suscitado vivas e innumerables controversias, tanto en Alemania como en Suiza, y ha dado lugar a una abundante jurisprudencia del Tribunal Federal. Numerosas “construcciones” han sido propuestas, tropezando todas ellas con axiomas del Derecho romano. ¿Cómo conciliar, en efecto, el establecimiento de un crédito contra uno mismo con el principio de confusión de los derechos personales?, ¿y la creación de un derecho real de garantía sobre la propia cosa con el principio de consolidación de los derechos reales? ¿No es acaso esencial en los derechos reales limitados ser *jura in re aliena*?» (*op. cit.*, pág. 12).

(114) En este sentido es interesante destacar que cuando se pacta el *Nachrückungsrecht* en el Derecho suizo, esto suele venir acompañado de una mejora de las condiciones del préstamo (*vide supra*, el epígrafe 2.2.2.).

(115) En sentido parecido se pronuncia GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 715.

(116) *Vide supra*, el apartado 4.2.

ces, pues, a disposición del propietario) no son tenidos en cuenta, por lo que, en consecuencia, los derechos reales de garantía inmobiliaria de rango ulterior avanzan y mejoran de rango, sin que al propietario, por los puestos fijos vacantes, se le asigne nada (susceptible de ser agredido por sus acreedores comunes) con preferencia a sus acreedores hipotecarios (117).

En este contexto no se puede olvidar que el conflicto de intereses que con los sistemas de determinación del rango se intenta resolver, se plantea entre el propietario y los acreedores titulares de hipotecas posteriores a la preferente que desaparece. Si se soluciona este conflicto, dando prevalencia al interés del propietario, la desaparición de un derecho real de garantía inmobiliaria ha de provocar que el valor económico y jurídico del rango, que este derecho ostentaba, revierta al propietario, mientras en el caso contrario, de ese valor han de aprovecharse los otros acreedores hipotecarios sucesivos.

La evolución de los Derechos alemán y suizo demuestra que en la vida real y práctica dicho conflicto de intereses se resuelve a favor de quien está en mejor situación para imponer sus condiciones, esto es, a favor de los acreedores, que sólo están dispuestos a conceder créditos si sus intereses se encuentran convenientemente salvaguardados, mediante la estipulación de una serie de garantías y condiciones entre las que se halla, cuando se constituyen hipotecas, la expectativa de avanzar de puesto en el caso de desaparecer un derecho real de garantía inmobiliaria de rango preferente. Frente a los acreedores que intentan por todos los medios preservar sus intereses, el propietario necesitado de dinero, incluso en los países en que está vigente el sistema germánico, no tiene más remedio que doblegarse a las exigencias de aquéllos permitiendo el avance y mejora de rango de los derechos reales de garantía inmobiliaria, cuando haya lugar a ello. Esto es así hasta el punto de que, como hemos visto, en Alemania ese interés de los acreedores en avanzar de puestos y mejorar de rango ha encontrado reflejo legal en el § 1179 a) BGB (118), mientras en Suiza el sistema de puestos fijos que el legislador concibió como regla general, está deviniendo la excepción en la práctica, por ser frecuente pactar el avance de puestos.

A todo lo anterior hay que añadir que las deficiencias del sistema español pueden ser corregidas mediante la negociación del rango, admitida por la doctrina española con fundamento, básicamente, en los siguientes preceptos: en el artículo 1.255 del Código Civil, en el que se consagra el principio de

(117) Gráficamente se ha dicho que el sistema de puestos fijos tiene significación al principio, en el momento de constituirse los derechos reales de garantía, mientras al final, al proceder a la realización de valor, prevalece el sistema contrario de avance de puestos (así, TUOR/SCHNYDER, *op cit*, pág. 759).

(118) Como pone de relieve SCHAPP, el legislador con la reforma no entró a valorar intereses sino que se limitó a aceptar la situación que en la praxis se había formado («Die Reform..», *loc cit.*, pág 546). Véase también REITHMANN, *op. loc. cit.*, pág 663).

autonomía de la voluntad; en los artículos 24 y 25 LH, de los que resulta que el principio de prioridad resultante de los mismos no implica una coactividad tal que impida a los interesados modificar el rango de común acuerdo; y en el artículo 241 RH, en el que se contempla la posposición de rango. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo también han admitido en reiteradas ocasiones la negociabilidad del rango (119).

La admisión de la negociabilidad del rango, como observa GARCÍA GARCÍA, flexibiliza el sistema y permite llegar en ocasiones a situaciones similares a las del Derecho alemán, aunque no sean del todo coincidentes (120), por lo que parece innecesario e incluso inoportuno cambiar el sistema romano o latino, muy arraigado en la vida jurídica de nuestro país, por el germánico, prácticamente desconocido aquí y de gran complejidad.

M.^a CORONA QUESADA GONZÁLEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona

(119) Véase, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 715; VALLS LLORET, *op. cit.*, epígrafe 3 del capítulo IV; LACRUZ, *Lecciones*, cit., pág. 191; LACRUZ/SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit., pág. 155; CHICO Y ORTIZ, «El principio de la autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, pág. 76; y DE LA RICA Y ARENAL, «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario. Innovaciones», en *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, t. I, Madrid, 1976, pág. 426.

(120) *Op. cit.*, pág. 715.

Hacia un concepto de explotación agrícola (marginales a Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias)

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. LA GRAMATICA, EL CODIGO CIVIL Y EL DERECHO DE COLONIZACION.—2. DEL DERECHO DE COLONIZACION A LA «LOGICA DEL MERCADO».—3. EXPLOTACION AGRICOLA Y MATEMATICAS EMPRESARIALES.—4. LA PERSPECTIVA DE LA NUEVA ORIENTACION DE LA POLITICA AGRARIA COMO CRITERIO PARA FUNDAR LA ESPECIALIDAD.

INTRODUCCION

Los conceptos que utiliza el «Derecho económico», en cuanto conceptos instrumentales de su actuación son, a diferencia de sus fundamentos, conceptos cambiantes, como exige la necesidad de su permanente adaptación a la realidad social, y a la propia coyuntura económica. Lo que implica una indudable connotación finalista, cuando así lo requieren las exigencias de la «política del Derecho», necesitada en todo momento de «racionalidad» y de «oportunidad», pues ninguna otra soporta peor, con tanta visibilidad, las incapacidades o la demagogia del legislador. Estas exigencias, ahora, en nuestro ámbito, vienen presididas por la «lógica del mercado» impuesta por la PAC.

Para darse cuenta de ello, basta ver la evolución legislativa desde aquella famosa Ley de 14 de abril de 1962, de *explotaciones agrarias familiares* que en los albores de la gestación de la «ordenación rural», trata de transplantar los modelos de la «colonización» al desarrollo de la agricultura, en general (1),

(1) En aquel tiempo, toda reforma legislativa agraria era recibida por la comunidad jurídica, en principio, con optimismo; una vez estudiada, producía siempre una cierta desilusión. Esto sucedió con la regulación de referencia, a la que, en la Cátedra de mi

fruto del despotismo tecnocrático de la época, en un momento en que, precisamente, está a punto de cambiar el signo de la legislación agraria (2), hasta la reciente Ley 19/1995, de 4 de julio, de *modernización de explotaciones agrarias* y a su desarrollo reglamentario posterior (3). Esta evolución legislativa, sin olvidar la pintoresca Ley de 24 de diciembre de 1981, del *Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores* (4), derogada por la anterior, pone de relieve que esta materia, saliendo del Derecho de la reforma agraria, ha pasado del ámbito del «Derecho social» al propio del «Derecho económico», aunque todavía se manifiestan en la regulación algunos vestigios del primero.

Esta transformación, o mutación, es muy importante, como tendremos ocasión de ver, pero todavía no es suficiente desde el punto de vista del Derecho agrario. Hace veinte años que he defendido que el Derecho agrario que empezó siendo «Derecho social», ha dejado de serlo, para integrarse en

maestro, don Ignacio Serrano y Serrano, dedicamos un interesante seminario a lo largo de cuatro o cinco meses, del que yo fui ponente. De todos modos, podíamos decir que llovía sobre mojado, pues el propio don Ignacio venía dando, con bastante frecuencia, Cursos Monográficos del Doctorado sobre Derecho de colonización, en aquellos años, como el que yo seguí en 1953-1954.

(2) Cambia propiamente respecto de la legislación anterior, por otra ley de la misma fecha (14 de abril de 1962) que reorganiza la colonización de zonas regables, reformando la de 21 de abril de 1949. Por aquel tiempo también se consolida, definitivamente, el régimen de la concentración parcelaria (texto refundido de 8 de noviembre de 1962). Todo ello fue justamente señalado por A. LEAL GARCÍA, «La política de cambio de estructuras en las nuevas leyes agrarias», en *Revista de Estudios Agro-Sociales*, 40 (1962), pág. 7 y sigs. Pero todavía queda vigente la Ley de 15 de julio de 1952, de patrimonio familiar inembargable, que se incorpora después al texto refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y cuya sombra, de indudable impronta dirigista, debida a la inevitable influencia del Derecho agrario «fascista», se proyecta durante largo tiempo en todo el ordenamiento de la colonización, lo que he denunciado, desde siempre, con ocasión o sin ella. Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1972, págs. 26 y sigs.

(3) Real Decreto 204/1996, de 9 de febrero (BOE núm. 36), sobre mejoras estructurales y modernización de las explotaciones agrarias.

(4) Incurriendo, entre otros errores, en el falso tópico de que los Derechos forales, con sus particularidades en Derecho de familia y en Derecho de Sucesiones, preservan mejor el mantenimiento de la «unidad» de la explotación agrícola, lo que no es exacto, como la experiencia ha demostrado a lo largo de los últimos treinta años y como yo mismo he denunciado: vid. J. L. DE LOS MOZOS, «Hacia un Derecho sucesorio agrario (La conservación de la explotación en el Código Civil, en los Derechos forales y en el Derecho de colonización)», en *Anuario de Derecho civil*, 27 (1974), págs. 523 y sigs. Otra cosa es que, en un tiempo de revalorización de los Derechos forales se hablara de «Derecho foral como Derecho agrario», y así J. J. LÓPEZ JACOISTE, «El Derecho foral como Derecho agrario», en *Symbolae Serrano et Serrano*, I, Valladolid, 1965, págs. 483 y sigs. No en vano, recientemente, nada menos que AGUSTÍN LUNA SERRANO, en una conferencia pronunciada en Córdoba, en 1995, ha dicho que las particularidades forales en este terreno tienen muy poco que ver con las exigencias del Derecho agrario moderno.

el «Derecho económico» (5). Pero, en cualquier caso, para ser algo específico —no siempre un resultado informe o deforme dependiente de la propia imprevisión e incompetencia legiferante— sus institutos deben tener una cierta «sustantividad», en cuanto expresión de una «especialidad», lo que no terminan de alcanzar, ni antes ni ahora. Tanto da que se trate de hacer de la agricultura una profesión estable, como sucedía en la época del «productivismo» de los años treinta, cuarenta y posteriores, o que haya que proteger a la agricultura «a tiempo parcial», en estos años de transformación tecnológica y de regulación de mercados. Lo importante es que los institutos que se pongan en juego se hallen dotados de esa mínima e imprescindible sustantividad.

Por eso, he defendido durante tiempo, aunque en otra época, la «sustantividad» del arrendamiento rústico, como un contrato «para la empresa agraria» (6), iniciativa que se vio frustrada, definitivamente, con la Ley de 31 de diciembre de 1980 (7) y, actualmente, con el retorno, en esta materia, al Derecho común, como viene a reconocer la propia *Ley de modernización de explotaciones agrarias* y a lo que más adelante aludiremos.

En una palabra, volviendo a nuestro tema, no sólo la realidad ha cambiado, sino que ha cambiado, no por igual la legislación, pero sí lo bastante como para poner a la vista de todos el problema, aunque ello no sea suficiente para dotar a la «explotación agrícola» de la *sustantividad* que requiere como instituto central del Derecho agrario, por más que se utilicen criterios o presupuestos diferentes de los que anteriormente se han utilizado, como veremos. Podría decirse que, al menos, se ha iniciado un camino que la nueva ley cifra en la protección a la llamada «explotación prioritaria», pero que puede y, de suyo, va mucho más lejos.

Esta preocupación por la sustantividad del concepto de explotación, se halla, desde siempre (8), presente en el centro de la atención de todos. No

(5) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, «El Derecho agrario: estado actual de la cuestión», en *Rivista di diritto agrario*, 57 (1978), págs. 285 y sigs.

(6) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, «Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en Derecho español», en *Rivista di diritto agrario*, 55 (1975), págs. 453 y sigs.

(7) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, «La nueva Ley de arrendamientos rústicos: comparación crítica con la legislación anterior», en *Revista de Derecho Privado*, 66 (1982), págs. 99 y sigs.

(8) S. PUGLIATTI, «Fondo, azienda, impresa agricola», en *Dopo il Primo Convegno internazionale di diritto agrario*, Milano, 1958; E. ROMAGNOLI, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milano, 1957; V. PANUCCIO, *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1974; A. CARROZZA, *Lezioni di diritto agrario*, Milano, 1988, págs. 308 y sigs.; M. DE JUGLART, *L'exploitation agricole*, París, 1950; R. SAINT-ALARY, «Essai sur la notion juridique de l'entreprise agricole», en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1959, págs. 129 y sigs.; K. KROESCHEL, *Landwirtschaftsrecht*, 2.^a ed., Köln, 1966, págs. 40 y sigs. Entre nosotros, vid. A. SOLDEVILLA, *La empresa agraria (su regulación jurídica)*, tesis doctoral, Valladolid, 1982. Recientemente se refiere a ella, B. BORJABAD GONZALO, *Derecho mercantil*, I. *Introducción, empresa y empresarios*, Lleida, 1996, págs. 55 y sigs.

hace mucho, J. HUDAULT decía en la Academia de Agricultura de Francia que después de cincuenta años, el «Derecho rural» francés corre tras la noción de «empresa», no habiéndola alcanzado aún, a pesar del apoyo doctrinal en tal sentido (9). En la misma Italia, cuna del Derecho agrario moderno, donde los conceptos de «empresa» y de «explotación» («*azienda*») quedaran consagrados en el propio *Codice civile* (arts. 2.082 y 2.555 y sigs., respectivamente), bien porque, originariamente fueran formulados en un contexto falso, aunque ulteriormente fuera superado, o bien por los desarrollos legislativos posteriores, en las sucesivas leyes especiales, no siempre se adaptan a una versión conceptual correcta, a pesar de haber sido dogmáticamente muy bien estudiados por la mejor doctrina (10).

Por eso, tiene razón J. HUDAULT cuando afirma que ante esta situación de bloqueo, la cuestión de la empresa agraria debe ser replanteada, utilizando ahora la pauta del Derecho de la Unión Europea. Por su parte, el Comité Europeo de Derecho rural, ya en octubre de 1989, con ocasión de su XV Congreso, celebrado en Gante, adoptó una moción preconizando la adopción de una disposición normativa comunitaria reconociendo a los bienes que constituyen la explotación agrícola, de tipo no societario y desprovista de la personalidad moral, el estatuto de universalidad jurídica. Entre tanto, el mejor medio de alcanzar este resultado, dice el profesor citado, sería gravar con una tasa de mutación única el conjunto de los bienes, corporales e incorporeales, que componen la explotación agrícola. El artículo 43 del Tratado de Roma lo permite, y también la armonización fiscal prevista en el Acta Unica. En el siglo pasado, el legislador fiscal no hizo otra cosa para reconocer, el primero, la explotación mercantil (11).

A. GERMANO, *L'impresa agricola nel diritto spagnolo*, Milano, 1993, es como el regalo de un amigo.

(9) También en «Le probleme de la reconnaissance juridique de l'entreprise agricole en Droit français et en Droit communautaire», en *IV Giornate camerti di diritto agrario comunitario*, Camerino, 1991, págs. 57 y sigs.

(10) Una indicación sumaria se hace en la nota 8, por lo demás existe una problemática que no encuentra soluciones adecuadas, desde siempre, vid.: E. BASSANELLI, «Impresa agricola», en *Commentario al Codice civile* di Scialoja, Bologna-Roma, 1943, E. ROMAGNOLI, voce «Azienda agraria», en *Novissimo Digesto italiano*, vol. I, Torino, 1980; que se perpetúan, vid.: P. OURLIAC, «Cinquant'anni di diritto agrario in Francia», en *Rivista di diritto agrario*, 72 (1993), págs. 445 y sigs.; A. BALLARÍN MARCIAL, «Introducción y crítica a la nueva Ley de modernización de las explotaciones agrarias», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 11 (1995), págs. 7 y sigs., lo que no impide que se le acumulen nuevos problemas, vid.: L. COSTATO, «Modalità di applicazione del set-aside obbligatorio previsto nel regolamento 1765/92», en *Diritto e giurisprudenza agraria*, 1992, págs. 525 y sigs., M. TAMPONI, «Problemi giuridici della localizzazione dell'impresa agricola», en *Rivista di diritto agrario*, 74 (1995), págs. 133 y sigs.

(11) *Actes du XVème Congrès européen de droit rural*, Bruxelles, 1990, pág. 359; «Rapport français au Vème Symposium du Comité européen de droit rural», en *Revue de droit rural*, 1991, págs. 49 y sigs., y págs. 93 y sigs.; V. GÖTZ-J. HUDAULT, *Harmoni-*

Un planteamiento de esta naturaleza nos conduciría por el buen camino para llegar al verdadero concepto de «explotación agrícola», pero para ello tenemos que ver qué nos ofrece, por el momento la legislación, antes y después de la *Ley de modernización de explotaciones*

1. LA GRAMATICA, EL CODIGO CIVIL Y EL DERECHO DE COLONIZACION

Sabido es que el lenguaje es la primera *dogmática* del Derecho, lo que generalmente suelen ignorar los legisladores y así pasa en la Ley de modernización de explotaciones. Efectivamente, entre los agraristas españoles se ha reservado siempre el adjetivo «agrario» cuando se habla de la «empresa», mientras que cuando se trata de la «explotación», se ha utilizado siempre la expresión adjetivada «agrícola». Hace unos años, me lo hacía notar ALEJO LEAL GARCÍA, en el transcurso de un Seminario sobre la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (12), un agrarista que merece ser recordado y que llegó a trabajar en el Instituto de Reforma Agraria. Pero es que el Código Civil, la única vez que habla de la «explotación agrícola», usa bien el adjetivo, aunque sólo se ocupe del tema, en el párrafo segundo del artículo 1.056, a propósito de la partición del testador (13). Sin embargo, respondiendo a la idea romana de *fundus instructus* (14), se pueden aplicar a la «explotación agrícola» otras normas del Derecho de los bienes que no se refieren sólo a las cosas, en sentido estricto, es decir, en su entidad natural, sino propiamente en sentido *funcional*, en cuanto bienes o «cosas ciertas» (15), en la realidad económico-social y en el propio tráfico jurídico, donde se puede integrar el concepto de explotación más allá del concepto de patrimonio (16).

Una base para construir este concepto la ofrece el propio Código Civil en su artículo 334.5.º, al considerar bienes inmuebles «las máquinas, vasos,

sierung des Agraarrechts in Europa (Cuadernos del Instituto de Derecho agrario de la Universidad de Gottingen), t. 37.

(12) En que yo mismo usaba mal el adjetivo, vid.: *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (Estudios monográficos)*, Madrid, 1975.

(13) Que merecería ser estudiado de nuevo de acuerdo con las nuevas realidades que componen la explotación (cuotas, tasas de corresponsabilidad) y otros aspectos interesantes (dedicación turística de parte de los bienes que la componen, etc.).

(14) G. BOLLA, «Il fondo nei suoi aspetti giuridici», en *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, págs. 281 y sigs.

(15) J. J. LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961.

(16) Por mi parte hice también un modesto intento, en tal sentido, vid. J. L. DE LOS MOZOS, «En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola», en *Revista de Derecho Privado*, 58 (1974), págs. 873 y sigs., y ahora en *Estudios de Derecho agrario*, 2.ª serie, Valladolid, 1981

instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o *explotación* que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la *explotación* misma». Lo que viene a confirmar el artículo 8.2.º de la Ley Hipotecaria (y que desarrollan otros preceptos de su Reglamento), respecto de la posibilidad de su inscripción como una *unidad* en el Registro de la Propiedad, disponiendo que será finca independiente y con su propio número: «Toda *explotación agrícola*, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí» (17). Aplicándose también por extensión al concepto de *explotación*, la excepción al ejercicio de la acción de división» de la cosa común, cuando vaya contra su indivisibilidad funcional (art. 400, en relación con los 401 y 404 del Código Civil), lo que trasciende igualmente a las normas comunes de la partición hereditaria (arts. 1.061 y 1.062 del Código Civil).

Centrada la cuestión con esta referencia obligada al Derecho común, hay que decir que, en España, lo mismo que en otras partes, mientras el Derecho agrario se ha desarrollado con toda firmeza en materia de *reforma fundiaria* (18) y aún en *Derecho de colonización* (19), no ha sucedido lo mismo en otros ámbitos. Es por ello que, superado el ciclo de la transformación que propiciaron aquellos ordenamientos, no se ha suscitado un desarrollo adecuado del concepto legal de *explotación agrícola*, pues, como es sabido, el *Derecho de reforma* toma en consideración la explotación, como únicamente referida a las «explotaciones familiares» que se establecen sobre «unidades» de colonización, en un primer momento, lo que, después, viene completado o ampliado por la «ordenación rural», en pleno «desarrollo económico» (20) y, finalmente, sin abandonar esa línea, por la regulación un tanto exotérica de la Ley de 24 de diciembre de 1981, del Estatuto de la explotación familiar (21). Lo que acredita, una vez más, la fragmen-

(17) Lo que no quita para tener en cuenta el régimen particular de la *extensión* de la hipoteca, muy razonable, por otra parte, artículos 109 y sigs. LH.

(18) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, «La defensa de las titularidades dominicales registrales y extrarregistrales y el procedimiento de la Concentración Parcelaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, ahora en *Estudios*, cit. (1972), págs. 57 y sigs.

(19) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, «Las tierras en exceso en el conjunto del ordenamiento de colonización», en *Revista de Derecho Privado*, 1965, ahora en *Estudios*, cit. (1972), págs. 84 y sigs.

(20) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, «La ordenación rural en la nueva Ley española de 27 de julio de 1968», en *Revista de Estudios Políticos*, 1969, ahora en *Estudios*, cit. (1972), págs. 118 y sigs.

(21) A la que todavía en fase de proyecto dedicamos el Seminario de la Santa Espina, en mayo de 1981: vid. *Explotaciones familiares agrarias y agricultores jóvenes (Estudios sobre el proyecto de Estatuto)*. Madrid, 1982.

riedad de nuestro Derecho agrario. Aunque, por lo que parece, por unas y otras razones, la situación es bastante común a toda Europa (22), a diferencia de lo que ha sucedido en Derecho mercantil, con un concepto paralelo, el del «establecimiento mercantil» (23), o con el desarrollado por la jurisprudencia, especialmente entre nosotros, a propósito del «arrendamiento de industria» (24).

Todo esto quiere decir que ha pasado el tiempo de construir el concepto de *explotación agrícola* desde la perspectiva reduccionista del Derecho de colonización. Porque es indudable que puede hacerse, dentro de aquel ámbito, cómo no, pero al hacerlo hay que advertir, una y otra vez, que se trata de un concepto particular que juega en un ámbito residual, para que no vengan los publicistas y lo utilicen fuera de contexto. Entre otras, una aportación muy valiosa la ha llevado a cabo CARLOS J. MALUQUER DE MOTES (25), dentro del ámbito del «Derecho de colonización», pero, por ello mismo, no se puede extrapolar fuera del mismo y utilizarla para la construcción del concepto de *explotación agrícola*, en general, en el Derecho agrario español *actual*, y esto por diversas razones que son bien manifiestas: La primera, porque el Derecho de colonización es algo que pertenece al pasado, como pone de relieve la propia *Ley de modernización de explotaciones*, a pesar de todas sus carencias. La segunda, porque para construir un concepto, como el de *explotación agrícola*, que es clave y centro de todo un «Derecho especial» como el *Derecho agrario*, no se puede partir de un ordenamiento particular que, aunque tuviera una cierta importancia —no tanta como se supone— en su momento, en la actualidad, si queda algo, no es más que un resto. Algo que es, en parte, marginal y, en parte, obsoleto, en un momento en que ha pasado a la historia la «planificación dirigista», condenada por la Economía, casi desde siempre, e incompatible con la integración de España en las Comunidades Europeas y, actualmente, en la Unión Europea.

(22) Vid., las referencias de las notas 10 y 11, aparte de las dificultades que se derivan de la propia técnica empleada por el Derecho comunitario: vid. J. HUDAULT, «La difference d'approche conceptuelle et methodique de la notion d'agriculture en droit française et en droit communautaire», en *Introduzione allo studio del Diritto agrario comunitario* (Seminario organizado con ocasión del 70.º cumpleaños del profesor Antonio Carrozza), Pisa, 1995, págs. 279 y sigs., también L. LORVELLEC, «La PAC et le droit rural français», en *Introduzione*, cit., págs. 109 y sigs.

(23) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, «Op. cit.», en *Revista de Derecho Privado*, 58 (1974), págs. 873 y sigs.; y, en general, P. BORJABAD GONZALO, *Derecho mercantil*, cit., I, págs. 41 y sigs., y allí referencias.

(24) Especialmente, a partir de las Sentencias de 30 de junio de 1948, 27 de septiembre de 1949, 7 de diciembre de 1953, 2 de abril de 1955, 30 de enero de 1956, etc.

(25) «El estatuto de la explotación agraria», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 17 (1990-1991), págs. 13 y sigs.

La tercera razón, y la más importante, es que el Derecho *especial* sólo se puede construir sin perder de vista al Derecho común (26). Lo contrario supone entrar en la dinámica del Derecho agrario, en cuanto Derecho de la «reforma agraria», entendida como «revolución campesina», cuyos frutos ya conocemos (27). Efectivamente, el Derecho agrario sólo se puede construir sobre la base de especificar aquellos conceptos, propios del *ius commune*, que sirvan a los intereses de la agricultura, como sucede, en este caso, con el concepto de *universitas rerum*, según decíamos antes, lo que sí contempla la Ley de modernización de explotaciones, aunque, por un evidente prejuicio ideológico, lo refiera, casi exclusivamente, a las que denomina «explotaciones prioritarias». Pero todo requiere un comienzo, hasta para pasar del socialismo a la socialdemocracia. Además que, este camino, siempre ha sido transitado por la experiencia jurídica, y todo se daría por bueno, si por el mismo se llega a alcanzar el reconocimiento de la explotación agrícola como una «unidad» en el tráfico, siguiendo los testimonios anteriormente indicados (arts. 1.056.2 y 334.5.º del Código Civil, art. 8.2.º LH, etc.), a ello apunta el artículo 9 de la Ley de modernización de explotaciones y también otros preceptos, como vamos a ver seguidamente.

2. DEL DERECHO DE COLONIZACION A LA «LOGICA DEL MERCADO»

Es evidente que ni el concepto, ni el ámbito de aplicación de la explotación agrícola, se puede construir ya desde el Derecho de colonización. Incluso al hacerlo contribuiría a desprestigiar el Derecho agrario, a que perdiera su credibilidad como disciplina autónoma.

En primer lugar, para construir el concepto de explotación agrícola no se puede partir de unos preceptos de dudosa y cuestionable constitucionalidad, como son los artículos 1 y 2 del texto refundido de la Ley de Reforma y

(26) Quiero recordar aquí el certero juicio de F. D. BUSNELLI, al poner de relieve que la proliferación de leyes especiales que, por otra parte, son cambiantes, no supone «il tramonto del Codice civile», sino precisamente todo lo contrario, viene a ser un testimonio de su vitalidad y de su vigor, saliendo al paso de una polémica que ha estado viva en Italia durante algún tiempo. vid. *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984, especialmente, págs. 22 y sigs.

(27) El modelo se encuentra en las reformas llevadas a cabo por Stalin (1928-1933), en la antigua Unión Soviética para implantar un colectivismo dirigido: modelo que si bien no llega a producir, en otras partes, una verdadera catástrofe contra la humanidad, como ocurrió en la Unión Soviética (vid., el relato que hace A. BULLOCK, *Hitler y Stalin Vidas paralelas*, I, traducción española: ed. Plaza & Janés, Barcelona, 1994, págs. 445 y sigs.) se le aproxima mucho en China y en otros territorios de Asia, en el este europeo y en buena parte de Iberoamérica

Desarrollo Agrario (aprobado por Decreto de 13 de enero de 1973), o de la Ley de 16 de noviembre de 1979, de Fincas Manifiestamente Mejorables, que sigue aquella misma orientación, regulación promulgada en desarrollo de los «pactos de la Moncloa», dudosamente constitucional también y que impone el cultivo forzoso de las fincas. Menos aún, en esta misma línea, puede uno partir de la Ley de reforma agraria andaluza de 3 de julio de 1984, o en otros ensayos productivistas, aunque sobre el particular se haya llegado a engañar hasta la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (28), porque, aparte de la duda planteada más arriba, respecto de tal legislación, se trata, sobre todo, de una normativa «excepcional» y que, por lo tanto, no es aplicable o extensible a todas las explotaciones agrícolas, en el supuesto de que en aquella haya llegado a serlo durante mucho tiempo, con esa habitualidad y reiteración que cabe exigir a los hechos sociales.

En segundo lugar, la manera de entender la explotación agrícola que resultaría de un planteamiento semejante, no sólo es absolutamente irreal, por no compaginar con la realidad española, sino que, además, para nada se adaptaría a las exigencias de la PAC una vez que España se halla integrada en la Unión Europea. Efectivamente, esto se pone de relieve inmediatamente, aunque los funcionarios y los considerados expertos de los organismos agrarios hayan tardado bastantes años en darse cuenta de ello, con ocasión de la adaptación y desarrollo de la normativa comunitaria, en materia de «reforma de estructuras» y de su acomodo a las exigencias de aquella política común, con grave perjuicio de los intereses de los agricultores y de la propia economía nacional. Las actuaciones comunitarias más importantes al respecto son las siguientes: Reglamento (CEE) 797/1985, modificado por el Reglamento (CEE) 3806/1989, y, finalmente, derogado y refundidos en el Reglamento (CEE) 2328/1991, sobre «mejora de estructuras». Las adaptaciones, por parte española, dan lugar a una sucesión de disposiciones reglamentarias de desarrollo y aplicación de la normativa comunitaria, primero, como si fuera a regañadientes: Real Decreto 808/1987, de 19 de julio, después se inicia un cierto cambio en el Real Decreto 1887/1991, de 30 de diciembre, como antecedentes inmediatos de la Ley de *modernización de explotaciones*, que inicia un cambio de orientación, casi un verdadero giro copernicano en la materia, *malgré tout*.

Afortunadamente, con la nueva Ley de *modernización de explotaciones*, aunque se trate de proteger a las explotaciones «prioritarias», lo que constituye una opción legislativa muy plausible y que, en apariencia, no se halla en desacuerdo con la política agraria comunitaria, pues «antes pierde el zorro el rabo que las mañas», al menos, se rompe casi por completo con la orientación

(28) Me refiero especialmente a la STC 37/1987, de 28 de marzo, como he intentado demostrar en otra ocasión: vid J. L. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993, págs. 170 y sigs.

reduccionista del Derecho de colonización y de la supuesta lógica de la Reforma Agraria que tiene una base más demagógica que real, lo que no habían alcanzado a hacer los Reales Decretos antes citados, aunque en el de 1991, como hemos anticipado, ya se empieza a perfilar un cambio.

La actitud inicial de mantener un Derecho agrario que sería arcaico, no podía mantenerse, tanto si se tiene en cuenta el estatuto de la tierra, como el de la actividad agraria, tan íntimamente vinculados, los dos, a la noción de explotación. Con lo que, la generalización de la crítica a aquella manera de entenderlos, con el único apoyo en unos textos legales de aplicación marginal, verdadera supervivencia del pasado, aunque en el tiempo y, en ese espacio marginal, sigan subsistentes mientras agoten el ciclo de su vigencia, hace que se desmonee esa construcción del concepto de explotación agrícola que, surgiendo hace cuarenta años para un ámbito particular dentro del mundo agrario, no era lícito extender, ni siquiera entonces, a todos los supuestos posibles de explotación agrícola y, ni mucho menos, al concepto «general» y «común», pero que el pretender hacerlo ahora sería tanto como construir una configuración *ruralista* y desfasadamente *socializadora* del Derecho agrario. Lo que, naturalmente, no hace en clave «socialdemócrata» la *Ley de modernización de explotaciones*, al admitir, probablemente muy a su pesar, que el Derecho agrario es una parte del *Derecho económico*. Lo que, por otra parte, está pidiendo con mucho más rigor el famoso *principio de paridad* del sector agrario, al que alude el artículo 130.1 de la Constitución Española, y aunque todo ello se enmarque en la necesidad de adaptar la propia política agraria al modelo de la PAC, sobre todo en un momento en que especialmente a partir de 1985 se abandona el modelo «productivista» y se impone una especie de «reconversión» de la actividad agraria por las exigencias derivadas de la «unidad de mercado» y de la propia defensa de su efectividad. Esto hace que aquella política se oriente hacia la «estabilización» de los precios de los productos agrarios, mediante la «contractualización» de una serie de ayudas procedentes de la Unión Europea que pone un nuevo «marco», no imperativo, a la actividad agraria, dificultado todavía por la incompetencia de las Administraciones Públicas y, muy en particular, por los organismos burocráticos dependientes del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, a pesar del cambio de Gobierno.

3. EXPLOTACION AGRICOLA Y MATEMATICAS EMPRESARIALES

Por primera vez, aunque se designe un protagonista principal de la *Ley de modernización de explotaciones* que, en este caso, viene constituido por las «explotaciones prioritarias», no se prescinde de las demás y, de una u otra manera, se las tiene en cuenta. De todos modos, lo que no ha cambiado es la *formulación literaria* de la noción de explotación agrícola respecto de los

viejos o los nuevos textos del Derecho de colonización, pasando por la Ley de 24 de diciembre de 1981 y llegando a los Reales Decretos 808/1987 y 1887/1991, sobre «mejora de estructuras agrarias». Cambia, sin embargo el contexto, antes se producía en el seno de una legislación «particular» o «excepcional», ahora se trata de una normativa que, con gran optimismo, podríamos calificar de *especial* y que, por ello, no pierde la comunicación con el Derecho común, con la idea de *universitas rerum*: Así, dice, al definirla, el artículo 2.2.º de la Ley de *modernización de explotaciones*, como «el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente *con fines de mercado* y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica». Lo que recuerda al artículo 2.555 del Código Civil it., pero va más lejos.

Por otra parte, aparece una precisión importante en el artículo 2.3.º de la mencionada Ley, en cuanto a los *elementos* de la explotación, entendiendo por tales: «los bienes inmuebles de naturaleza rústica y cualesquiera otros que son objeto de aprovechamiento agrario permanente; la vivienda con dependencias agrarias; las construcciones e instalaciones agrarias, incluso de naturaleza industrial, y los ganados, máquinas y aperos, integrados en la explotación y afectos a la misma, cuyo aprovechamiento y utilización corresponda a su titular en régimen de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y disfrute e incluso por mera tolerancia de su dueño. Asimismo, constituyen elementos de la explotación todos los derechos y obligaciones que puedan corresponder a su titular y se hallen afectos a la explotación».

Determinación de elementos de la explotación que es susceptible de ser corregida, habida cuenta su amplitud, en atención al tráfico jurídico en que la propia explotación sea *objeto* del mismo (enajenación, arrendamiento, hipoteca, etc.), pero que, a otros efectos, puede ser tenida en cuenta con esa misma amplitud (por ejemplo, para la recepción de ayudas). Ofreciendo así una *especialidad*, frente al Derecho común que es perfectamente razonable.

Por otra parte, por influencia del Derecho comunitario, se ha producido progresivamente una ampliación de la *tipología* de la actividad agraria que recoge la Ley de *modernización de explotaciones* con bastante fidelidad. Efectivamente, mientras en el primero de los Reglamentos de Desarrollo y Aplicación del Derecho comunitario, el de 1987, se favorece al *agricultor a título principal*, ya, en el segundo, el de 1991, se introduce la figura del *titular de la explotación*, como «la persona física que ejerza la actividad agraria, organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y las responsabilidades civil, fiscal y social de la gestación de la misma» (art. 2.2.º del Real Decreto 1887/1991). Figura que mantiene la ley citada, casi al pie de la letra, en su artículo 2.4.º Pero, además, en ella se simplifica la categoría de *agricultor a título principal*, entendiéndole como «el agricultor profesional que obtenga al menos el 50 por 100 de su renta

total de la actividad agraria ejercida en su explotación y cuyo tiempo de trabajo dedicado a actividades no relacionadas con la explotación sea inferior a la mitad de su tiempo de trabajo total» (art. 2.6.º). Concepto que procede del Reglamento (CEE) 2328/1991, de 15 de julio.

Junto a estas dos figuras, del *titular de la explotación* y del *agricultor a título principal*, la ley sitúa a su lado al *agricultor profesional*, como «la persona física que siendo titular de una explotación..., al menos el 50 por 100 de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria, realizada en su explotación, no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo dedicado a actividades agrarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total». Con la particularidad de que se consideran *actividades complementarias*, aparte de las actividades públicas y sindicales de su titular a que se refiere el precepto, las de venta directa de los productos de la explotación, las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, cinegéticas y artesanales relacionadas con su explotación (art. 2.5.º).

Sin olvidar que esta tipología se completa con las referencias al joven agricultor (art. 2.7.º), pequeño agricultor (art. 2.8.º), y agricultor a tiempo parcial (art. 2.9.º).

Pero lo importante no es sólo la determinación de todas estas categorías, que, en su mayor parte, se compaginan con la realidad de la agricultura española en la actualidad; sino que, para su determinación son las matemáticas, en un ejercicio de contabilidad empresarial, las que vienen en ayuda de la regulación: no quedando vinculadas a la realización de «planes de mejora» para aumentar la productividad o para propiciar la recomposición fundiaria, como sucedía con el Derecho de colonización y de reforma fundiaria. Incluso, estos mismos criterios juegan para la determinación de las *explotaciones prioritarias* (arts. 4 a 6 de la Ley), donde, si se habla de mejoras o de explotación bajo una sola linde, tales objetivos adquieren otro significado, lo mismo que el resto de la protección especial que a aquéllas dispensa la ley, al venir presididas más por la idea de la «viabilidad» y de la «sustantividad» de la propia explotación, que no por cualquiera otra consideración. Utilizando para todo ello en este caso y en los anteriores, criterios rigurosamente *económicos* que son los que presiden la regulación. No teniendo otro sentido parámetros de «unidad de trabajo agrario» (art. 2.10.º), «renta unitaria de trabajo» (art. 2.11.º) y «renta de referencia» (art. 2.12.º de la Ley). Cuyo cálculo para el año 1996 viene fijado por la OM de 13 de diciembre de 1995 (29), con un criterio poco generoso para la realidad de la agricultura española.

(29) Que, curiosamente, se publica antes del Reglamento anteriormente citado (nota 3), en el BOE núm 302/1995.

Esta falta de generosidad y, sin duda alguna, de realismo, es lo más criticable en esta parte del sistema de la ley en cuestión, al proteger, únicamente, en forma directa a las llamadas *explotaciones prioritarias* de las que aquí no me voy a ocupar; pues una cosa es que a tales explotaciones —en la medida que existan y no sean creaciones artificiales— se les concedan beneficios y ayudas, incluso extraordinarios y mucho más generosos, y otra cosa muy distinta es que no se disponga en favor de todas, por un lado, la posibilidad de ayudas y beneficios y, de otro, en favor de todas el reconocimiento de una propia «sustantividad», en cuanto objetos de derecho susceptibles de tráfico jurídico independiente. Bien es verdad que el reconocimiento de su «existencia» ya es una forma de protección, aunque no sea suficiente, en un ordenamiento o regulación necesariamente «abierto», como tiene que ser éste, dependiendo de lo que disponga el Derecho comunitario, aparte del posible y deseable desarrollo autonómico en la materia, como la propia ley prevé.

Por su parte, el Real Decreto 204/1996, de 9 de febrero (30), que desarrolla la ley, es un fiel reflejo de la misma y, en aquella parte que pudiera haber sido más interesante, como el desarrollo y concreción de ayudas, adolece de los mismos defectos, más arriba denunciados, a pesar de su prolijidad y de ir acompañado de nueve disposiciones adicionales y de tres disposiciones transitorias, una derogatoria y dos finales, aparte de doce anexos, algunos de los cuales tratan de esclarecer los conceptos utilizados por la regulación. Todo ello debido a esta manera de legislar y de hacer reglamentos, presidida por el casuismo que deriva de la confusión, aunque también es verdad que, en este caso, la *Ley de modernización de explotaciones* es bastante compleja, con repercusiones en ámbitos muy diversos y, es por ello, que a pesar de lo poco que favorece a las *explotaciones agrícolas* normales, puede decirse, además, que ha cambiado el punto de vista anteriormente predominante. Así, establece una medida de «liberalización» de los arrendamientos rústicos que será bien recibida (arts. 28 y 29). Con ella, los arrendamientos rústicos inician su retorno al Derecho común, por lo que adquiere su regulación, en algunos aspectos, verdaderos perfiles de *Derecho especial*, sobre todo cuando para dotarlos de «sustantividad» en relación con la explotación o la empresa, se acuerdan incentivos económicos a los propietarios, en los términos del artículo 29, que recuerdan a la técnica del *Zupacht*, utilizada en el Derecho comparado europeo ya hace bastante tiempo, como medio de consolidar la explotación, en régimen total o parcial, de arrendamiento y que yo mismo he defendido con ocasión de la reforma de los arrendamientos rústicos que culminó en la Ley de 1980 (31) ahora parcialmente derogada. También se la

(30) BOE núm. 36/1996.

(31) Fórmula que he defendido con motivo de los trabajos preparatorios de la reforma de los arrendamientos rústicos: vid. J. L. DE LOS MOZOS, «Op. cit.», en *Rivista di*

deroga en cuanto se modifica el concepto de «profesional de la agricultura» que contenía su artículo 15, para adaptarlo a la nueva perspectiva: sustituyéndolo por el «agricultor profesional» (Disposición Final primera), al que se refiere su artículo 2.5.º, y al que antes hemos aludido, con lo que se supera un viejo lastre, torpemente introducido en la Ley de 1980, que ha originado graves discriminaciones y muchos quebraderos de cabeza.

Finalmente, otro de los aspectos de la regulación que merece un juicio favorable, pasando por alto otros aspectos, ya sean de la ley o de sus disposiciones complementarias, y que se halla en la misma línea que venimos comentando en relación con la construcción de un nuevo concepto de explotación agrícola, con total independencia del Derecho de colonización, es la derogación expresa de la muy absurda Ley del Estatuto de la explotación familiar agraria y agricultores jóvenes de 24 de diciembre de 1981 (Disposición Derogatoria única de la Ley). No suscita tanto entusiasmo, sin embargo, la regulación que se establece en el «régimen de unidades mínimas de cultivo» (arts. 23 a 27 de la propia Ley), donde vuelve a aparecer la vocación intervencionista, como regla general, y la chapuza como excepción (32), aunque el problema no es fácil de resolver a vista de pájaro (33).

diritto agrario. 55 (1975), págs. 453 y sigs. Para el estudio de esta modalidad arrendaticia, ya A. CARROZZA, «L'affitto a scopo di ricomposizione aziendale ("Zupacht")», en *Gli istituti del diritto agrario*, II, Milano, 1970, págs. 111 y sigs.

(32) El artículo 29 establece la *determinación* de la unidad mínima de cultivo, entendiendo por tal «la superficie suficiente que debe tener una finca para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona» (apartado 1), dejando su determinación a la competencia de las Comunidades Autónomas (apartado 2).

El artículo 24 declara *indivisibles* las fincas por debajo de la «unidad mínima de cultivo», de manera que sea segregación o división *sólo será válida* cuando no dé lugar a parcela: de extensión inferior (apartado 1), de suerte que los actos jurídicos en contravención de lo anterior *serán nulos* entre partes y frente a terceros (apartado 2); lo que se extiende también a la partición de herencia (apartado 3).

El artículo 25 establece una serie de *excepciones* al régimen anterior: *a)* en favor de propietarios colindantes; *b)* por destino industrial o urbano, con remisión al artículo 16 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y de la Ordenación Urbana) —recurrido ante el TC y modificado por Real Decreto-ley 1/1996, de 7 de junio—; *c)* consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, y *d)* por expropiación forzosa.

El artículo 26 hace aplicación de este régimen en el ámbito registral y, finalmente, el artículo 27 establece el derecho de retracto en favor de los propietarios de fincas colindantes que sean titulares de explotaciones prioritarias. Con lo cual, la nulidad queda sanada en su favor para que ellos puedan subrogarse en la enajenación anteriormente declarada nula, ahora bien, siempre que sean titulares de explotaciones prioritarias. Solución que no puede ser más genial, aparte de subrealista.

(33) La promulgación de estas normas ha dado lugar al revuelo consiguiente, especialmente entre Notarios y Registradores, como es natural: así, después de una puntual

4. LA PERSPECTIVA DE LA NUEVA ORIENTACION DE LA POLITICA AGRARIA COMO CRITERIO PARA FUNDAR LA ESPECIALIDAD

Aunque la *Ley de modernización de explotaciones* conserve todavía muchos vestigios de un Derecho agrario del pasado, parece que se sitúa en un marco totalmente distinto, más de acuerdo con la nueva orientación de la política agraria que, a muchos, nos gustaría que se orientara dentro de aquel ámbito riguroso que cabe exigir a la *política del Derecho* (34), aún sabiendo

llamada de atención, muy oportuna de F. CORRAL DUEÑAS, «Resumen perentorio de la nueva Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias», en *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2.ª época), núm. 7 (1995), págs. 1592 y sigs.; y de una puntualización del mismo, con el rigor y con la sencillez con que nos tiene acostumbrados: «Normativa vigente sobre unidades mínimas de cultivo», en *Boletín*, cit., núm. 8 (1995), págs. 1793 y sigs., comienzan a aparecer aportaciones críticas, aquí y allá, como la de O. ROA NONIDE, «Comentario a la aplicación territorial de los artículos 23 a 27 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias», en *Boletín*, cit., 9 (1995), págs. 2009 y sigs., etc. No es este el momento de entrar en el tema, pero sí de justificar lo dicho en el texto: mantener una «limitación» de la propiedad rústica de esta naturaleza, a estas alturas, parece un poco fuerte y fuera de lugar, no estando de acuerdo con la *vocación* de generalidad que se proyecta de la ley, puesto que supone un retorno al más puro y duro Derecho de colonización, sin distinguir entre «unidades abstractas» y «unidades concretas» y aunque en otro tiempo fui, en parte, partidario de un sistema parecido: vid. J. L. DE LOS MOZOS, «Op. cit.», en *Revista de Derecho privado*, 58 (1974), págs. 873 y sigs., ahora en *Estudios*, cit., 2, págs. 36 y sigs., después de rectificado, consciente de que todos nos equivocamos y yo casi siempre, para defender la falta de oportunidad de una regulación de esta naturaleza, cuando en realidad lo que había que proteger es la *unidad* de circulación y tráfico de la *explotación agrícola*, no sólo de las fincas que la componen, así en «El régimen de unidades mínimas de cultivo: estado actual de la cuestión y referencia al Decreto de la Junta de Castilla y León», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 9 (1987), págs. 59 y sigs. En otro tiempo, el costo económico y social de la *reforma fundiaria* justificaba la *indivisibilidad* de ciertas «unidades agrarias concretas», en la lucha contra el minifundio; actualmente, ha perdido sentido el mantenerla, siendo la sanción de *nulidad* exagerada y fuera de lugar. Carente, por otra parte, de un fundamento constitucional claro (arts. 33 y 38 CE), pudiendo mantenerse, a lo sumo, el *retrato* en favor de los colindantes, como un vestigio de la *vocación ad comunitatem* que lleva consigo toda *reforma fundiaria*. Una nueva lectura, actualizadora, de un riguroso trabajo de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «La conservación de las unidades agrarias en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario», en *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, cit. (1975), págs. 97 y sigs., lleno de sugerencias, me confirman en este punto de vista. Por otra parte, lo que no tiene ningún sentido es mantener juntos los dos sistemas, el de la nulidad y el del retrato. Esto demuestra la confusión del autor material de la regulación. En cuanto a las *excepciones*, la *c)* es como un brindis a la luna, y la *b)* se presta a toda clase de fraudes. Es una referencia que carece de credibilidad, habida cuenta la «mindundez» de la mayor parte de los Ayuntamientos de las inmensas zonas rurales.

(34) Hace muy poco que el propio M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS evocaba el sentido que la «política del Derecho» daba al maestro Federico de Castro, en una jugosa conversación mantenida con A. PAU PEDRÓN, vid. *Libro homenaje a Manuel Peña y Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiens Llorca*, Madrid, 1996, pág. 16.

que, dentro de ciertos límites, tiene que ser cambiante, no para satisfacer aspiraciones ideológicas, sino para resolver los problemas concretos, dentro de los parámetros que imponen las exigencias de racionalidad y de proporcionalidad o, si se prefiere, de efectividad y de oportunidad (35).

No modifica este cambio de criterio el que la Disposición Final segunda de la Ley reforme los artículos 28, 32 y 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, facilitando la «transmisión *intervivos*» de la explotación constituida sobre las «unidades de colonización» que contemplan aquellos preceptos (las llamadas «adjudicaciones en régimen de propiedad»), simplificando el régimen de lo que se ha calificado como una verdadera «sucesión excepcional» (36), porque se trata de una remisión obligada a situaciones nacidas al amparo del Derecho de colonización.

Ni tampoco el que proteja especialmente a las *explotaciones prioritarias*, como ya hemos dicho anteriormente, ya que su establecimiento o permanencia no depende de que se impongan a sus titulares las «obligaciones» de que hablaba el artículo 2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, entendidas como obligaciones de cultivar del modo más productivo posible y con el mayor empleo del factor trabajo. Una orientación de esta naturaleza sería contraria al Derecho de los Tratados de la Unión Europea (a la vista de los arts. 38 a 41 del Tratado de Roma y de su desarrollo posterior). Nunca la PAC, desarrollada en su vertiente de intervención en los mercados agrarios [con base en el art. 40.2.c) del Tratado de Roma], aplicó una política que no fuera escrupulosamente respetuosa de la libertad de los agentes económicos implicados en la actividad agraria y, entre ellos, los titulares de las empresas agrarias. Es cierto que durante algún tiempo mantuvo una orientación de tipo productivista —aunque sin las consecuencias que comporta la misma orientación, en el seno del Derecho de colonización o de reforma agraria— privilegiando los objetivos b) y d) del artículo 39 del Tratado de Roma, con la finalidad de estabilizar el mercado y asegurar el abastecimiento, pero aquel diseño de la PAC, efectuado en la conferencia de Stressa, lo hizo incentivando las producciones a través de la fijación de precios remuneradores de la actividad productiva.

(35) Si las primeras aparecen como una exigencia del *canon hermeneútico* que el jurista debe aplicar en materia de interpretación y, especialmente, el juez, ya que aquellas categorías forman parte de la motivación de la sentencia, las segundas son más propias de la actividad legislativa, sobre todo cuando no se utiliza como instrumento de gobierno quedando, como suele suceder, en tantas ocasiones como una mera operación de imagen, para tranquilizar al personal, pero que también participan de las primeras, como, necesariamente, toda expresión de lo jurídico. Entre otros muchos, citaremos aquí a Ch. PERELMAN, *Ethique et Droit*, Bruxelles, 1990, págs. 118 y sigs., 429 y sigs., etc.

(36) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español. común y foral*, VI-3 (a cargo de J. L. DE LOS MOZOS), 8.ª ed., Madrid, 1978, págs. 349 y sigs., 371 y sigs.

Pero, como es sabido, esto cambia, sobre todo a partir de 1985, en que la PAC pretende desincentivar la producción de excedentes, lo que intenta, primero, a través de las «tasas de corresponsabilidad» que suponen una mínima comprensión del derecho de propiedad, pero que, en ningún caso, afectan a la libertad del empresario para producir o no producir. Poco más tarde, fracasado este intento de acabar con las producciones excedentarias, y acogiendo en gran parte el plan elaborado por el comisario Roy McSharry, se ha optado por disminuir los precios de intervención e instaurar un régimen de *pagos compensatorios*, de modo que, el descenso de los precios que repercutiría inevitablemente en todo productor, viene compensado por un régimen de ayudas que incluye distintas modalidades de abandono de cultivo o de retirada de tierras (37), enteramente voluntario para los agricultores (38).

Resulta así patente que la libertad del empresario agrícola, sea propietario o titular de derechos de goce y disfrute de predios rústicos o de ganados, se mantiene, por cuanto no está obligado ni a producir ni a dejar de hacerlo, dado que el resultado del conjunto de mecanismos que componen todas y cada una de las Organizaciones Comunes de Mercado se alcanza sin necesidad de mayores constreñimientos. Pero los muy complejos mecanismos estabilizadores de los mercados y del presupuesto agrario comunitario, no permiten interferencias (39), ni tampoco la incompetencia de las Administraciones Públicas estatales o autonómicas, como mecanismos de transmisión para el mejor funcionamiento del sistema, aparte de constituir un cauce adecuado de información, amparo y control, en su caso, de la actividad agraria, verdadero instrumento de policía civil, no órgano de fomento y desarrollo, como anteriormente venía siendo concebido.

Todavía se podría pensar que el «productivismo» que resulta de relacionar la propiedad con la empresa, como en el sistema tradicional del Derecho agrario del presente siglo, de donde surge el Derecho de colonización y que tiene sus antecedentes en la discusión parlamentaria del Código Civil, cuando GUMERSINDO DE AZCÁRATE propugnaba «hacer propietarios a los colonos» (40),

(37) Muy interesante, sobre el particular, la aportación de H. MARTÍNEZ HENS, *El contrato de retirada de tierras en la Política Agrícola Común*, Madrid, 1996.

(38) Vid. J. M. DE LA CUESTA, «Por una teoría institucional del Derecho agrario comunitario», en *Introduzione allo studio del Diritto agrario comunitario*, cit., págs. 185 y sigs., y pág. 194.

(39) J. M. DE LA CUESTA, «El nuevo estatuto jurídico del suelo agrario: consecuencias jurídico-privadas de la legislación agraria comunitaria», en *Estudios de Derecho europeo privado*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, págs. 445 y sigs., también, J. M. DÍAZ FRAILE, *El Derecho comunitario sobre estructuras agrarias y su desarrollo normativo en el Derecho español*, Madrid, 1990.

(40) En el debate el dictamen relativo a la comunicación del Gobierno dando cuenta de la publicación del Código Civil (sesión de 9 de abril de 1889): vid. *Código Civil: debates parlamentarios (1885-1889)*, II, ed. Senado, Madrid, 1989, pág. 1686, y a lo que recurre en otras ocasiones.

es un sistema mejor, por el que tantos buenos profesionales de una época del Derecho agrario, ya periclitada, sienten nostalgia. Pero aunque este sentimiento sea muy respetable, el volver actualmente a aquel modelo sería absolutamente inviable, cuando, por otra parte, el ensanchamiento del mercado ha conseguido, en poco tiempo, resultados mucho más brillantes. El nuevo modelo, en vez de relacionar la propiedad con la empresa, relaciona a ésta, o si se prefiere, a la actividad agraria, con el mercado, de donde resulta el *destino agrario* de la nueva PAC, el «punto de conexión» de los predios rústicos y el peculiar *estatuto jurídico* de lo agrario. El cual se presenta ahora como un entramado de derechos y de obligaciones de origen semejante al *contractual*, inconcebible sin la libre voluntad del titular de la explotación, muy distante de la economía, también dirigista, pero con cauces no contractuales del viejo artículo 811 del Código Civil it. (41) y del artículo 2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (42).

No puede decirse, por tanto, que los titulares de la explotación agrícola vengan «obligados» a llevar a cabo una cierta actividad y con un determinado nivel productivo, por más que a veces se haya determinado sólo «idealmente», sino, por el contrario, son ellos los que seleccionan su actividad, libremente, y su nivel de productividad, dentro de lo que permiten las condiciones naturales de los predios y aconsejan las condiciones económicas impuestas por el desarrollo normativo de la PAC y ya hemos dicho que, hasta 1985, ésta tenía un cierto matiz productivista, al ser netamente incentivadora de los aumentos de productividad, pero esto se desarrolla con arreglo al modelo, riguroso, de la planificación indicativa, algo totalmente distinto de las actuaciones de colonización. Ahora bien, una vez que la PAC cambia, en 1985, dando prioridad al objetivo de estabilizar los mercados, el productivismo a ultranza no deja de ser algo totalmente anacrónico. Mucho más grave es todavía establecer un impuesto sobre las tierras infrautilizadas (resucitando el viejo concepto de «tierras ociosas»), como prevé la *Ley de reforma agraria andaluza*, lo que supondría la existencia simultánea de figuras impositivas de signo contrario, al gravar la tasa de corresponsabilidad europea a la producción que superase ciertos niveles (43). Pero mirando al futuro, no sólo desde la satisfacción que produce la poltrona del poder, sino desde el rigor de una legislación agraria, por al menos una vez, conveniente para la agricultura española, podríamos olvidarnos de éstos y de otros disparates.

(41) Derogado por el artículo 3.º del Decreto legislativo de 14 de septiembre de 1944, núm. 287.

(42) J. M. DE LA CUESTA, «Op. cit.», en *Estudios de Derecho europeo privado*, cit., págs. 455 y sigs.

(43) *Ibid.*, págs. 457-458 y la Sentencia del TJCE de 26 de octubre de 1983: nota del propio autor en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 3 (1986), pág. 67.

Por lo demás, como dice JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, al que venimos siguiendo en esta exposición, lo característico de la *planificación indicativa comunitaria* es que asume jurídicamente un aspecto y una apariencia inconfundiblemente contractuales, ya que básicamente consiste en la creación de un marco para la actividad agraria que puede ser visto por los agentes económicos en ella implicados, como una oferta de una amplia gama de posibilidades de actividad y de intensidad de la actividad, entre las cuales algunas resultan penalizadas, las excedentarias, y otras resultan premiadas, las que no generan excedentes. Lo que resulta incompatible con la imposición, por los Estados miembros o por las Administraciones nacionales o regionales, de actividades concretas y de niveles productivos predeterminados; por eso, unos y otras deben abstenerse de interferir en los mecanismos de las Organizaciones Comunes de Mercado y lo único que tienen que hacer es adaptar, en lo posible, su legislación para que desaparezcan los obstáculos del adecuado funcionamiento de la PAC, ya que ello conlleva la pérdida de una serie de ayudas y beneficios y, sobre todo, del sentido de la realidad (44).

En este sentido, la *Ley de modernización de explotaciones*, que inicia un camino nuevo que responde a una orientación distinta, a pesar de que todavía se resiente de algunos resabios del pasado, como hemos reiterado, se sitúa en esa línea y, por ello, merece globalmente un juicio favorable. Abriendo un espacio a la esperanza, también para el Derecho agrario que no podrá construirse en el futuro, sin hacer una revisión crítica del pasado. Un nuevo Derecho agrario cuya *especialidad*, como afirma L. LORVELLEC, va a quedar más vinculado al «contrato» que a la «propiedad», tanto que el propio concepto de «propiedad productiva» hay que encontrarle también por esta «vía contractual» a través del ejercicio del «derecho a producir» (45). Un Derecho agrario, propio de una «sociedad abierta», como diría K. R. POPPER, y cuyos conceptos fundamentales, como el de «explotación agrícola», son también conceptos «abiertos» que mantienen su *especialidad* por las exigencias de la política agraria y en constante relación con los viejos conceptos del Derecho común, en donde encuentran aquélla, y no derivando del cierre de los mismos, dependiente de un prejuicio ideológico o de una excusa de orden técnico.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS
Catedrático de Derecho Civil

(44) «Op. cit.», en *Introduzione*, cit., págs. 192-193, entre otras acertadas valoraciones y, especialmente en: «Los derechos de producción en las explotaciones agrícolas y forestales», en *Derecho agrario (IV Congreso Nacional)*. Madrid, 1995, págs. 153 y sigs.

(45) «L'ouverture sur les marchés et le patrimoine professionnel de l'agriculteur», en *Revue de droit rural*, 152 (1987), págs. 167 y sigs.; y «Organisation de la production et des marchés», en *ibid.*, 212 (1993), págs. 27 y sigs.

La referencia catastral en los documentos inscribibles

SUMARIO: A) CONSTANCIA DOCUMENTAL DE LA REFERENCIA CATASTRAL: a) DOCUMENTOS EN QUE DEBE CONSTAR; b) EXCEPCIONES; c) FORMA DE ACREDITAR LA REFERENCIA CATASTRAL.—B) CONSTANCIA REGISTRAL DE LA REFERENCIA CATASTRAL: 1. CONSTANCIA DE LA REFERENCIA CATASTRAL AL PRACTICAR ALGÚN ASIENTO. 2. IDENTIFICACIÓN CATASTRAL COMO OPERACIÓN ESPECÍFICA. 3. MODIFICACIÓN DE REFERENCIA CATASTRAL INSCRITA. 4. INMATRICULACIÓN DE FINCAS. 5. RECTIFICACIONES DE CABIDA, ALTERACIÓN DE LINDEROS Y ACCESO AL REGISTRO DE EXCESOS DE CABIDA DE FINCAS INSCRITAS. 6. CONSECUENCIA DE LA NO CONSTANCIA DE LA REFERENCIA CATASTRAL.—DOCUMENTOS NOTARIALES.—PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.—EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.—COMUNICACIONES.

Para tratar de conseguir la ansiada coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, la Ley que acompaña a la de Presupuestos para el año 1997, dicta una serie de normas en su Sección 4.^a, que contiene los artículos 50 a 57, bajo el enunciado «De la referencia catastral», y cuyo contenido vamos a tratar de sistematizar para una mejor comprensión, no sin antes destacar la importancia que estas normas tienen para el legislador, como se pone de manifiesto a través del contenido del artículo 57, conforme al cual: «Sin perjuicio del régimen especial de los territorios históricos del País Vasco y Navarra, esta sección y la Disposición Transitoria 8.^a de esta Ley será de aplicación a todas las Administraciones Públicas, como norma dictada al amparo del artículo 149.1.8.^a y 14.^a de la Constitución».

La citada Disposición Transitoria 8.^a determina la entrada en vigor de la Ley en los puntos que nos interesan, siendo la regla general la del 1 de enero de 1997. Para los inmuebles de naturaleza rústica, se demora la entrada en vigor hasta el 1 de enero de 1998.

A) CONSTANCIA DOCUMENTAL DE LA REFERENCIA CATASTRAL

a) DOCUMENTOS EN QUE DEBE CONSTAR

La constancia de la referencia catastral en los inmuebles a que se refieren los artículos 62 y 63 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas locales, deberá figurar:

1.º En las escrituras o documentos donde consten actos o negocios de trascendencia real, relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 50.1, primer inciso).

2.º En los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles (art. 50.1, segundo inciso).

3.º En los expedientes y resoluciones judiciales o administrativas cuya finalidad sea instruir o resolver procedimientos que afecten a esos mismos bienes (art. 50.2, inciso segundo y 3).

4.º En los documentos que pongan de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles (art. 50.1, tercer inciso).

b) EXCEPCIONES

No será necesaria la referencia catastral:

1.º En los documentos en que conste la cancelación de derechos reales de garantía (art. 50.1, párrafo segundo).

2.º En los casos de modificaciones de fincas, en que bastará la referencia catastral en las fincas de origen, como luego veremos con más detalle (art. 51.5).

3.º En los actos administrativos en que se adopten o cancelen medidas tendentes a asegurar el cobro de deudas de derecho público (art. 52.5.1).

4.º En los procedimientos que tengan por objeto los aplazamientos o fraccionamientos de pago regulados en el Reglamento General de Recaudación (art. 52.5.2, primer inciso).

5.º En los procedimientos de comprobación, investigación y liquidación tributaria cuando dicha referencia catastral sea ya conocida por la Administración tributaria (art. 52.5.2, segundo inciso).

6.º En las resoluciones judiciales o administrativas dictadas en procedimiento de apremio, en cuyo cumplimiento y ejecución haya de practicarse alguna anotación en el Registro de la Propiedad (art. 53.4).

c) FORMA DE ACREDITAR LA REFERENCIA CATASTRAL

1. Como regla general, para que pueda hacerse constar, la referencia catastral deberá justificarse mediante el documento que exhiba o aporte el interesado, que necesariamente será uno de los siguientes, según señala el artículo 50 de la Ley:

- a) Ultimo recibo justificando el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
- b) Certificado u otro documento expedido por el Gerente del Catastro o por el órgano de la propia o distinta administración en que el mismo delegue.
- c) Escritura pública.
- d) Información registral.

Será requisito común que, en cualquiera de los citados documentos, figure de forma indubitada la referencia catastral.

2. Para el caso especial de que la referencia catastral inscrita sufra modificación que no comporte alteración de las características de la finca, bastará para su constancia en el Registro, la comunicación expedida al efecto por el Catastro.

B) CONSTANCIA REGISTRAL DE LA REFERENCIA CATASTRAL

Lo primero a destacar de las normas que estamos estudiando es el hecho de que deja de ser potestativa la constancia en el Registro de la Propiedad de la referencia catastral, como se deduce de la regla 3.^a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que sólo exige su indicación en el asiento *si constare*. A partir de la nueva Ley, esa indicación de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad pasa a ser obligatoria, como claramente se deduce del artículo 50.1, *in fine*, al disponer que:

«La referencia catastral de los bienes inmuebles se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos previstos en la presente Ley». Luego veremos a qué supuestos se refiere la Ley.

Se completa esta norma general con la contenida en el artículo 54.11, conforme al cual: «La constancia de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad tendrá por objeto el cumplimiento de los fines de esta ley y posibilitar el trasvase de la información entre el Registro y el Catastro». Y, para conseguir ese trasvase de información, la normativa que

estamos estudiando va encaminada a procurar la constancia registral de dicha referencia catastral y a que la misma sea coincidente con el inmueble afectado.

Para determinar *cuándo existe esa coincidencia*, se destina una norma, entre las contenidas en el artículo 51 dedicadas a los documentos notariales, en la que se dice que: «Se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos:

- a) Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constare esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad.
- b) Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por 100 y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Si hubiere habido un cambio en el nomenclator y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que al Notario le constaren».

Entrando en el estudio de las normas sobre acceso al *Registro de la referencia catastral*, hay un precepto general —el art. 50.4— que alude a varios supuestos: a) Constancia de la referencia catastral *al practicar cualquier asiento* en el Registro de la Propiedad en el que haya de describirse la finca afectada; b) Identificación catastral como *operación específica*, y c) *Modificación de la referencia catastral inscrita* que no comporte alteración de las características físicas de la finca, y otra serie de operaciones registrales aludidas en el artículo 53, como la *inmatriculación* de fincas, *modificaciones en la superficie* y *alteración de linderos* de fincas inscritas, de todos los cuales pasamos a ocuparnos.

1. CONSTANCIA DE LA REFERENCIA CATASTRAL AL PRACTICAR ALGÚN ASIENTO

1. *Regla general*: Podemos considerar como supuesto normal aquél en que haya *constancia de la referencia catastral en los documentos a inscribir*, ya que, tanto al Notario como a la autoridad administrativa que autoricen documentos inscribibles, se le exige, en los artículos 51 y 62, que hagan constar en dichos documentos la referencia catastral de los inmuebles a que los mismos se refieran. Partiendo de este presupuesto (constancia de la referencia catastral en el documento a inscribir), se contienen unas reglas en el artículo 53 que determinan los requisitos necesarios para hacer constar esa referencia catastral en cualquier asiento que se practique en el Registro de la Propiedad en el que haya que describirse la finca contenida en dicho documento. El citado artículo 53 permite distinguir dos supuestos:

1.º Si el Registrador, al calificar la documentación presentada, observa que de la misma resulta que la *referencia catastral* atribuida por los otorgantes en el documento inscribible *se corresponde con la identidad de la finca y coincide con la del inmueble objeto del asiento*:

- **Recogerá en el mismo asiento**, como uno más de los datos descriptivos de la finca, **la referencia catastral**.

Esta calificación que ha de realizar el Registrador para ver si se dan esos datos de coincidencia, está facilitada en la misma Ley, ya que hemos visto antes que indica en el artículo 50 los casos en que se entiende que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca, a lo que deberá atenerse el Registrador.

2.º Si al calificar la documentación presentada resulta que la *situación, denominación y superficie* de la finca descrita *en el título no se corresponde* con los datos descriptivos del *documento catastral* aportado o cuando éste *no refleje dichos datos* a lo que haga en términos que *no permitan apreciarse la identidad* entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título:

- Sólo podrá reflejarse la *referencia catastral* invocada por los otorgantes si el *documento* reúne los *requisitos* que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían *inmatricular* la finca.

A esta forma de llevar al Registro el dato de la referencia catastral, se aplican reglas análogas a las previstas para otras inmatriculaciones, como vemos en la Ley que estudiamos, conforme a la cual: «En todo caso, habrán de publicarse los edictos prevenidos en dichos artículos, en los que se exprese que a la finca registral que se describe se le atribuye la referencia catastral reseñada en el documento. La consignación registral de la referencia catastral *no producirá efectos* frente a terceros durante los *dos años* siguientes a la fecha del asiento respectivo».

Además de reunir el documento en que conste la referencia catastral los requisitos que acabamos de exponer, se contiene una *prohibición* especial en el artículo 53.6, al disponer que: «En *ningún caso* se *hará constar en el folio abierto a una finca inmatriculada* una **referencia catastral que venga ya atribuida** a otra finca inscrita *si no media el consentimiento del titular registral de ésta o la oportuna sentencia firme* dictada en procedimiento declarativo entablado en él».

Esta norma puede plantear problemas de cumplimiento, al no haberse previsto en la legislación anterior que hubiese ningún control de la referencia catastral de las fincas que accedían al Registro. Estimo que, a partir de ahora,

y para poder dar cumplimiento a la prohibición que estamos comentando, debe incorporarse al programa de tratamiento de textos algún resorte que haga posible ese control, respecto a las operaciones relativas a finca que accedan al Registro en las que se haga constar la referencia catastral. Es una idea que dejo apuntada, aunque al no ser técnico no puedo resolver.

2. *Que constando la referencia catastral en el documento presentado, considere el Registrador que esa referencia puede no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del asiento que se pretende:*

- Deberá comunicarlo al Catastro, mediante la *solicitud de certificación o documento informativo*, que le será remitido en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.
- Cuando le sea remitido el certificado o documento informativo, previa calificación favorable, **hará constar la referencia** en el *asiento* o, si éste ya se hubiera practicado, por *nota al margen* del mismo, consignándolo en su caso, también por *nota al pie del título*.

3. *Que la referencia catastral no conste en los documentos a inscribir:*

- El Registrador deberá *advertir de forma expresa y escrita* al interesado o al presentante la *obligación de aportar los documentos de los que resulte la referencia catastral* dentro del plazo de despacho del documento, y que, en caso de no hacerlo, *incurre en el incumplimiento de la obligación* establecida en esta Ley.

- Una vez transcurrido dicho plazo *sin haberse cumplido dicha obligación* dejará **constancia** del incumplimiento por *nota al margen* del asiento y *al pie del título*.

- En estos casos, el Registrador deberá **comunicar al Catastro** la identidad de las *personas que hayan incumplido* la obligación, haciéndolo **constar, de forma separada, en la relación** a que se refiere el artículo 55 de esta Ley.

Aunque nada se dice al respecto, entiendo que, si los interesados responden positivamente a la petición del Registrador y aportan los documentos acreditativos de la referencia catastral antes de la práctica del asiento correspondiente, no harán la comunicación al Catastro, y previa calificación favorable, podrá hacerse *constar la referencia catastral en el asiento*.

Si la aportación de los documentos se hubiese efectuado una vez transcurrido el plazo para despachar el documento y despachado el mismo, el Registrador hará la comunicación prevista al Catastro, aunque también podría acceder la referencia catastral al Registro, aplicándole las normas del apartado 4 del artículo 53, que luego veremos, esto es, como operación específica, pudiéndose estimar cumplido el requisito de la solicitud o rogación para su

práctica por el hecho de la presentación, aunque tardía, de los documentos que acrediten la referencia catastral.

Se trata del supuesto de que pasamos a ocuparnos.

2. IDENTIFICACIÓN CATASTRAL COMO OPERACIÓN ESPECÍFICA

El titular registral podrá solicitar la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación específica, para lo cual:

- Si aporta *certificación catastral que describa la finca en los mismos términos* de denominación, situación y superficie, que los *que figuran en el Registro*, **se hará constar** la referencia catastral **por nota al margen** del asiento y al **pie del título**. *Lo mismo* se hará si, coincidiendo la descripción y situación, la diferencia de superficie *no excede del 10 por 100* de la reflejada en el Registro, o cuando habiendo diferencias en el nombre o número de la calle, se justifica debidamente la identidad.
- *Fuera de estos casos* que acabamos de citar, la consignación registral de la referencia catastral sólo podrá efectuarse mediante cualquiera de los **procedimientos** previstos para la **inmatriculación** de fincas.

En ambos supuestos, el **Registrador deberá comunicar al Catastro** la relación de fincas objeto de identificación catastral posterior.

3. MODIFICACIÓN DE REFERENCIA CATASTRAL INSCRITA

Como vimos al referirnos a los documentos a través de los cuales puede acreditarse la referencia catastral, en el último apartado del artículo 50, se contempla el supuesto de que la referencia catastral inscrita sufra modificación que no comporte *alteración de las características de la finca*, bastará para su constancia en el Registro, la **comunicación expedida al efecto por el Catastro**.

4. INMATRICULACIÓN DE FINCAS

Se contiene en el artículo 53.7 una norma que ha de considerarse complementaria de las contenidas en la legislación hipotecaria, en virtud de la cual: «En lo sucesivo *no se inmatriculará* ninguna finca en el Registro *si no se aporta junto al título inmatriculador* **certificación catastral** descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título».

En esta norma no se hace alusión, como en otras de la misma Ley, a la admisión de posibles diferencias en la superficie de la finca que no exceda del 10 por 100. Es bastante clara la disposición al hablar de «totalmente coincidente».

5. RECTIFICACIONES DE CABIDA, ALTERACIÓN DE LINDEROS Y ACCESO AL REGISTRO DE EXCESOS DE CABIDA DE FINCAS INSCRITAS

En primer lugar, debemos tener en cuenta la norma que, entre las que el artículo 52 destina a los documentos notariales, y que se refiere a *las modificaciones de fincas*, en general, de la cual resulta:

- En principio, *será suficiente* la aportación de la **referencia catastral de las fincas de origen**.
- Pero, *si fuese necesario* para la operación de que se trate, habrá que presentar **también el plano o proyecto** que refleje las modificaciones realizadas.

En cuanto a la *actuación del Notario* en estos casos consistirá en:

- **Remitir copia simple junto con el plano o proyecto** si se lo presentare el interesado *al Catastro*, para que por éste se expida **nueva referencia catastral**, lo que debe *notificar* el Catastro al titular de la finca afectada y al Notario autorizante del documento.

Recibida la notificación, el Notario:

- Hará constar la *nueva referencia en la matriz* por diligencia o por nota al margen de la descripción de la finca.
- A instancia de los interesados, *transcribirá* la nota o diligencia de la matriz *en la copia* ya expedida que se le presente.

Aunque nada se diga en la Ley, estimo que, en base a esa nueva copia que expida el Notario, podrán practicarse en el Registro las oportunas operaciones y en las que se harán constar las nuevas referencias catastrales que haya notificado el Catastro.

En cuanto a las *reglas especiales* dirigidas al *Registrador*, se contienen en el artículo 53, conforme al cual podemos distinguir:

- a) *Regla general*: La rectificación de la cabida de una finca o la alteración de sus linderos cuando éstos sean fijos o de tal naturaleza que existan dudas de la identidad de la finca, podrá realizarse *con base* en una **certificación catastral descriptiva y gráfica** de la finca, siempre

que, entre la *descripción* de la finca en esta *certificación* y la que conste en el *Registro*, pueda deducirse la *identidad de la finca*.

En otro caso, el Registrador no practicará la inscripción, pudiendo extender **anotación preventiva de suspensión** con arreglo a la legislación hipotecaria.

- b) *Excesos de cabida inferiores a la quinta parte* de la cabida inscrita: Cuando no se les pueda aplicar lo previsto para el caso anterior, se harán constar mediante **certificado o informe** sobre su superficie, expedido por *técnico competente* y siempre que el *Registrador* no *abrigue dudas* sobre la identidad de la finca.

Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación urbanística y agraria.

- c) La modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que hagan *dudar de la identidad de la finca* podrá efectuarse en virtud de **acta notarial de presencia y notoriedad** que *incorpore un plano de situación a la misma escala que la que obre en el Catastro*, e *informe de técnico competente* sobre su medición, superficie y linderos. Dicha acta se ajustará en su tramitación a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria a excepción de lo previsto en su regla 8, esto es, no será necesario el trámite de la aprobación judicial. Esta misma dispensa de aprobación judicial se contenía también en el artículo 64 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, sobre Explotaciones Familiares Agrarias para el acta notarial de reanudación de tracto registral.

La diferencia entre este acta notarial y la certificación catastral descriptiva y gráfica del apartado *a)*, consiste en que el acta es título inmatriculador (podrá efectuarse *en virtud*) y la certificación es documento complementario del título inmatriculador, normalmente una escritura pública (podrá realizarse *con base*).

6. CONSECUENCIA DE LA NO CONSTANCIA DE LA REFERENCIA CATASTRAL

Dada la finalidad perseguida por la constancia registral de la referencia catastral que, como vimos, es la de cumplir los fines de la ley y posibilitar el trasvase de información entre el Registro y el Catastro, es natural que, en aquellos casos en que no conste en los documentos inscribibles o no la aporte el Catastro o los interesados cuando les sea reclamada, este hecho **no impida la práctica de los asientos registrales** correspondientes en el Registro de la Propiedad, conforme a la legislación hipotecaria (art. 53.3). Esta regla será aplicable solamente a los casos en que la aportación de la referencia catastral

no sea necesaria de modo expreso para la práctica de determinado asiento registral, como los del apartado 5 del artículo 53.

Conjugando esta norma con la que hemos visto, ordena hacer constar por nota al margen del asiento practicado la omisión de la obligación de aportar la referencia catastral, llegamos a la conclusión de que la no aportación de los documentos que acrediten la referencia catastral o las irregularidades en los mismos que no permitan reflejarla en el Registro de la Propiedad, no afecta a los plazos de despacho de los documentos en el Registro, ya que el documento afectado se despachará en el momento que le corresponda, de no existir otro defecto que lo impida.

Vistas las reglas destinadas preferentemente a regular la constancia de la referencia catastral en los asientos que se practiquen en el Registro de la Propiedad, creo necesario referirme a otras normas que, aunque destinadas a los Notarios y a los Organos administrativos, pueden servir de complemento o aclaración de las expuestas.

DOCUMENTOS NOTARIALES

Se ocupa de los mismos el artículo 51, del que ya hemos expuesto alguna de sus normas, y en cuyo precepto podemos distinguir:

- a) Regla general: Cuando con anterioridad a la autorización del documento correspondiente, hayan acreditado o aportado los interesados en el mismo la referencia catastral, espontáneamente o a consecuencia de la solicitud que el mismo Notario les haga al efecto, si éste aprecia la correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca y su coincidencia con el inmueble objeto del acto o negocio jurídico documentado:
 - Transcribirá en el documento la referencia catastral e
 - Incorporará a la matriz el documento catastral aportado para su traslado a las copias.
- b) No coincidencia de la referencia catastral con el inmueble objeto del acto o negocio a documentar, aunque la referencia catastral resultante de los documentos aportados por los interesados reúna los requisitos de identidad antes expuestos:
 - El Notario lo comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días siguientes al de la recepción de la solicitud.

- Caso de urgencia alegada por los otorgantes, el Notario podrá autorizar el documento:
 - haciéndolo constar así,
 - transcribiendo en él la referencia catastral,
 - reseñando el justificante aportado y
 - expresando su duda sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble.
 - Autorizado el documento en esos supuestos de urgencia, el Notario se abstendrá de hacer constar la referencia remitida por el Catastro sin que medie consentimiento de los interesados.
- c) Incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral: Hay que distinguir entre efectos de dicho incumplimiento y obligaciones del Notario
1. Efectos: Sin perjuicio de otras posibles sanciones, a pesar de la omisión de la referencia catastral:
 - El Notario podrá autorizar el documento.
 - No afectará a la eficacia del documento.
 - Ni a la del acto o negocio que contenga
 2. Obligaciones del Notario: Se impone al mismo los deberes de:
 - Advertir a los interesados de forma expresa y escrita en el propio documento, que incurren en incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley.
 - Comunicar al Catastro la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar, de forma separada, en la relación a que se refiere el artículo 55 de esta Ley (que luego vemos al estudiar las comunicaciones).

Se cierra el artículo 52 con las normas sobre modificaciones de fincas, que ya hemos expuesto al referirnos a su acceso al Registro, por lo que nos remitimos a lo dicho antes para evitar repeticiones.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

En forma paralela a lo que se dispone para los Notarios, se contienen en el artículo 52 una serie de normas relativas a los órganos competentes que instruyan un procedimiento administrativo que afecte a los bienes inmuebles incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, a saber:

- a) Regla general: Si los interesados, titulares de derechos reales o de trascendencia real sobre bienes inmuebles aportan la referencia catastral, una vez que los requieran al efecto, con apercibimiento que de no hacerlo en el plazo de diez días, incumplirán la obligación que se le impone en esta Ley:
 - Harán constar la referencia catastral, así como el justificante, en su caso, aportado en la resolución que ponga fin al procedimiento.
 - Haciendo constar si la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca, en los términos del artículo 51, ya visto antes.
- b) Si el obligado no aportare la documentación solicitada o si el órgano competente no la tuviere por cierta:
 - Solicitará al Catastro certificación o documento informativo que le será remitida en el plazo máximo de cinco días hábiles por cualquier medio que permita su constancia.
 - Dicha certificación se incorporará al expediente, previa audiencia de los interesados, aunque éste estuviera ya resuelto.

Como efectos de la no aportación de la referencia catastral por los interesados, lo mismo que para los documentos notariales, se dispone que esa omisión no suspenderá la tramitación del procedimiento ni impedirá la resolución del mismo, sin perjuicio de lo dispuesto para el caso de que la resolución fuese inscribible en el Registro de la Propiedad, de lo que luego tratamos, o de lo especialmente regulado para supuestos concretos en que se exija la aportación de determinada documentación catastral como requisito para continuar el procedimiento.

Nos encontramos, por último, con las normas sancionadoras y las de colaboración entre los funcionarios, tendentes a conseguir se cumpla la finalidad de la Ley.

EFFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

Aparte los efectos que pueda ocasionar el incumplimiento de obligaciones por parte de las personas que deben presentar los documentos acreditativos de la referencia catastral, en los casos que se determinan en los preceptos que hemos ido exponiendo, la Ley destina un precepto especial a las sanciones, conforme al cual: «El incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley se considerará infracción tributaria simple y se sancionará con multa de 1.000 a 150.000 pesetas, de conformidad con lo establecido

en la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963. La competencia para instruir el procedimiento sancionador e imponer la sanción corresponde a los órganos que tengan encomendada la gestión del Catastro» (art. 54).

COMUNICACIONES

El último de los preceptos que nos queda por analizar es el relativo a las **comunicaciones** entre los diversos órganos que, de momento, ha de considerarse incompleto, ya que se prevé un desarrollo reglamentario del mismo, que no se ha producido al escribir estas líneas, y que por orden conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y Justicia se regulará el procedimiento y forma de dar cumplimiento a la obligación de comunicación establecida en este artículo. De momento se establece:

- Los *Notarios y Registradores de la Propiedad* remitirán a la **Gerencia Territorial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de la provincia en que radique el inmueble**, en la forma que reglamentariamente se determine, y dentro de los veinte primeros días de cada trimestre, información relativa a los documentos por ellos autorizados o inscritos en el trimestre anterior, comprendidos dentro del ámbito de esta Ley, de los que se deriven **alteraciones catastrales** de cualquier orden, en los que se hará constar en forma suficiente si se ha cumplido o no la obligación establecida en el artículo 50.

Lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio del deber general de colaboración establecido en la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963.

- El órgano que tenga encomendada la gestión del Catastro remitirá, en el plazo más breve posible, a la Administración Tributaria estatal y a la Administración autonómica del territorio en que radiquen los bienes inmuebles, copia de la información suministrada sobre personas que hayan incumplido la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley.

MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Relaciones Catastro-Registro

SUMARIO INTRODUCCION.—ANTECEDENTES: REAL DECRETO DE 3 DE MAYO DE 1980. Breve examen.—IV CONGRESO DE DERECHO REGISTRAL 1980. CONGRESO DE ROMA 1982. LEGISLACIÓN REFERENTE AL CATASTRO: Real Decreto 222/1987, de organización del Catastro. Real Decreto 585/1989, de ordenación geográfica. Ley 7/86, de ordenación geográfica. LA EVOLUCIÓN DE R.H. LAS NUEVAS FORMAS DE COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO: El sistema de 1993. El sistema de cruce informático de datos. LA COMISIÓN ANTIFRAUDE DE JUNIO 94. LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA REFERENCIA CATASTRAL.—LA LEY 13/96: IDEAS GENERALES. EL PROBLEMA DE NO OPTAR EN PLAZO LA REFERENCIA CATASTRAL Y EL CONCEPTO DE INFRACCIÓN TRIBUTARIA SIMPLE. PROCEDIMIENTO: Judicial. Notarial. LA REFERENCIA PROVISIONAL. Procedimiento registral. El problema del concepto «pleno de despacho del documento y la optatoria de la referencia catastral». LA INMATRICULACIÓN DE FINCAS. PROBLEMAS DE RETROACTIVIDAD. LA CUANTÍA DEL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS DE LEGITIMACIÓN Y SE PUBLICA EN RELACIÓN A DATOS BASADOS EN EL CATASTRO. EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 53.2. LA CUESTIÓN DE LOS EXCESOS DE CALIDAD Y LAS REDIFICACIONES DE SUPERFICIE: El técnico competente.—CONCLUSION GENERAL.

INTRODUCCION

En el Cincuentenario de la Ley Hipotecaria del 1946 el círculo de las relaciones entre Catastro y Registro, siempre discutidas y nunca acabadas, parecen que se cierran, pero en virtud de una Norma no civil, sino fiscal.

Efectivamente la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, ha modificado la Ley Reguladora de Haciendas Locales, y determina no sólo la constancia de la referencia catastral, sino que va más allá, y parece que establece un modelo de coordinación Registro-Notaría-Catastro, con trascendencia hipotecaria que se traduce también en la modificación del RH, principalmente del actual artículo 298, dando un nuevo alcance y regulación a las inmatriculaciones y un probable planteamiento nuevo de los principios de legitimación y fe pública en relación a la descripción de fincas.

ANTECEDENTES

REAL DECRETO DE 3 DE MAYO DE 1980

Este Decreto constituye la primera Norma que establece la coordinación Catastro-Registro desde 1861.

Las ideas rectoras de este Decreto son, en líneas muy generales, las siguientes:

1. La existencia de un intercambio de datos entre ambas instituciones y, en consecuencia, la consideración de tales datos por la Institución Catastral y Registral.

2. Según la exposición de motivos, se define al Catastro Topográfico Parcelario como «servicio administrativo» y al Registro de la Propiedad como «Institución básicamente dirigida a la publicidad y protección frente a terceros de las relaciones jurídico-privadas en el ámbito inmobiliario», con lo cual se da por superado el concepto del Catastro Jurídico de la Ley de 1906.

3. La coordinación es, de entre todos los Catastros, entonces existentes, entre Catastro Topográfico Parcelario y el Registro de la Propiedad, y como consecuencia indirecta con el Catastro de Rústica de Hacienda, es decir, que un Catastro da la planimetría y el otro, la lista de contribuyentes.

Queda fuera de esta coordinación el CATASTRO de Urbana, si bien en la práctica en los pocos Registros pilotos que han funcionado también ha sido incluido, a partir de la creación del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria.

Por otra parte, esta coordinación se declara de interés público, es plena y además de carácter progresivo. Sin duda al no haber medios informáticos que permitan el cruce masivo de datos.

MEDIOS INSTRUMENTALES

El Instituto Geográfico suministrará al Registro de la Propiedad los planos parcelarios y emitirá cédulas parcelarias con el nombre del propietario.

En cuanto a la forma de coordinación tenemos que considerar que cuando el dato descriptivo de la finca en el Catastro coincida con los del Registro de la Propiedad la coordinación será plena, pero no es necesaria que la identidad sea total, pues lógicamente se admiten diferencias de superficie, que encajen en los coeficientes de error admitidos en mediciones, y que en cualquier caso, y esto es importante, no haya dudas por parte del Registrador en identificación de la finca.

Esta coordinación se realizará en los casos siguientes:

- 1.º En las inmatriculaciones.
- 2.º En los casos de modificación de identidades hipotecarias.
- 3.º Cuando el título inscribible contenga en relación al Registro de la Propiedad diferencias de extensión o linderos con la finca objeto de inscripción.
- 4.º Cuando se solicite cualquier operación sobre la finca.

En todos estos casos se acompañará por duplicado la cédula parcelaria con el título correspondiente. En dicho título se hará constar si ha habido la coordinación o no. Si hay coincidencia se hará constar en el cuerpo de la inscripción, y si no hay coincidencia se hará constar esta circunstancia en la inscripción y en el título.

Practicada la coordinación, el Registrador enviará una cédula al Instituto Geográfico, haciendo constar la referencia registral, el nombre del titular de la finca y el hecho de haberse practicado o suspendido la coordinación.

Recibida esta comunicación por la Delegación provincial del Instituto procederá:

1. Tomar razón de la titularidad dominical de las fincas coordinadas.
2. Oficiar al Ayuntamiento y a la Delegación de Hacienda, a efectos de que se tome nota de las modificaciones en los Registros fiscales y se actualicen los recibos de contribución.

En los casos de inmatriculación el Registrador remitirá al Instituto relación de fincas no coordinadas por no tener cédulas.

En los supuestos de modificaciones hipotecarias se remitirá una relación de fincas nuevas y sus titulares, y en ambos casos la Delegación Provincial del Instituto remitirá las nuevas cédulas, debiendo los interesados aportar los títulos al Registro de la Propiedad en el plazo que se señala reglamentariamente.

Desde luego, *la eficacia de la coordinación depende de sus efectos*: la Norma 9.ª establecía en su Apartado A «la coordinación de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad con el Catastro Topográfico Parcelario implicará la conformidad de la Administración con los datos descriptivos de la misma, contenidos en el folio registral».

Y el Apartado C «como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 38 de la LH, cuando los asientos del Registro contenga la coordinación de una finca con el Catastro Topográfico Parcelario se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral coinciden con la realidad física».

La doctrina, así CHICO ORTIZ, LÓPEZ MEDEL, VAQUER, GARCÍA Y GARCÍA enjuician con carácter general este Decreto de manera positiva, pues supone

el primer intento serio de coordinación, independientemente de sus limitaciones normativas (es sólo un Decreto) y de su ámbito de aplicación, pero, y eso es importante, que la infravaloración del Registro latente en otras normas, aquí no se encuentra, pues, aparte de la función calificadora del Registrador (de quien dependen en definitiva la coordinación), se destaca la presunción del artículo 38 que alcanza a los datos físicos de la finca coordinada, con lo que volvemos a las ideas de don JERÓNIMO GONZÁLEZ.

Por Ordenes de 30 de enero de 1982 y 8 de febrero de 1984 se designan numerosos municipios y Registros para iniciar la coordinación.

Desde la perspectiva de 1997 el resultado de la experiencia no ha podido ser más desoladora. A pesar de su bondad técnica, del apoyo de la doctrina, la verdad es que este Decreto no ha sido, en general, aplicado en la práctica. Este Decreto ha sido, prácticamente, letra muerta desde su publicación.

Las causas son seguramente múltiples. Por una parte, los trabajos catastrales no permitían la coordinación; de otra, las Oficinas del Catastro carecían de medios para llevarla a cabo, y en los Registros no habían ambiente para ello.

Hay que tener en cuenta un factor importante, y es que el Catastro no siente necesidad de la coordinación, pues prima más el aspecto fiscal, y desde ese punto de vista sólo interesa que alguien pague el recibo de la contribución, hoy IBI, y nada más. La idea de la coordinación es un mito que nadie se atreve a discutir, pero que nadie aplica.

Sin embargo, y a pesar de esta realidad práctica, en el IV Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en México en 1980, de forma monográfica se tomaron las siguientes conclusiones:

- 1.º El Registro de la Propiedad y el Catastro tienen funciones diversas.
- 2.º Es principio básico la coordinación entre Catastro y Registro, de forma que aquél aporte datos gráficos y descriptivos y éste al Catastro las modificaciones del dominio del inmueble.
- 3.º Que la coordinación exige que a través de los datos registrales no ofrezca dudas al Registrador la identidad del inmueble.

Aquí son de destacar las aportaciones de los Registradores JESÚS LÓPEZ MEDEL, JOSÉ M.ª CHICO y JOSÉ MANUEL GARCÍA Y GARCÍA, que plantearon el problema de la coordinación en el ámbito del Decreto de mayo de 1980.

En el mismo sentido se pronunció el Congreso de Roma de 1982, al tratar la inexactitud registral y, por último, aunque de manera indirecta, el Congreso de Río de Janeiro en 1987, que en su Comisión 4.ª, al tratar del parcelamiento de las tierras, señala: «la subdivisión del suelo debe ser objeto de regulación jurídica... y que la configuración de las parcelas se ha de verter en dos instituciones, una referida al aspecto físico, el Catastro, y otra, al ámbito jurídico, el Registro de la Propiedad, cuya vinculación y coordinación ha sido expresamente consideradas en la Carta de México».

Con posterioridad al Decreto de 1980, los Catastros se reorganizan y dejan de plantearse el problema de los múltiples Catastros. Efectivamente, por el Real Decreto 1279/1985, de 24 de julio, se crea el Centro de Gestión y Cooperación Tributaria, que reorganizado por Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero, que crea el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria y al que le corresponden los trabajos técnicos de formación, conservación y revisión de los catastros urbanos y rústicos.

Por su parte, el Real Decreto 585/1989, que desarrolla la Ley 7/1986, de 24 de enero, de Ordenación de Cartografía, le asigna las funciones del Instituto Geográfico y Catastral y se establece la figura de finca coordinada, en concordancia con el artículo 9 del Decreto de 1980, y atribuye al Centro de Gestión Catastral la competencia sobre producción y mantenimiento de la cartografía catastral.

De esta manera, el Decreto de 1980, que establecía la coordinación con el catastro topográfico parcelario, queda desfasado.

Por otra parte, la Ley 30/1988, de 28 de diciembre, de Reforma de las Haciendas Locales, señala que los «Catastros inmobiliarios constituyen un inventario organizado y valorado de bienes inmuebles», y, como señala la Disposición Adicional Cuarta, este inventario se estructura «como base de datos y que la función primordial del Catastro es dar a conocer la propiedad territorial, permitiendo que se configure como una base de datos utilizable por la Administración y por los particulares», y define a esta base de datos como «instituida por un conjunto de datos y descripciones de superficie, situación, linderos, cultivos y aprovechamientos, calidades, valores y otras circunstancias físicas económicas y jurídicas, que dan a conocer la propiedad territorial y la definen en sus diferentes aspectos y aplicaciones».

Por consiguiente, la Ley de Haciendas Locales define claramente el contenido del nuevo Catastro, que va a ser, como se desprende de su articulado, fundamental para Ayuntamientos, Diputaciones y Comunidades Autónomas, por lo que de nuevo prima el aspecto fiscal sobre el topográfico.

Pero lo importante a destacar es que el Centro de Gestión Catastral se configura como una potentísima base de datos, que ha experimentado en estos últimos diez años un crecimiento impresionante, dotándose de un modernísimo sistema informático y cartográfico en colaboración con los Ayuntamientos, que le suministra los datos urbanísticos.

Desde otra perspectiva, la legislación hipotecaria también se adapta este nuevo Catastro.

Ya la Exposición de Motivos del Decreto de 17 de marzo de 1959 señalaba «que se iniciaba la concordancia del Registro con el Catastro» (con lo cual ya se daba un primer paso).

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 31 de julio de 1987 ya señalaba «que, como complemento identificador de las fincas, el Re-

gistro de la Propiedad dispondrá progresivamente de una base gráfica de fincas....», con lo que se pretendía conseguir la identificación de fincas, pero ya sobre unas bases nuevas al Decreto de 1980, cuya inaplicación era aceptada de manera general.

Un paso más lo da el Real Decreto 430/1990, del 30 de marzo, que señala «al objeto de modernizar los sistemas de identificación de las fincas, se introduce la obligación de utilizar bases gráficas o digitalizadas, lo cual facilitará la coordinación Registro-Catastro», y en su artículo 398.b) señala que el Registro de la Propiedad utilizará la cartografía oficial del Centro de Gestión Catastral; por tanto, las referencias catastrales en las coordenadas UTM; el artículo 398.c) señala que se hará constar la referencia catastral en el Índice General Informatizado, emitiendo el Colegio de Registradores al Catastro en soporte magnético la información relativa a las transmisiones inscritas.

[Norma ésta en claro desuso como, en general, todas las de coordinación, y que se inscribe en el catálogo de buenas intenciones, al menos desde el punto de vista concreto]. Sin embargo, desde una perspectiva general se inicia un nuevo camino de relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Catastro.

1.º La coordinación es con un solo Catastro.

2.º Se aborda desde bases gráficas y digitalizadas por más que estas últimas sean escasas.

3.º Y sobre todo, desde una perspectiva informática por parte de ambas instituciones, lo que va a permitir manejar un volumen de datos de otra manera inabordable.

4.º Todavía interviene en la identificación de fincas el particular.

5.º Ahora bien, como el Catastro no suministra esas bases gráficas ni los planos parcelarios, es por lo que la coordinación se hace finca a finca, es decir, como señala los textos legales de manera progresiva.

La Ley 31/90, de 27 de diciembre, inaugura una nueva forma de relación con el Catastro. Esta Ley modifica la tan citada Ley de Haciendas Locales, añadiendo un párrafo al número 2 del artículo 77, en cuya virtud desaparece la obligación de darse de alta en el Catastro cuando la circunstancia de alteraciones consten en documento notarial o fueran inscritas en el Registro de la Propiedad.

En cumplimiento de ella se formalizó el 12 de noviembre de 1992 un acuerdo entre la Federación de Municipios madrileños, el Colegio Notarial de Madrid y el Catastro, acuerdo que luego se extendería a otras Comunidades Autónomas, por el que los Notarios comunican a las Gerencias Territoriales la información relativa a la información de dominio y a otras modificaciones.

En el caso de nuevas fincas, el Catastro comunicará al Notario la nueva referencia catastral, lo cual es importante para evitar la elusión de tributos,

pues la ausencia de la referencia catastral impide la concreta identificación de fincas y por tanto la utilización de medios informáticos para verificar las declaraciones fiscales, estableciéndose de esta manera **una coordinación Catastro-Notaría**, que se ha ido ampliando a diversas Comunidades Autónomas y que se ha mantenido; no obstante, la Ley 42/94, de 30 de diciembre, volvía instaurar la obligación de los particulares de presentar las declaraciones en el Catastro y se ha mantenido esa colaboración porque el volumen de información que los Notarios aportan al Catastro es muy importante y sobre todo mucho mayor que la que aportan los Registros de la Propiedad, que es prácticamente nula.

Desde esta perspectiva y en relación a la reforma del RH del 90 se inicia otra experiencia de coordinación Catastro-Registro en julio de 1993.

Se parte de unas bases menos exigentes y más realistas, según señalaba la Directora del Centro de Gestión Catastral, M.^a José Llombart, y se eligen una serie de municipios que bien tengan una reciente cartografía o bien dispongan de la misma en formato magnético.

Con este material, que sería entregado a los Registros de la Propiedad, se permitiría la localización de manera fiable de las fincas objeto de la coordinación. Para ello se destinaron 20 Gerencias Territoriales y 36 Registros de la Propiedad. El proceso se diseña a tres niveles:

1.^º La identificación sería en primer lugar en el Registro de la Propiedad, con la cartografía aportada por el Catastro.

2.^º Un segundo nivel sería cuando, a petición del Registro, el Catastro expida certificación gráfica, cuando la finca no se haya podido localizar de la manera anterior.

3.^º Un tercer nivel sería una actuación del personal del Catastro a petición del Registro.

Localizada la finca, con linderos y cabidas, ya puede producirse el intercambio de información, para lo cual el Catastro y el Registro establecerían un fichero informático que recogería información del Registro y que serviría para el mantenimiento del Catastro: así datos del adquirente transmitente relativos a la finca como obras nuevas segregaciones; transmisiones, referencia catastral y precio.

El resultado de esta experiencia tampoco fue alentadora (prácticamente ni se puso en marcha salvo en sitios concretos). La mayoría de los Registros no pidieron ni los planos ni la cédulas, ni las Gerencias mostraron interés en enviarlos ni en comunicarse con los Registros.

Además el fichero de intercambio elaborado por el Catastro era bastante deficiente, pues, por ejemplo, consideraba al matrimonio como una comunidad romana, no permitía distinguir entre nudo propietario y usufructuario, no se podía hacer constar las modificaciones hipotecarias, etc.; en realidad, la información del Registro era un complemento de la del Notario.

Pero lo cierto es que allí donde se puso en marcha la experiencia, o continuaba, los resultados fueron buenos: Se identificaban las fincas, hubo colaboración de los particulares, las identificaciones del Registro causaban alta en el Catastro, se mejoraba la gestión tributaria, se disminuían los errores de titulares en los recibos del IBI, las altas se tramitaban con mayor rapidez, con lo cual aumentaban los recursos de los Ayuntamientos, que a su vez, refiriéndose a la experiencia de Almagro, colaboraron con el Registro y con el Catastro, incluyendo un nuevo elemento en la coordinación, que ya no es bilateral, sino a cuatro bandas: Registro-Ayuntamiento-Notaría-Catastro.

Dentro de esta actividad, hay que hacer referencia a una experiencia nueva en la coordinación: el cruce masivo de datos.

Es un ensayo entre la Gerencia del Catastro de Madrid y el Registro de la Propiedad de Madrid-37, referida a la experiencia de Vicálvaro.

Mediante la elaboración de un programa informático de intercambio de ficheros se cruzaron el programa del Colegio de Registradores y el del Catastro, con ello se perseguía:

- 1.º Atribuir a la finca registral la referencia catastral.
- 2.º Intercambio de información y comunicación recíproca entre las dos instituciones.

Los resultados, en principio, fueron buenos, pues se logró un nivel de identificación en urbanas del 91% en parcelas y un 71% en fincas registrales-unidades urbanas.

En el R.P. de Almagro también se efectuó un cruce de datos, aprovechando la recuperación de fincas, sus resultados son:

Fincas recuperadas y consultadas con el Catastro:

1.000 fincas RUSTICAS consultadas:

- 10 fincas no coinciden el titular registral con el catastral.
- 70 fincas coinciden el titular registral y catastral, la superficie y el sitio.
- 120 fincas no se pueden identificar porque el titular registral tiene varias en el mismo sitio.
- 280 fincas no se pueden identificar porque el titular registral tiene varias en el mismo sitio.
- 520 fincas no figuran a nombre del actual titular registral ni del anterior.

1.000 fincas URBANAS consultadas:

- 20 fincas figuran catastradas a nombre de otro que no es el titular registral.
- 150 fincas varía el número de la calle en ambos archivos (Registro y Catastro).
- 150 fincas no figuran a nombre del actual titular registral ni del anterior.
- 680 fincas coinciden el titular registral y catastral.

Dentro de esta dinámica hay que destacar el Informe de la Comisión antifraude de junio de 1994.

Al analizar el fraude inmobiliario se señala como una de las causas el contrato privado, sugiriendo dar a la inscripción carácter constitutivo, indicando que se deberían hacer las reformas civiles hipotecarias correspondientes para evitar la clandestinidad en las transmisiones.

Unido a este problema, y siempre desde una perspectiva de lucha contra el fraude fiscal, se señala la necesidad de la identificación de las fincas, indicando que sería necesario la constancia de la referencia catastral en las escrituras y que las autoridades administrativas que gestionen bases de datos introduzcan dicha referencia con el N.I.F. de los sujetos pasivos.

Asimismo, señala la necesidad de potenciar el carácter censal del Catastro, haciendo hincapié en el correcto mantenimiento de los titulares de los bienes, para lo cual hace falta la colaboración con el Registro y señala «que las medidas tomadas en esta materia, como el caso de las experiencias piloto, son muy positivas pero muy reducidas».

Por ello, la Unidad de Lucha contra el Fraude considera urgente superar esta situación, poniendo las bases jurídicas y técnicas precisas para la intercomunicación informativa entre los diversos agentes públicos actuantes en materia inmobiliaria.

Y se proponen de manera concreta una norma que dé cobertura jurídica y obligatoria al enlace entre Notarías, Registros y Catastro y arbitrar los instrumentos técnicos precisos para que la coordinación sea operativa, y finalmente pide la Unidad la completa coordinación del Registro y de la Notaría con el Catastro.

Por consiguiente, vemos que ya desde el año 1989, desde la aprobación de la LHL, la coordinación no es ya un postulado hipotecario, como señalaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ, sino un problema de carácter fiscal, y desde esta perspectivas se va a abordar.

Como consecuencia de lo anterior se elabora en septiembre de 1994 un borrador de Real Decreto que no ve la luz, en que, basándose en la reforma del RH del 90 y, por tanto, que los Registros tendrían la cartografía, se indicaba lo siguiente:

1. Se haría constar el número de identificación catastral como descripción de finca.
2. En las modificaciones hipotecarias se consignaría el de la finca matriz.
3. La ausencia de referencia catastral no impediría la inscripción.
4. El Notario lo haría constar en el documento público y la solicitaría al Registro de la Propiedad que tuviese bases gráficas.
5. Se regulaba la intervención de los particulares de una manera activa.
6. La inmatriculación requerirá certificación de que la finca se haya catastrada.

Por último, hay que destacar el Convenio de colaboración para la realización de un proyecto piloto de intercambio de información catastral y municipal entre el Centro de Gestión Catastral, el Colegio Nacional de Registradores-Registro de la Propiedad de Mataró, el Ayuntamiento de Montgat y la Dirección General de los Registros, de 6 de octubre de 1988, que tiene por objeto experimentar en dicho término municipal medidas coordinadoras basadas en datos informáticos.

También hay que mencionar el Decreto Foral de la Comunidad Autónoma de Navarra de 7 de febrero de 1991, junto con el Decreto Foral de 15 de abril de 1991, establecen normas de coordinación catastral-registral.

También la doctrina hipotecarista se ha ocupado de esta materia, así CABELLO DE LOS COBOS y GARCÍA Y GARCÍA proponen la denominada coordinación referencial.

LA LEY 13/1996

El último escalón lo representa la Reforma de la Ley de Haciendas Locales, por la Ley 13/1996.

Aquí por su importancia hay que hacer una indicación a lo que es la referencia catastral.

Como puso de manifiesto la Instrucción 10, de 29 de junio de 1995, de la Dirección General del Catastro, como consecuencia del Informe de la Unidad de lucha contra el Fraude, aprobado por el Consejo de Ministros de 20 de enero de 1995, se establece la referencia catastral como identificador único y obligatorio de los bienes inmuebles a efecto de las declaraciones tributarias y Documentos Administrativos y Privados.

Esta referencia es biunívoca, es decir, que todo bien tendrá una referencia y la referencia catastral sólo puede estar asignada a un bien.

Al ser la referencia catastral una geo-referencia y siendo el sistema de proyección UTM el sistema de proyección cartográfico provincial para la

cartografía catastral, será a partir de las coordenadas UTM de los puntos representativos de los objetos catastrales a posicionar: polígonos rústicos como se determina la referencia en la zona rústica y manzana en zona urbana.

Ahora bien, la clásica referencia catastral se ha modificado, pues el 24 de febrero de 1995, y conforme Resolución de 9 febrero 95 de la Dirección General del Centro de Gestión Catastral, por el que se aprueban las nuevas formas de revisión y las estructuras contenido y formato informático de fichero del padrón del Impuesto de Bienes Inmuebles, se incorpora la referencia de 20 caracteres:

NUEVA ESTRUCTURA DE LA REFERENCIA CATASTRAL

URBANA

La nueva estructura de la Referencia Catastral se configura como extensión de la existente para la parcela urbana, conforme a lo siguiente:

<i>Estructura actual de la Referencia Catastral</i>	<i>N.º Caracteres</i>
<i>Primer bloque de 7 caracteres:</i> Identificación de la manzana en la que se encuentra la parcela e identificación de la misma mediante número secuencial dentro de la manzana, conforme se indica en el apartado I	7
Para el caso de diseminado: 00 + Número del cuadrante (1 a 25) de la hoja en que se encuentra el centroide de la parcela + Número secuencial de la parcela en el cuadrante.	
<i>Segundo bloque de 7 caracteres:</i> Identificación de la hoja cartográfica en que se ubica el centro de la manzana	7 Hoja donde manzana
Caracteres que se incorporan en la nueva estructura	
Número secuencial del bien inmueble (Número de cargo) dentro de la parcela urbana	4
Primer carácter de control (determinado informáticamente)	1
Segundo carácter de control (determinado informáticamente)	1
TOTAL	20

RÚSTICA

La configuración actual de la RC y la distribución de los 20 caracteres que la componen es la siguiente:

	<i>N.º caracteres</i>
— Código de Delegación del MEH	2
— Código de Municipio (según la Administración Tributaria del MEH)	3
— Código de Municipio antes de su agregación al Municipio actual (se empleará sólo en los casos en los que el Municipio no se encuentra agregado a efectos del Catastro de Rústica)	3
— Código de Zona de concentración parcelaria	2
— Código de polígono catastral	3
— Número de parcela catastral	5
— Primer carácter de control (determinado informáticamente)	1
— Segundo carácter de control (determinado informáticamente)	1
TOTAL	20

Sentado todo lo anterior, y en desarrollo de las conclusiones de la Comisión antifraude, y en concordancia con los artículos 51, 398-B, 398-C-4 del Reglamento Hipotecario y porque el Decreto de Coordinación de mayo de 1980 no había cumplido su objetivo, era necesario una norma que, partiendo de la identificación catastral, es decir, de situar a una finca en un plano y, por tanto, en un lugar geográfico, sirviera de soporte para la coordinación planimétrica. Por ello se nos dice que la finalidad de esta norma es la coordinación Registro de la Propiedad-Catastro y facilitar el trasvase de datos de manera masiva.

LEY DE ACOMPAÑAMIENTO

La coordinación establecida por la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y de orden social, por la que se modifica la Ley de Haciendas Locales, establece una relación más que una coordinación entre Registro y Catastro.

Aunque se habla de coordinación, más bien del texto legal se deduce una cooperación a efectos exclusivamente fiscales que puede producir efectos de coordinación, aunque no es la finalidad primaria de la misma.

La coordinación es en realidad una relación bilateral Catastro-Registro. Lo que es lógico en un sistema de folio real y de inscripción, a diferencia de Francia, en que la coordinación es básicamente con el Notario y donde rige, respecto al Registro de la Propiedad, el sistema de folio personal y transcripción.

En el sistema diseñado, como en el del Decreto de 1980, es el Registrador quien decide en última instancia practicar o no la coordinación. En este sentido señala la Ley, como hemos visto, que la finalidad de la coordinación es el trasvase de la información entre Registro y Catastro, porque para el Catastro las titularidades registrales son básicas para una correcta gestión del I.B.I.

Las características del sistema son las siguientes:

1.º Es un texto con rango de Ley, a diferencia del Real Decreto del año 80, por lo que modifica aquellas Normas igual o de inferior rango que se lo opongan en la misma materia.

Esto supone, de manera directa, en principio, la modificación en esta materia del Reglamento Hipotecario, y principalmente del artículo 298 del Reglamento.

Por ello, un comentario sobre esta Norma necesariamente debe ser insuficiente, a espera de las disposiciones que complementen este material, y aclaren muchos puntos que quedan como dudosos.

2.º A diferencia del Decreto de 1980, la coordinación empieza por las fincas urbanas, lo que dado el estado del Catastro es más lógico.

3.º La inscripción de tasas para expedir información catastral a los efectos de la Ley 13/96 tiene el efecto indeseado de incrementar los costes al particular en las relaciones con el Registro de la Propiedad. Por otro lado, la información del Notario y del Registro es relevante para la gestión del IBI; por ello comunicarán la identidad de las personas que hayan incumplido el deber de aportar la referencia, así como las transmisiones realizadas, pero en este caso no sólo al Catastro, sino también a los Órganos de Gestión Tributaria de las Comunidades Autónomas (LCT).

4.º Sin embargo, no se ha tenido en cuenta la recuperación de archivos que de manera informatizada están haciendo los Registros de la Propiedad para el cruce masivo de datos. Así, por ejemplo, en el Registro de Almagro, que es un Registro piloto, de 1.000 fincas urbanas recuperadas en 875 coincidían datos del Registro y Catastro, y, sin embargo, en 1.000 fincas rústicas la coincidencia descendía a 176.

5.º En esta línea no se ha aprovechado, sin duda por el enfoque fiscal de la coordinación, la oportunidad para coordinar Catastro-Registro y Urbanismo, a pesar de una línea iniciada con la Ley del Suelo de 1975, que en su Disposición Final 13, luego confirmada por la Adicional 10 y por los artículos 25 y 56 de la Ley 8/90, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valora-

ciones, venía a hacer constar que se reflejarán con exactitud los planos, normas, catálogos, etc., en el Registro de la Propiedad. Lo que supone un principio de coordinación entre el Registro y la realidad física.

En este sentido, PAREJO ALONSO señala que la diferenciación establecida por la Ley 8/90 y recogida en el Texto Refundido actual de 1992, entre Estatuto Urbanístico objetivo (clasificación, destino básico, calificación) y Estatuto Subjetivo del propietario del suelo (derecho a un determinado *quantum* del aprovechamiento, etc.) posibilita la construcción del sistema único de información sobre una unidad única y común, objetiva y física: la parcela y su ordenación territorial objetiva.

En este aspecto está pendiente la Reforma del Reglamento Hipotecario, que debe coordinarse con la introducida por la Ley de Haciendas Locales.

6.º Es obligatorio para el Notario como para el Registrador pedir la referencia catastral, así como para el particular aportarla. Si éste no lo hiciera, se considerará cometida una infracción tributaria simple. Para lo cual se deberá comunicar al Catastro la identidad de las personas que incumplan esta obligación.

Efectivamente, el artículo 54 de la Ley 13/96 considera este comportamiento como infracción tributaria simple y el artículo 55 establece la obligación del Registrador de comunicarlo al Centro de Gestión Catastral.

Sin embargo, hemos de considerar que el artículo 1 de la LGT señala: «Son infracciones tributarias las acciones u omisiones tipificadas y sancionadas en las leyes. Las fracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia».

Este precepto debe ser leído con arreglo al criterio de la STC de 26 de abril de 1990, que exige, en todo caso dentro del derecho punitivo tributario, como parte del derecho administrativo sancionada, la culpabilidad, por ello el artículo 77.4 de la LGT considera que no hay lugar a responsabilidad tributaria... «cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios...».

Es decir, que en todas aquellas cosas que el interesado haya solicitado la referencia catastral y así lo acredite, o la aportada sea insuficiente, a juicio del Registrador, o que contenga la antigua referencia de 7 o 14 dígitos y el interesado, previa petición al Catastro, no pueda aportar la correcta, no deberá estar incluida en la relación a que hace referencia el artículo 55 de la Ley, sin perjuicio que el Registrador solicite al Catastro las aclaraciones oportunas.

Esta referencia puede acreditarse con el último recibo del IBI, certificado catastral, o escritura pública o información registral.

La Norma 9.ª del Decreto de 1980 determinaba la extensión del principio de legitimación a los datos físicos de las fincas coordinadas, ahora, como luego veremos, parece de manera no muy clara que se da un paso más, sin duda porque la descripción de las fincas no procede por declaraciones de

particulares, sino de un plano parcelario, que, como ya vimos, es la verdad oficial geográfica.

Lo que sucede es que en este caso, sentado el principio que la finca ingresa en el Registro de la Propiedad como en ese plano, pues la referencia catastral sitúa la finca en plano parcelario oficial, esa misma referencia coordinada la finca catastral y registral es la verdad oficial planimétrica, por lo que no tiene sentido que la Fe Pública registral se extienda a los datos físicos, pues ya son ciertos y exactos físicamente, por razón de la fuente de origen, y no necesitan el manto protector del Registro.

7.º La no aportación de la referencia catastral no impide el otorgamiento de la escritura ni de la inscripción, a diferencia de Alemania y en cierta medida en Francia, sin duda porque el Catastro todavía no puede proporcionar esa referencia de manera general y sobre todo de una manera segura la base física de la coordinación.

PROCEDIMIENTO

Brevemente el procedimiento de la Ley 13/96 es el siguiente y que ya ha sido comentado con mayor profundidad en dos secciones de este *Boletín* y también por *Lunes 4,30* por FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ y por ENRIQUE COLOMER.

1. Documentos administrativos y judiciales.

El órgano administrativo o judicial requerirá al particular para que aporte documentos con la referencia catastral. Si éste no lo aporta se solicitará del Catastro que la remitirá en el plazo máximo de cinco días. Su regularización se encuentra en el artículo 52.

2. Documentos notariales. Artículo 53.

Sustancialmente el procedimiento es el mismo. El problema a resolver es cuando hay identidad de la finca. En este sentido la Ley señala que hay identidad en los casos siguientes:

1. Siempre que los datos de situación denominación y superficie coincidan con el título y en su caso con el Registro de la Propiedad, con lo que parece que se reconoce el carácter bilateral de la coordinación.

2. Cuando la diferencia de superficie no excede del 10%.

El Reglamento de 1913 del Catastro establecía una diferencia del 5% como margen de error en las mediciones. Ese margen del 10% hay que considerarlo más que técnico como criterio destinado a facilitar la coordinación, dada la desfiguración de las fincas, por ejemplo, por motivos fiscales, reduciendo la superficie de la finca, se producía la exención de la contribución.

Sin embargo, ese margen que en lo rústico puede no plantear demasiados problemas puede ser excesivo en materia urbana (así los solares). Sería conveniente tener en cuenta en estos casos las normas urbanísticas y municipales y los planos urbanísticos junto a los parcelarios. Con todo habrá importantes problemas.

3. Cuando no haya identidad o dudas entre la finca reflejada en la certificación catastral y en el título, el Notario pedirá documento informativo al Catastro, sin perjuicio que los interesados, alegando urgencia, se pueda despachar el documento, con la referencia dudosa, expresándolo así en el título y sin perjuicio de las correspondientes advertencias.

Un supuesto especial lo representan aquellos casos de creación de unidades urbanas nuevas, por ejemplo, división horizontal, parcelaciones, que no tienen referencia. En estos casos el Notario remite copia simple de la escritura con el proyecto o plano, y el Catastro devuelve la referencia catastral en el plazo máximo de cinco días.

El problema radica en el tiempo en que el Catastro tarda en dar esas referencias que suele ser bastante dilatado.

Dentro del ámbito del Decreto de 1980, el procedimiento en el Registro de Almagro, en estos casos, era el mismo pero a instancias del Registrador se daba referencia a esas unidades urbanas, ya calificado el título y consultado el Registro y antes de la inscripción. Pero hay que hacer constar que era un solo Registro y con dos municipios coordinados. No parece que esa experiencia piloto, de resultados muy útiles, puede generalizarse sin doblar las plantillas y medios del Catastro para atender a todas las Notarías y Registros.

REFERENCIA PROVISIONAL

Por ello, la Instrucción de la Dirección General del Catastro del 29 de julio de 1995 prevé para estos casos de fincas nuevas una referencia provisional que, si bien en dicha Instrucción se señala que tendrá carácter excepcional, habrá que considerar a partir del 2 de enero, que será de general aplicación, con el problema para el Registro de la Propiedad, de comunicaciones de referencias, y el paso de la provisional a la definitiva, una vez despachado el título.

PROCEDIMIENTO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1.º El Registrador, una vez calificado el documento, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, recogerá en el Asiento, como uno más de los datos descriptivos de la finca, la referencia catastral, sin concurriesen los supuestos contemplados por la Ley, es decir, cuando hay identidad entre la

finca que se pretende inscribir y la descrita en el documentos catastral, en los términos ya vistos. Sin embargo, hay que indicar ya que sin los planos la calificación e identificación del Registrador es adivinación.

2.º Cuando el Registrador aprecie que no se da o puede darse esa identidad, lo comunicará al Catastro para que éste, en el plazo máximo de cinco días, remita documento informativo o certificación. Apreciado por el Registrador, la identidad, previa calificación favorable, se hará constar la referencia en el Asiento, y si éste ya se hubiera practicado, por nota marginal.

Por tanto, la referencia catastral no es consignada automáticamente en los Libros del Registro, sino que es objeto de calificación en los términos del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, dado que es la descripción oficial planimétrica de la finca y su ubicación en un plano con lo que la calificación pasa del plano jurídico al sustrato físicos del negocio jurídico.

3.º La no aportación de la referencia catastral no impide la práctica de la inscripción, pero se dará cuenta, dentro de los veinte días siguientes del trimestre, que requeridas para que la aportasen, no lo hubieran hecho.

Si en el título no consta la referencia catastral, el Registrador deberá advertir al interesado de forma expresa de la obligación de aportarle dentro del *plazo de despacho del documento*.

El problema se plantea en el concepto de despacho de documento: ¿Se está refiriendo la ley a los plazos del RH? ¿Hay que retener el documento en el Registro, aunque se haya practicado la inscripción antes del plazo reglamentario a la espera de la referencia catastral?

¿Cuál es ese plazo de despacho, el de quince o treinta días? O incluso, como ya se ha planteado, el de vigencia del Asiento de Presentación a los efectos de aportar la citada referencia.

Creo que el concepto del plazo de despacho al que se refiere la Ley 13/1996 hay que entenderlo en el sentido de favorecer el tráfico jurídico y la actividad registral y no entorpecerlas o paralizarlas.

Efectivamente, la misma ley considera que la no constancia de la referencia, simplemente porque no se aporta, no impide despachar el documento. No parece que tenga sentido permitir despachar el documento y luego retenerlo.

Por otra parte, el artículo 53.1, párrafo segundo, *in fine*, señala que se hará constar la referencia solicitada por el Registrador en el documento «en su caso»; es decir, si despachado el título se encontrara en el Registro. Por eso indica que se hará constar por nota (la referencia) al margen del asiento y «en su caso» por nota al pie del título.

En este sentido debe interpretarse el artículo 53.3, párrafo segundo, cuando señala que en caso de no aportar la referencia el Registrador hará la advertencia de la obligación de aportarla en el plazo de despacho del documento, y en caso de no hacerlo, incumplirá la obligación del artículo 50 y el Registrador hará la comunicación del artículo 55.

Como en el caso anterior, con el que está conectado, «plazo de despacho de documento» debe entenderse como plazo durante el cual se practica la inscripción del documento en el Registro. Si durante ese tiempo de despacho se aporta la referencia, se hará constar en el cuerpo de la inscripción —previa calificación—. Si despachado el documento y aún en el Registro se aporta, se hará constar por nota al margen de la inscripción y al pie del título.

Si el representante o el interesado retira el título sin haber aportado la referencia, éste desde luego ha sido despachado dentro de su plazo normal, es decir, cuando le haya correspondido, independientemente de que haya aportado la referencia.

Ahora bien, desde el punto de vista del cumplimiento o incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 50, habrá que distinguir, como ya antes he indicado, que el presentante justifique que ha solicitado la referencia al Catastro, en cuyo caso, acreditada la diligencia exigible, no hay incumplimiento sancionable.

Recordemos que de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990 rige en materia de sanciones tributarias el principio subjetivo de la culpabilidad y no el objetivo del mero incumplimiento.

En cualquier caso ni se paraliza el despacho del documento ni se retiene el título a la espera de la referencia, sin perjuicio que obtenida la referencia el interesado solicite su constancia, con la circunstancia de haberse solicitado al Catastro antes de haberse despacho el título presentado. Es decir, estrictamente considerando el asunto no estaríamos en el número 4 del artículo 53.

OPERACIONES ESPECIFICAS

A) Se prevé en la Ley que el titular registral podrá pedir la constancia de la referencia catastral como operación específica en el caso de fincas inscritas en los casos siguientes:

1.^º Si aporta cédula catastral que describa la finca en los mismos términos de situación, denominación, superficie, con que figura en el Registro. Estos se harán constar por nota al margen del asiento y al pie del título.

Igualmente se contempla la posibilidad que la coincidencia no sea exacta. Entonces se da un margen del 10%.

El Decreto de 1980 se remitía en esta materia a los coeficientes de error fijados por el Instituto Geográfico y Catastral y que no se publicaron, por lo que ese margen del 10% es un reconocimiento de que pueden existir fuertes diferencias en la descripción de las fincas por motivos fiscales, urbanísticos, etc.

2.^º Fuera de estos casos, la constancia de la referencia catastral se hará por los medios previstos para inmatricular fincas.

El Decreto de mayo de 1980 preveía en estos casos una simple instancia acompañada de Cédula catastral. Esta operación permitía la coordinación de fincas a instancia de particular.

B) INMATRICULACION DE FINCAS

Se establece que desde el 2 de enero no se puede inmatricular ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador una certificación gráfica y descriptiva de la finca, en los términos que coincida con ella la descripción de ésta en el título.

Literalmente el artículo 53.7 señala que no se podrá practicar ninguna inmatriculación... y se refiere a las inscripciones de inmatriculación practicadas desde el 2 de enero de 1997. La cuestión que se plantea es referente a los títulos otorgados antes de 1997 y que al no haber normas transitorias, literalmente debe aplicarse retroactivamente este precepto.

Además no se distingue entre títulos presentados y pendientes de despacho y no presentados (ej.: un título de 1990). En los casos de los títulos inmatriculadores no presentados antiguos podría decirse que la negligencia del titular en practicar la inscripción le ha perjudicado, pero en todo caso, ¿cabe exigir en 1997 requisitos no previstos en el momento del otorgamiento del título? y respecto de los presentados ¿realizar una segunda calificación después de haber superado la primera, en base a una requisito desconocido al otorgar y calificar el documento?

Exigir ese plus retroactivo ¿no es entorpecer el tráfico jurídico y económico?, ¿y que va a suceder con todas las parcelas (ej.: suelo periurbano) sin referencia?

Quizá hubiera sido más prudente entender que al menos que a los documentos presentados y calificados no se les aplicara retroactivamente esta norma. Esto supone un claro principio de coordinación, que implica un *prius*:

La existencia de esa finca ya en el Catastro, basado en el principio que todo el territorio nacional y todas las fincas están catastradas, porque la inscripción en el Catastro es obligatoria, a diferencia de lo que sucede en el Registro, que es voluntaria.

La experiencia de coordinación en el Registro de Almagro, en base al Decreto de Coordinación de 1980, demuestra que este principio no es exacto. Así, una estadística efectuada en los años 90/94, casi el 15% de las fincas urbanas inmatriculadas no figuran en la base de datos del Catastro, y en fincas rústicas esta proporción se elevan al 40%.

Con todo, es un principio que sienta las bases de coordinación, al modo alemán, en que la inmatriculación se lleva a cabo tomando como base los datos físicos catastrales. Del mismo modo, el artículo 950 del Código Civil

suizo ordena que la inscripción y descripción de cada inmueble se haga una vez levantado el plano sobre la base de una medida oficial que es la del Catastro que remite los planos al Registro.

Parece, por tanto, que la nueva regulación quiere acercarnos al concepto de inmatriculación del Derecho suizo o alemán, si bien en España el ingreso de las fincas en el Registro de la Propiedad, en base a datos catastrales, no se produce de oficio y va acompañada del dato jurídico.

Esta norma supone, de un lado, la modificación del actual artículo 298 del Reglamento Hipotecario y, por otro lado, supone que lo previsto en el artículo 398 B y C, derivado de la Reforma del 90, son letra muerta, pues se parte del principio que no se va suministrar a los Registros de la Propiedad las bases gráficas y físicas de la fincas, principio importante para la coordinación, y que permitiría al Registro de oficio, como admitía ya el Decreto de 1980, coordinar fincas inscritas al mismo tiempo que se recupera el archivo. A éstos hay que añadir otra ventaja adicional pero muy importante, que es evitar el incumplimiento por parte del Catastro de emitir cédulas en el plazo máximo de cinco días cuando se pidan masivamente certificaciones por los Registros.

Por consiguiente, la inmatriculación requerirá:

1.º Los Títulos públicos de adquisición conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

2.º Que esos títulos vengán acompañados del CU-1, que contienen los datos descriptivos de la finca, y el CU-2, que es el plano de cotas de la ficha catastral, aunque se acompañará muchas veces fotocopia del parcelario, que tiene la ventaja de que al ser más amplia acompaña a la finca en cuestión las fincas colindantes, pero con el inconveniente de que carece de cotas.

El problema que se va a plantear será el supuesto de inmatriculaciones de fincas en que no haya plano y, por tanto, ficha de referencia catastral. Esto va a depender de cada Gerencia Territorial, pues hay que considerar que al mismo tiempo que se incluyen en el parcelario unidades nuevas se realiza la valoración, con lo que el proceso de limitación puede ser lento, como puede suceder en los casos de PAU, planes parciales, de calificación de terrenos que pasan de rústica a urbana, etc.

Otro problema a considerar es que en algunas zonas la superposición de los planos parcelarios de rústica y urbana, unas veces debido a que en el Catastro las rústicas y urbanas están en servicios distintos y no se da entre ellos siempre la deseada coordinación, otra veces esa duplicidad tiene por causa en que los municipios no comunican al Catastro las normas subsidiarias nuevas o plan general de urbanismo, muchas veces para evitar la revisión de valores catastrales, pero producen una distorsión entre los planos urbanísticos y los parcelarios.

3.º Un supuesto especial viene regulado en el apartado 2 del artículo 53 de la Ley de Acompañamiento, que dice lo siguiente: «cuando la situación,

denominación superficie de la finca descrita en el título no se corresponda con los respectivos datos descriptivos del documento catastral aportado, o cuando éste no refleje dichos datos, o lo haga en términos que no permiten apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título, sólo podrá reflejarse la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne los requisitos que conforme los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento permitirían inmatricular la finca. En todo caso, habrán de publicarse los edictos prevenidos en dichos artículos en los que se expresa que la finca registral que se describe se atribuyen la referencia catastral reseñada en el documento. *La consignación de la referencia catastral no producirá efectos frente a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivos».*

Este supuesto hay que ponerlo en relación con el principio general de inmatriculación y con la constancia de la referencia catastral como operación específica.

Aquí las referencias fundamentales son: el artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento Hipotecario, y el inciso final de este precepto, el artículo 53.2, que la consideración registral de la referencia catastral no producirá efecto respecto a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivo.

Es decir, que estamos en los términos del artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido, hay que considerar que la inmatriculación supone, por un lado, el ingreso de una finca en el Registro y, por otro, conforme al artículo 7 de la Ley Hipotecaria, «la primera inscripción es de dominio» o, como dice CAMY, es el ingreso de una finca sobre la que recae el derecho de dominio objeto de inscripción.

Pero al establecer la Ley de Haciendas Locales que la constancia de la referencia catastral se realizará utilizando los medios inmatriculadores previstos en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, lo que pretende es asegurar la identidad de la finca, pero también la finca misma, puesto que ya en la referencia catastral no es *una mera serie de números, sino la expresión numérica de una concreta unidad física*, para atribuir la protección del Registro a ese dato físico, para lo cual además se publican edictos.

Ciertamente, uno de los mayores problemas de la coordinación es el de sus efectos: ¿Qué valor práctico y jurídico tiene que en el folio de una finca se haga constar la referencia catastral?

Aquí parece que se da una respuesta avanzando sobre lo ya establecido en el Decreto de Coordinación de 1980, que en su Norma 9.^a establecía la aplicación del principio de legitimación a las fincas coordinadas. ¿Quizá ahora también el de Fe Pública? Aquí voy a referirme al aspecto derivado de la Ley de Haciendas Locales.

La aplicación del principio de legitimación se deduce de los artículos 1, 3 y 38 de la Ley Hipotecaria, que se aplican a todo titular registral, incluyendo al inmatriculante, así lo reconoce la Resolución de la Dirección General de Registros de 1 de septiembre de 1992.

Y es que efectivamente se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia si el principio de legitimación se aplica a los datos físicos.

Tradicionalmente, la doctrina y el Tribunal Supremo, respecto a las fincas no coordinadas, es decir casi todas, negaban su aplicación por descansar esas descripciones en declaraciones no contrastadas de las partes interesadas y por carecer en el Registro de la Propiedad de una base física. Sin embargo, frente a esta opinión tradicional y general hay que hacer referencia a la famosa STS de 21 de septiembre de 1958, que señala que el principio de legitimación se extiende a superficies y linderos; la STS de 31 de enero de 1970, que señala igualmente que la referencia catastral es un dato descriptivo conforme al artículo 51.2 del Reglamento Hipotecario y a ella se extiende el principio de legitimación, señalando que hay que estar al contenido del asiento mientras no haya sido cancelado. En este sentido también se manifiestan las Sentencias de 27 de enero de 1973, 20 mayo de 1974, 2 febrero de 1984, 25 octubre de 1991, etc., entre ellas a destacar la de 7 de abril de 1981, que señala «que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria ampara con presunción lo que diga el asiento tanto en lo jurídico como en lo fáctico o hechos, en los términos del mismo», y de la misma manera se manifiesta la Resolución de 1 de septiembre de 1992.

No cabe duda que con la reforma de la Ley de Reforma Locales desaparecen las objeciones básicas. Parece que progresivamente la base física del Registro va a descansar ahora en el Catastro (en la medida que éste así lo permita) y no en manifestaciones de particulares exclusivamente.

Por otra parte, la expresión «frente a terceros» no producirá efectos frente a la consignación de la referencia catastral, no afecta a la presunción de exactitud del principio de legitimación, pues, como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina, así CABELLO DE LA SOTA, GARCÍA Y GARCÍA, como la jurisprudencia, las limitaciones del 207 se aplican sólo al principio de Fe Pública Registral.

Esto nos lleva a plantearnos la aplicación del principio de Fe Pública Registral a los datos físicos de las fincas que tengan su base en el Catastro, desde la perspectiva de la Ley 13/1996.

La Ley de Haciendas Locales habla de inmatriculación conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento Hipotecario, y esto último se refiere al artículo 207 de la Ley Hipotecaria, con el que coinciden la Ley de Haciendas Locales cuando establecen suspensión de efectos de dos años frente a terceros de la consignación en un asiento del Registro de la referencia catastral.

Sobre esta materia hay que indicar, como principio general, que la Fe Pública Registral se refiere a la existencia titularidad y extensión de los de-

rechos reales inscritos, pero no a los datos de mero hecho. Quedan, pues, fuera de este principio los datos que el Registro recoja sobre la materialidad de la finca, es decir, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de noviembre de 1991, cabida, condiciones físicas, límites y existencia real de la finca. Como dice ROCA, el Registro no garantiza que exista la finca. Ahora bien, como dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ, muchas veces es difícil decidir cuando estamos en presencia de un dato de mero hecho o de un dato jurídico. La agregación de varios metros de una parcela, los límites de dos fincas, el ancho de una servidumbre, etc., tenderá muchas veces al amparo del principio de publicidad como declaraciones fundamentales.

ROCA SASTRE señala, después de recoger el principio general de la no extensión de la Fe Pública Registral, a los datos físicos que «sin embargo, cuando el dato de hecho esté supeditado al derecho, la Fe Pública le cubre».

En este sentido es ya clásica la cita de WOLF cuando distingue entre descripción inexacta a la que no se extiende el principio de Fe Pública y delimitación inexacta que es un ámbito recogido por la Fe Pública Registral, y define como delimitación inexacta: ya por haberse incluido como parte integrante de un fundo un terreno no perteneciente al mismo, ya porque el terreno perteneciente al inmueble se designa erróneamente como parte integrante de otro. Entonces la finca conserva la extensión que tenga independientemente de la inscripción, pero esta inscripción equivocada no se refiere a un simple hecho, sino un derecho inmobiliario que queda amparado por el principio de Fe Pública, de acuerdo con el parágrafo 891 del BGB.

A conclusión semejante llega también la doctrina española, así SANZ FERNÁNDEZ, COSSÍO o LA CRUZ.

Por su parte, MUÑOZ CARIÑANOS y GARCÍA Y GARCÍA indicaban la necesidad de que la Fe Pública se extendiera a los linderos de la línea delimitadora de la finca para que la Fe Pública no garantizase el vacío, pues no se puede separar siempre la sustancia jurídica de la sustancia física.

Con este planteamiento, ¿qué alcance tiene este precepto que estamos comentando?

Evidentemente en muchas cosas, la base física de las inmatriculaciones la dará ahora el Catastro y parece que por esa remisión al artículo 207 de la Ley Hipotecaria el principio de Fe Pública se extenderá a ella, aunque puede que no sea esa la intención de la Ley 13/1996, aunque literalmente la conclusión sea otra.

Por tanto, dos conclusiones:

1.^a Esto puede suponer una importante modificación de nuestro sistema hipotecario de aceptarse esta idea, que, por otra parte, se basa en un principio generalmente aceptado: no es posible un Registro de la Propiedad sin base física, y

2.º Que la constancia de la referencia catastral para ser útil debe producir efectos, y la Ley de Haciendas Locales determina que estos efectos sean los derivados de la protección del Registro.

Ahora bien, habría que plantearse si se podría llegar a igual resultado de otra manera, es decir si conforme a los Decretos ya vistos de 1979 y 1980 que consideran al plano catastral como verdad exacta y oficial en los geográfico, el Registro de la Propiedad recogería ese dato, cuya validez incontestable radicaría no en estar protegido por el Registro, sino por la autoridad de sus propias fuentes. Es decir, en el Catastro acreditaría que ese dato físico es exacto y veraz, lo que legalmente está autorizado y en ello se apoya el Registro. El dato físico que recoge el asiento registral es exacto, frente a terceros y frente a las partes, porque proviene del Catastro con lo que no se alteraría el clásico alcance del principio de Fe Pública Registral, pero se lograría el resultado solicitado por la doctrina; por un lado, la certeza y la existencia de una base física para el Registro de la Propiedad y, por otro, se evitaría algo que desacredita de manera irremediable un sistema de folio real: que pueda constar en el Libro del Registro de la Propiedad fincas inexistentes. Y ésta es una de las ratios de esta nueva norma.

Finalmente, esta Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social se refiere en su artículo 53.8 a los casos de exceso de cabida y rectificación de linderos.

Aquí es oportuno recordar el criterio del Tribunal Supremo de la Sentencia de 12 de marzo de 1948, que indica:

1.º Según la doctrina del cuerpo cierto, las fincas están determinadas por su naturaleza y por sus linderos.

2.º La cabida solo da o quita derechos cuando se alteran sus linderos.

3.º El exceso de cabida o el defecto significa no la configuración de una nueva finca, sino el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida contenidas en la extensión delimitada exclusivamente por los linderos, los cuales constituyen el perímetro que determina e identifica la parte de la superficie terrestre objeto de la consideración jurídica en este caso.

Aquí, y en materia de exceso de cabida, hay que señalar que éstos nada tienen que ver con la inmatriculación, pues ésta supone el ingreso físico de una finca que lleva un aspecto jurídico o titularidad (art. 7 de LH), mientras que en los casos de exceso de cabida es una mera rectificación numérica de la medida superficial de la finca.

REGULACION

Extraña es la referencia a «*técnico competente*» que por su mención expresa debe ser distinto al del Catastro. Aquí se planteará la misma discusión

que en el caso del artículo 25 de la Ley 8/1990 o el actual artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de julio de 1992.

Habrà que entender por consiguiente que cuando la Ley habla de certificación o plano del Catastro e informe del técnico competente como cosas distintas.

Por ello, el técnico competente será en todo caso el Arquitecto Técnico Municipal o un Perito capacitado para hacer mediciones, pero no, por ejemplo, un Ingeniero Naval.

Pero esto es contradictorio con el propio sistema de la reforma, que basa el dato físico en el plano catastral. Si éste es el plano oficial, éste es el que tiene que prevalecer y no una medición privada, sin perjuicio que a través de ésta se rectifique en su caso el Catastro.

Si bien por razones operativas se confíe a técnicos privados la responsabilidad de certificar sobre fincas, parece que si queremos mantener la relación con el Catastro, que por lo menos se comunique a éste la medición que va a constar en el Registro de la Propiedad.

En todo caso, se señala, todo lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto por la Legislación Urbanística o Agraria. Sin duda se refiere aquí la Ley a los casos de parcelaciones, etc., en que el artículo 28 del Reglamento de Reparcelaciones del 7 de abril de 1966 declarado vigente por el Real Decreto de 26 de febrero de 1993, de vigencia y concordancia con el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. Así, por ejemplo, no podrá producirse un exceso de cabida en una finca en el caso de una parcelación por el mero informe del técnico competente sin alterar el correspondiente proyecto o plano. Y lo mismo se señale respecto a la Legislación Agraria.

Los errores en la referencia catastral no afectarán a la validez de las inscripciones, según señala la Ley, por lo que debe referirse ésta a errores materiales, pues en otro caso, conforme el sistema así establecido, parece que sí, pues la referencia catastral en la inscripción no es una mera indicación, sino la descripción física o soporte del derecho y parece que es un dato protegido por la Fe Pública, por lo que habrá que acudir a los procedimientos ordinarios de rectificación del Registro.

Si se hubiese acudido a un sistema como el alemán, que dato físico no fuera amparado por el Registro, sino que su valor derivase del propio Catastro, estos errores no afectarían al Registro.

CONCLUSION GENERAL

1. Además de ser un principio jurídico, es una demanda social la coordinación Catastro-Registro y no sólo una colaboración fiscal.

No es admisible que en un Registro de la Propiedad, basado en el sistema

de folio real, puedan inscribirse fincas inexistentes, o que la búsqueda de las fincas reales tenga que hacerse por titulares, o que la descripción de las fincas se basen en meras declaraciones de los particulares, pues en este último caso además, por un lado la calificación no puede obviar la situación urbanística de las fincas, así los artículos 43 a 45 de la Ley del Suelo, y por otro, las fincas no lindan con personas, sino con fincas, y esta delimitación de linderos, basada en el dato topográfico, permite, con carácter general, la identificación de las mismas.

2.. El sistema así pergeñado establece una coordinación obligatoria y progresiva, que con el tiempo permitirá una interesante cooperación Catastro-Registro, si bien se podía haber utilizado el proceso de recuperación informática de titulares y fincas por el Registro para un cruce masivo de datos si los Registros contaran de acuerdo con la Reforma del RH del año 1990 de las bases gráficas de las fincas.

Sin duda, hubiera sido muy deseable que a este proceso de coordinación se hubieran incorporado los Ayuntamientos y que se tuviera en cuenta a efectos de inscripción de las fincas las normas urbanísticas. Con todo, en ésta como en otras materias conexas habrá que esperar la reforma del RH.

EDUARDO JOSÉ MARTÍNEZ GARCÍA
Registrador de la Propiedad

DICTAMENES Y NOTAS

Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema) (1)

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.—II. LA HIPOTESIS DE LA «COEXISTENCIA PACIFICA».—III. LA POSICION DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES.—IV. LOS EFECTOS DE LA RETROACCION «INTER PARTES».—V. CONCLUSION.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Con frecuencia la doctrina considera que existe un conflicto entre las reglas de la retroacción de la quiebra (art. 878.II CCom) destinadas a la protección de los acreedores y las reglas de seguridad del tráfico (por ejemplo, art. 34 LH) destinadas a la protección de los terceros adquirentes (2). Son ilustrativas en este sentido las siguientes palabras del profesor ROJO:

(1) El presente trabajo de investigación se realizó a propósito del curso de doctorado que llevó por título «El Derecho inmobiliario registral I», impartido en la Universidad Autónoma de Madrid durante el año académico 1995-1996 por el profesor don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, a quien debo agradecer el interés mostrado en su publicación. Igualmente, quisiera agradecer a los profesores CÁNDIDO PAZ-ARES y ANTONIO PERDICES la inestimable ayuda prestada en la redacción definitiva de estas páginas. El trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PB 93-0275 dirigido por el profesor CÁNDIDO PAZ-ARES y financiado por la DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia.

(2) Véase, como botón de muestra, M. OLIVENCIA, *Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid, 1963, págs. 92-93; A. ROJO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, núm. 151, 1979, págs. 37-100, págs. 79-80; J. M. FINEZ RATÓN, «Comentario de la Sentencia de 19 de diciembre de 1991», *CCJC*, núm. 28, 1992, 741, págs. 163 y sigs., pág. 169; S. SASTRE PAPIOL, «Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», *RGD*, 1993, págs. 8691 y sigs., 8695-8696; M. ALONSO NÚÑEZ, *La retroacción de la quiebra y el tercero hipotecario*, Madrid, 1995, pág. 9, quien

«... existe un serio conflicto entre los principios jurídicos de la retroacción y los principios jurídicos que informan la publicidad en el Registro de la Propiedad. No es este el único caso en el Derecho español. La retroacción afecta gravemente a todos aquellos institutos en los que la protección de la apariencia es fundamental» (3).

La razón de ser de este conflicto radicaría en la aptitud de la retroacción para anular sobrevenidamente actos inicialmente válidos, operando esta ineficacia no sólo entre partes, sino también frente a los terceros eventualmente protegidos por normas de protección de tráfico. En este sentido ha podido afirmarse que la aplicación de la retroacción «trae como consecuencia que tal ineficacia afecta tanto al deudor como a los adquirentes y subadquirentes de aquél, e incluso a sus propios acreedores, y en la forma no susceptible de confirmación ni de prescripción sanatoria» (4).

En nuestra opinión, sin embargo, no hay más que un falso problema. Y ésta es precisamente la hipótesis que sugerimos en este pequeño trabajo que se organiza del siguiente modo. En primer lugar, se define el argumento de la «coexistencia pacífica» entre las reglas presuntamente en conflicto» (v. *infra* II) y, a partir de ahí, se hace aplicación del mismo a los supuestos relevantes en la decisión, aludiendo primero a los efectos de la retroacción frente a los subadquirentes del quebrado (v. *infra* III) y, más tarde, frente a los adquirentes directos del mismo (v. *infra* IV). De ese análisis se despren-

plantea la cuestión en términos de «aparente contradicción que da como resultado dos soluciones antagónicas»; J. A. GARCÍA-CRUCES, *Quebra y retroacción*, Madrid, 1995, págs. 11-12; ID., «Notas sobre el instituto jurídico de la retroacción», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), Madrid, 1996, págs. 3553 y sigs., pág. 3554, R. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente Quebras y concursos de acreedores*, Granada, 1995, págs. 194-196, G. ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996, págs. 18-21. Incluso en la doctrina hipotecarista es común analizar el artículo 878 II del Código de Comercio como excepción al principio de fe pública registral. En este sentido, véanse por todos R. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. I, 6.^a edición, Barcelona, 1968, pág. 633; J. M.^a CHICO, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1994, pág. 305; por contra, M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 610, hace simplemente mención a la «pretendida excepción en favor de la retroacción»

(3) ROJO, *RDM*, núm. 151, 1979, págs. 79-80

(4) Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, D. JIMÉNEZ ESCARZAGA, «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», *RDM*, núm. 26, 1958, págs. 39 y sigs., pág. 65. Entre los que se manifiestan en favor de tales tesis véanse R. GAY DE MONTELLA, *Código de Comercio*, t. V, 2.^a edición, Barcelona, 1948, pág. 163. F. CORDÓN, *Suspensión de pagos y quiebra*, Pamplona, 1995, pág. 233. Por su parte, la jurisprudencia se muestra abrumadoramente en este sentido: véanse, entre otras, SSTs 17-III-1958 (Ar. 1436), 1-II-1974 (Ar. 433), 20-II-1974 (Ar. 641), 15-XI-1991 (Ar. 8406), 12-III-1993 (Ar. 1793), 20-XI-1994 (Ar. 8144) y 16-III-1995 (Ar. 3482)

derá que la cuestión de la retroacción pierde buena parte del dramatismo que generalmente se le atribuye.

II. LA HIPOTESIS DE LA «COEXISTENCIA PACIFICA»

Como consideración previa hemos de apuntar que la decisión del conflicto entre las normas de tutela del interés de los acreedores y las normas de protección del tráfico suele centrarse en el estudio de la eficacia durante el período de retroacción del principio de fe pública registral, consagrado en el artículo 34 LH. Se trata del supuesto paradigmático, pero, como es obvio, el conflicto se plantea en iguales términos, aunque normalmente no se haga referencia a ellas respecto de las restantes normas de tutela de terceros, como puedan ser los artículos 565 CCom, 19.II LCCh, 9.III LMV, 464 CC y 85 CCom (5). Todos los supuestos mencionados presentan, en efecto, un denominador común: se trata de normas que pretenden crear una posición de inatacabilidad respecto de los subadquirentes en los fenómenos transmisivos (6). De ahí que, de cara a evitar contradicciones valorativas, hayamos de hacer extensivas a las restantes normas de tutela de terceros las conclusiones que extraigamos respecto de la vigencia del principio de fe pública registral durante el período de retroacción (7).

Como se ha dicho, doctrina y jurisprudencia suelen entender las relaciones entre la retroacción y las normas de terceros en términos de conflicto y, especialmente, nuestra jurisprudencia suele resolverlo haciendo prevalecer el interés de los acreedores sobre el de los terceros. En este sentido, *la retroacción constituiría una excepción dentro del sistema de protección de los ter-*

(5) Una formulación del elenco de las normas de protección de los terceros la encontramos en C. PAZ-ARES, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RDM*, núm. 175-176, 1985, págs. 7 y sigs., págs. 24-25; véase también, del mismo autor, «La desincorporación de los títulos-valor», *RDM*, núm. 219, 1996, págs. 9 y sigs., págs. 27-29.

(6) En este sentido, v. PAZ-ARES, *RDM*, núm. 175-176, 1985, págs. 24-25, F. MELON INFANTE, *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, 1958, pág. 149. A mayor abundamiento, v. ROJO, *RDM*, núm. 151, 1979, pág. 68; F. VICENT CHULLÀ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, Valencia, 1990, págs. 675-676 y 884; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II, 17.ª edición, Madrid, 1994, pág. 70; A. RECALDE, «Comentario de la STS 19-XII-1991», *La Ley*, núm. 4, 1992, págs. 219 y sigs., pág. 223, que sostienen la defensa de la oponibilidad de la retroacción al adquirente de buena fe de un título cambiario (art. 19.II LCCh) al adquirente de buena fe de valores cotizados (arts. 9 III y 11 LMV) y a quien lo hizo en establecimiento abierto al público (art. 85 CCom). De forma muy confusa en esta materia, v. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, págs. 209-223.

(7) Acerca de la necesidad de tratar por igual los supuestos iguales al objeto de evitar incurrir en contradicciones valorativas, v. C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., Berlin, 1983, págs. 41-46, en especial pág. 45.

ceros. No es fácil, sin embargo, determinar con claridad las razones que se encuentran detrás de este planteamiento conflictual. Los argumentos apuntados en favor del mismo suelen ser intuitivos e imprecisos y obedecen a una *precomprensión del problema que parte de la necesidad de tutelar prioritariamente el interés de los acreedores frente a los intereses del tráfico y de los terceros*. Del análisis de la fenomenología de la retroacción cabe destacar tres ejemplos que evidencian estas circunstancias:

- a) En ocasiones, la precomprensión favorable a la tutela prioritaria del interés de los acreedores determina que la argumentación jurídica resulte prácticamente irreconocible. Este es el ejemplo que proporciona la STS 20-X-1994 (Ar. 8144) (8). El fundamento jurídico número 5 que a continuación reproducimos es la muestra de una cierta despreocupación del Tribunal Supremo por arrojar claridad a las cuestiones que la retroacción de la quiebra plantea.

«Quinto. [] Y resultando nulo el primitivo contrato, el adquirente carece de la buena fe requerida por el precepto legal invocado, incluso a través de un proceso fáctico iniciado con anterioridad al hecho de otorgarse las escrituras cuya nulidad se pide. Y en cuanto a las actuales recurrentes que se dicen desconocedoras de las vicisitudes fácticas y jurídicas de la primera transmisión, es de observar, con la Sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1985, sin duda inspirada en el aforismo y principio de Derecho «resoluto jure dantis, resolvitur ius concessum», que el contenido registral por el que juega la protección del artículo 34 no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le preceden, [..], y por la tajante norma del artículo 878, párrafo 2, del CCom, que afecta de nulidad por sí sola a todas las ventas discutidas. De esta doctrina se deduce el vicio adquisitivo de las ahora recurrentes, apoyadas en la venta de la entidad quebrada a la denominada «Zaraor, S A.», cuyo vicio de origen no se subsana en las posteriores, sino que se arrastra y las vicia igualmente; todo ello sin tener aún en cuenta, como ya observó la Sala de instancia, que ambas adquisiciones posteriores no confieren la condición de tercero a los respectivos adquirentes [..]. Aunque debe tenerse muy en cuenta como decisivo en esta litis la citada norma del artículo 878, párrafo 2, CCom, que no hace distinción alguna ni excepciones de su imperatividad al régimen registral».

(8) Id., v RDP, junio 1995, pág. 611.

b) Esta misma precomprensión se rastrea en casos en los que la correcta inaplicación de una norma de protección de terceros se justifica sobre el argumento del carácter absoluto de la nulidad derivada de la retroacción. Así las cosas, se ha llegado a sostener la ineficacia de las normas de tutela de terceros frente a la tutela del interés de los acreedores concursales en casos en los que ni siquiera concurrían los requisitos exigidos por las primeras para extender su protección. En consecuencia, se hace pasar por solución del conflicto fe pública-retroacción lo que simplemente resulta ser la no concurrencia de los requisitos exigidos por la primera. Ante semejante confusión, hemos de precisar que una cuestión es el conflicto entre las normas de tutela de terceros y la retroacción, y otra bien distinta es la efectiva concurrencia de los requisitos exigidos para que la protección de los terceros se materialice. Estos son ámbitos que no pueden ni deben confundirse en la discusión acerca de la eficacia del artículo 878.II CCom, máxime cuando resulta afectado el principio de seguridad del tráfico. Un ejemplo de una argumentación como la descrita lo encontramos en la STS de 16-III-1995 (Ar. 3482), cuyos fundamentos jurídicos 1.º y 5.º nos permitimos reproducir parcialmente a continuación:

«PRIMERO.—[...] Considera asimismo la Sala de apelación que la buena fe registral no alcanza a los dos sucesivos compradores de los mismos bienes y, por tanto, también estos compradores al adquirir el pabellón objeto de la litis carecían de buena fe a más de constar en el Registro notas marginales en las que se hace referencia a la retroacción de la quiebra en curso, inscripciones que gozan de la publicidad innata al Registro de la Propiedad (arts. 221 y siguientes LH). [...]

QUINTO.—[...] Y en cuanto a las actuales recurrentes que se dicen desconocedoras de las vicisitudes fácticas y jurídicas de la primera transmisión, es de observar, con la Sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1989, sin duda inspirada en el aforismo y principio de derecho «resoluto jure dantis, resolvitur ius concessum», que el contenido registral por el que entra en juego la protección del artículo 34 no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan en su caso con presunción «iuris et de iure» que el Registro es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad extraregistral, consecuencia no originada en esta litis por lo expuesto, y por la tajante norma del artículo 878, párrafo 2, del Código de Comercio que afecta de nulidad por sí sola a todas las ventas discurtidas. De esta doctrina se deduce el vicio adquisitivo de las ahora recurrentes, apoyadas en la venta de la entidad quebrada denominada «Zaraor, S.A.», cuyo vicio de origen no se subsana en las

posteriores, sino que se arrastra y las vicia igualmente; todo ello aun sin tener en cuenta, como ya observó la Sala de instancia, que ambas adquisiciones posteriores no confieren la condición de tercero a los respectivos adquirentes. Lo expuesto es útil para la desestimación del cuarto motivo, cuya base fáctica, sentada por la Sala «a quo» sobre una nota marginal, no impide sino que estimula el efecto publicitario del Registro, del que pudieron hacer uso las recurrentes y que por ser contenido público les afecta y consolida la resolución recurrida, bien fundamentada principalmente en este punto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria. Aunque debe tenerse muy en cuenta, como decisivo en esta litis, la citada norma del artículo 878, párrafo 2, del Código de Comercio, que no hace distinción alguna ni excepciones de su imperatividad al régimen registral» (9).

c) Incluso en los casos en los que la más autorizada doctrina ha apreciado la existencia de un auténtico conflicto, cabría cuestionarse si realmente nos encontramos ante tal situación. Nos referimos a la ya conocida STS 17-III-1958 (Ar. 1436) (10). Se discute allí la condición de tercero hipotecario del adquirente mediato respecto del quebrado, titular de un derecho de adquisición preferente sobre el bien objeto de las sucesivas transmisiones.

Los hechos que allí se enjuiciaron fueron los siguientes: 1.º El 2-VII-1949 *Primus* vende a *Secundus* un inmueble. 2.º *Primus* deviene arrendatario del inmueble vendido a *Secundus*. 3.º El día 6-II-1952 se declara la quiebra consecutiva de *Primus* por incumplimiento del convenio de suspensión de pagos firmado con sus acreedores. 4.º Se fija como fecha de retroacción de la quiebra la de 7-VI-1949, que se corresponde con la fecha inicial de suspensión de pagos.

(9) Se percibe también este tipo de argumentación contradictoria en las SSTs 1-II-1974 (Ar. 433), 20-II-1974 (Ar. 641) y 12-III-1993 (Ar. 1793).

(10) Precisamente J. MASSAGUER, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pág. 88, afirma que el caso de la sentencia que nos ocupa es uno de los escasísimos ejemplos, por no decir el único, en el que sí concurren los requisitos necesarios para entender que nos encontramos ante un subadquirente del artículo 34 LH al que se niega toda protección frente a los efectos de la retroacción de la quiebra. Por su parte, la mayor parte de nuestra doctrina da por sentado que en dicha sentencia nos encontramos ante un auténtico subadquirente. En este sentido, a modo de ejemplo, v. B. MENCHEN, «Comentario a la STS de 17-III-1958», *RCDI*, 1959, págs. 548 y sigs., pág. 558; OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 107-108; ROJO, *RDM*, núm. 151. 1979, pág. 80; GARCÍA-CRUCES, *Quiebra*, pág. 12; ALONSO NÚÑEZ, *La retroacción*, págs. 12-13; M. A. MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1995, pág. 187; CORDÓN, *Suspensión de pagos*, pág. 233; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 196.

5.º El 14-II-1952 *Secundus* vende a *Tertius* dicho inmueble, compareciendo en dicho acto *Primus*, quien renuncia a los derechos de tanteo y de retracto que le correspondían en virtud de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos entonces vigente. 6.º Hasta el 3-XII-1952 no consta en el Registro de la Propiedad la declaración de quiebra de *Primus* (11).

A nuestro juicio, en este caso resulta más que dudoso entender que estemos, en puridad, ante un verdadero subadquirente hipotecario afectado por la retroacción de la quiebra. Como se desprende de los antecedentes de hecho de la Sentencia, se dan dos circunstancias que nos impiden reconocer en *Tertius* tal condición. En primer lugar, *Primus* renuncia indebidamente a un derecho de tanteo una vez que ya había sido declarado en quiebra y, en consecuencia, una vez que había quedado inhabilitado para disponer de su patrimonio (art. 878.I CCom). Y en segundo lugar, *Primus* interviene en el negocio jurídico de adquisición celebrado entre *Secundus* y *Tertius* renunciando a un derecho legal de tanteo que tenía sobre el inmueble en cuestión. En tales circunstancias, difícilmente podemos concluir que estemos ante un subadquirente del quebrado afectado por la retroacción de la quiebra (12). Más bien habría que entrar a valorar su posición desde la óptica de un adquirente directo del mismo cuya adquisición pudiera verse afectada por la falta de poder de disposición del quebrado sobre sus derechos de tanteo y retracto legales (13).

De todo esto podemos concluir que son realmente pocas, por no decir casi ninguna, las sentencias que, en puridad, sientan la prevalencia del artículo 878.II CCom sobre el principio de fe pública registral y la llevan hasta sus

(11) Un resumen de los antecedentes de hecho de esta sentencia puede consultarse en MENCHEN, *RCDI*, 1959, págs. 549-552, y OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 104-105.

(12) En este sentido v. J M GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1993, pág. 436, quien cita esta sentencia no como un supuesto de subadquirente hipotecario, sino de adquirente directo, por lo que no resultaría de aplicación a tal caso la protección dimanante del artículo 34 LH.

(13) En contra, v. MENCHEN, *RCDI*, 1959, págs. 558-559, quien afirma sin más consideraciones que «pudo apurarse en la cuestión y contemplar o estudiar el valor de esa renuncia hecha por el quebrado a derechos especiales nacidos para él como inquilino de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pero esa intervención no puede equipararse a la del vendedor y tener o implicar efectos tan importantes como la nulidad de la venta. [] el segundo comprador de la casa fue adquirente de buena fe y de que nada referente a la suspensión de pagos y quiebra constaba en el Registro cuando dicho señor compró y, a su vez, inscribió. En una palabra, que era un tercero hipotecario. Así se deduce de la sentencia citada».

últimas consecuencias (14). En definitiva, el verdadero problema reside en que no existe tal problema. Como dijimos con anterioridad, el *conflicto entre retroacción y normas de tutela de terceros no es, en realidad, más que un falso problema*. Efectivamente, como adelantábamos en las primeras líneas de este epígrafe, el análisis en términos de conflicto de esta concurrencia de intereses que se verifica durante el período de retroacción supone partir necesariamente en el estudio de la fenomenología de ésta de una precomprensión que se ha revelado como altamente distorsionadora. Esta no es otra que la pretendida *prevalencia del interés de los acreedores* frente a cualquier otro interés que pudiera manifestarse también en tal período y, más concretamente, *frente al interés de los terceros*. Surgiría, entonces, el conflicto entre la retroacción y el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, hemos de afirmar que esta comprensión de la retroacción carece de todo fundamento. El artículo 878.II CCom no proporciona apoyo legal alguno desde el que sostener la primacía de la tutela del interés de los acreedores sobre la tutela del interés del tráfico. En consecuencia, no existe ningún argumento jurídico suficientemente sólido para destruir, con base en la retroacción, la protección que brinda la publicidad registral al subadquirente hipotecario (art. 34 LH) (15). A falta de previsión específica, nos encontramos ante intereses de igual condición que difícilmente pueden ser valorados en términos de preferencia de uno respecto del otro. Es más, se trata, en realidad, de ámbitos o planos de actuación distintos que limitan la eficacia de estos preceptos a situaciones bien diferenciadas: las relaciones *inter partes* en lo que respecta a la retroacción (art. 878.II CCom), y la protección del tercer adquirente en los casos del artículo 34 LH. En este sentido, el contenido del artículo 878.II CCom no

(14) En el sentido del texto v. MASSAGUER, pág. 88, donde describe la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la retroacción en los siguientes términos: «*Ahora bien, de un cuidadoso análisis de tales pronunciamientos del Tribunal Supremo se extrae una conclusión de gran relevancia: si la jurisprudencia ha rechazado la aplicación de la norma hipotecaria ha sido, ya porque quien la esgrime no era tercero en el sentido de tercero hipotecario, ya porque no concurrían los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la actuación de la protección y, en particular, la buena fe*».

(15) En estos términos se manifiesta GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, pág. 447: «*... está en crisis la idea de la nulidad absoluta del artículo 878 2 del Código de Comercio, y ya que está todavía vigente debería detenerse ante terceros que cumplan los requisitos de la legislación hipotecaria (art. 34) [...] Así, ¿puede sostenerse en el año 1992, tan lejano a 1829, que si es declarada en quiebra una «inmobiliaria» todos los adquirentes de los pisos de buena fe y con los requisitos del artículo 34 han de quedarse sin la vivienda comprada por pura aplicación del artículo 878 del Código de Comercio y de la protección que regula?*»; igualmente, v. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 218. También v. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, pág. 633, y MENCHEN, *RCDI*, 1959, pág. 557, quienes entienden que semejante interpretación del artículo 878.II del Código de Comercio constituye un grave atentado contra la seguridad jurídica inmobiliaria.

puede invadir el plano de actuación del artículo 34 LH ni, a la inversa, el artículo 34 LH amparar relaciones *inter partes* afectadas por la retroacción. De ahí que debamos superar la idea de contradicción o de conflicto como elemento definidor de la situación y afirmar la coexistencia y compatibilidad de estos principios limitando su actuación a sus respectivos ámbitos objetivos de aplicación. En definitiva, en la medida en que no hay argumentos para caracterizar el interés de los acreedores concursales como un interés prevalente sobre el de los terceros, la auténtica contradicción valorativa se produce, como se verá de inmediato, al sostener la ineficacia de este principio hipotecario durante el período de retroacción y no la derivada de su mera coexistencia con el artículo 878.II CCom de 1885.

III. LA RETROACCION FRENTE A LOS TERCEROS ADQUIRENTES DEL QUEBRADO

Como ya sabemos se ha planteado en nuestra doctrina la cuestión de la eficacia de la retroacción frente a los terceros adquirentes del quebrado, y especialmente contra el subadquirente hipotecario, tras la conocida STS 17-III-1958 (Ar. 1436), cuyos antecedentes de hecho han sido expuestos con anterioridad (v. *supra* II). A título ilustrativo reproducimos a continuación parcialmente los considerandos 1.º y 2.º de dicha Sentencia:

«... pues no cabe poner en duda que anulado radicalmente el derecho del transmitente queda anulado el del recurrente, en cuyo contrato también intervino el quebrado y no pudo desconocer el comprador por el examen del Registro la procedencia de la cosa adquirida y dado que de las acciones contra que puede cubrirse el tercero, conforme al artículo 37 de la repetida Ley Hipotecaria que también se invoca en otro motivo, no figuran las correspondientes nulidades de esta especie, ejercitadas y declaradas, según la sentencia impugnada».

«... tampoco se produce un conflicto de leyes; porque el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria regulan materias especiales que se armonizan y completan, que no se derogan y cuya interpretación y aplicación realizada por la Sentencia no afectan al referido artículo por cuanto en aquél se contemplan casos especiales que han de prevalecer en interés de la quiebra para evitar el injusto destronamiento de la masa de la misma en el próximo «tempus decoctionis», no previsto específicamente en el Derecho inmobiliario como lo está en la legislación mercantil, lo que determina la improcedencia del motivo segundo...»

Esta misma doctrina vuelve a manifestarse en la STS 15 noviembre de 1991 (Ar. 8406), fundamento jurídico 2.º:

«... lo mismo que devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra y se prescinde para declarar tal nulidad de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado puesto que la Ley no hace distinciones» (16).

El hecho de que «la Ley no haga distinciones» es irrelevante. Cuando la Ley dispone que es nula una transmisión por ser el contrato contrario al orden público, no hace tampoco distinción alguna y nadie duda de que el tercero de buena fe está protegido (v. arts. 1.255 y 1.275 CC). No es un problema de declaraciones sino de interpretación conjunta de dos grupos de normas que, como ya dijimos, operan sobre planos distintos. Lo apuntado por el Tribunal Supremo acusa, una vez más, la precomprensión relativa a la prevalencia del interés de los acreedores sobre el interés del tráfico. Como ya hemos señalado, no se ve por qué el artículo 878.II CCom haya de constituir excepción alguna al principio de fe pública registral consagrado en el artículo 34 LH y, en consecuencia, aquél carece de toda virtualidad frente a aquellos que resulten amparados en éste. No se puede seguir pretendiendo que el artículo 878.II CCom constituya una especialidad concursal frente a los principios rectores del sistema inmobiliario registral general. Tal afirmación requiere de una norma o de una razón jurídica fundamental que venga a justificar la derogación de la norma de protección de terceros. No obstante, una quiebra de tal índole del principio de fe pública registral resultaría intolerable por dar al traste con la idea de seguridad que pretende introducir en el tráfico el sistema de publicidad registral (17). Del mismo modo y por la misma razón, carece

(16) Respecto de esta sentencia v. la opinión crítica de GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, pág. 437.

(17) Respecto a la necesidad de mantener la tutela del interés del tráfico frente a los efectos de la retroacción v. RDGRN 20-I-1986 (Ar. 999): Considerando 4.º: «Considerando que el juego de la Ley Hipotecaria no es, por principio, incompatible con la ineficacia que declara el artículo 878 del Código de Comercio, aun admitido que este precepto dé a la ineficacia el alcance absoluto de otros tipos de nulidad y que además determine una cadena de nulidades, las de los negocios posteriores que partieron de la validez del negocio otorgado por el quebrado, ya que en todos esos supuestos la regla sería la ineficacia absoluta, como expresa el artículo 33 de la Ley cuando declara que «la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes», y sólo excepcionalmente —y sin distinción de tipos de nulidad— confiere una posición inatacable en favor del tercer adquirente cuando reúna las condiciones exigidas por el artículo 34 de la Ley, y que es una protección singular que el legislador ha establecido como exigencia para la seguridad del tráfico inmobiliario y del crédito territorial». Igualmente, v. RRDGRN 1-VI-1993 (Ar. 4979) y 2, 3, 4, 5, 7-VI-1993 (Ar. 4980-1-2-3-4).

de sentido afirmar la derogación del elenco de normas de tutela de terceros en aquellos casos en que éstos reúnan los requisitos fijados por la Ley para merecer tal protección. En definitiva, cabe concluir que los principios hipotecarios, y por extensión todas las normas de protección de los terceros, constituyen un límite esencial a los efectos del artículo 878.II CCom, más aún en un sistema como el nuestro en el que los principios de seguridad del tráfico y protección de los terceros constituyen auténticos criterios vertebradores del Derecho patrimonial (18).

Ahondando aún más en la cuestión, hemos de destacar que la propia racionalidad del artículo 34 LH nos ofrece un argumento de peso en contra de la derogación de las normas de tutela de terceros durante el período de retroacción. Precisamente la lógica interna de un precepto como el artículo 34 LH, y por extensión de cualquier norma de tutela de terceros, es evitar que las vicisitudes de cualquier índole que pudieran afectar a anteriores transmisiones lleguen a condicionar una ulterior frustrando la adquisición (19). De este modo, el tercero que adquiere a título oneroso un bien inscrito en el Registro de buena fe, y que a su vez inscriba, queda totalmente protegido frente a cualquier vicio que pudiera afectar a las transmisiones precedentes, esto es, de la anterior o anteriores a la suya (20). En este sentido la retroacción de la quiebra no es una vicisitud de naturaleza diferente ni de mayor gravedad que cualesquiera otras que pudieran afectar a las transmisiones anteriores. Así las cosas, si nuestro ordenamiento jurídico reconoce plenos efectos jurídicos a la adquisición de bienes de un tercero de buena fe en las

(18) CANARIS, *Systemdenken*. págs. 47-50, en especial pág. 48.

(19) Para una comprensión en términos económicos del artículo 34 LH, v. PAZ-ARES, *RDM*, núm. 175-176, 1985, págs. 19-20, donde encuadra al artículo 34 LH, junto al 19.II LCCh o al 545 CCom, dentro de un grupo que denomina de «*reglas de seguridad del tráfico*», dado que «*pueden ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho. Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que bajo la vigencia de las reglas de la seguridad jurídica le harían perder el derecho que deseaba obtener. Las reglas de seguridad del tráfico, por consiguiente, tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes. El efecto económico positivo de tales reglas se aprecia en un doble frente: de un lado, porque permiten que se consumen operaciones paretoeficientes que de otra forma no tendrían lugar, de otro, porque permiten ahorrar aquellos recursos que de otro modo se dispararían con la transacción misma*». Más concretamente, respecto del artículo 34 LH señala que «*limita la información necesaria para la adquisición de un inmueble a la que aparece consignada en el Registro de la Propiedad*».

(20) Por todos, v. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, t. III, 4.ª edición, pág. 595; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, pág. 4; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, págs. 578 y sigs., y J. L. LACRUZ/F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, reimpresión, Barcelona, 1970, págs. 209 y sigs.

situaciones más graves de expoliación de *Primus* (por ejemplo, el robo: v. art. 85 CCom), ha de darse también protección a ese mismo tercero en los supuestos menos graves de falta del poder de disposición en lo que a la causa que lo origina se refiere. Entre éstos se encuentran, sin lugar a dudas, los casos de falta de poder de disposición del transmitente derivados de los efectos de la retroacción de la quiebra. De no ser así el legislador incurriría en una grave contradicción de valoración, pues el ordenamiento seguiría protegiendo a los terceros frente a las más graves expoliaciones de los primeros.

Imaginemos, en tales circunstancias, que se fija como fecha de retroacción de la quiebra la de 1 de enero de 1997. El 1 de febrero de 1997 el quebrado había vendido a *Cayo* (1.ª hipótesis), o *Cayo* había robado al quebrado (2.ª hipótesis). *Cayo* vende después a *Ticio* que es de buena fe. Pues bien, resulta absurdo que por efectos de la retroacción de la quiebra se prive de toda protección a *Cayo* en la hipótesis 1.ª y no en la 2.ª.

En este sentido, podemos afirmar que la *retroacción de la quiebra es una más de esas vicisitudes que pueden afectar en algún punto a la cadena de transmisiones y, por tanto, como en los demás supuestos, el principio de fe pública registral ha de operar como «paraguas» frente a los efectos de la misma sobre los terceros adquirentes de buena fe* y el subadquirente no habrá de verse obligado en ningún caso a restituir a la masa el bien en cuestión (21). En definitiva, como preceptos que inciden sobre planos distintos de la realidad jurídico-privada, la norma de tutela de los acreedores concursales no altera la eficacia de las normas de protección del tráfico, siempre y cuando se cumplan los requisitos que tales preceptos exigen (22).

(21) A favor de esta tesis, además de las opiniones ya señaladas, v. MECHEN, *RCDI*, 1959, pág. 559; OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 93-94; A. BILBAO ARISTEGUI, «Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra», *RCDI*, 1972, págs. 1299 y sigs., pág. 1310; ROJO, *RDM*, núm. 151, 1979, pág. 8; Id., voz «reintegración de la masa», *Enciclopedia jurídica básica*, t. IV, Madrid, 1995, págs. 5746 y sigs., pág. 5748; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, págs. 610-611, MASSAGUER, *La reintegración*, pág. 89, M. C. IGLESIAS MAYORALGO, «La hipoteca y la retroacción de la quiebra», *Hipotecas y seguridad jurídica* [Coord. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España], Madrid, 1991, págs. 241 y sigs., pág. 243; SASTRE PAPIOL, *RGD*, 1983, pág. 8707; J. DELGADO ECHEVARRÍA, «La nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La Sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», *AC*, II, 1993, págs. 2489 y sigs., pág. 2506, SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 217, y GARCÍA-CRUCES, *Quiebra*, págs. 29-30.

(22) Recientemente parte de la doctrina ha querido encontrar un nuevo argumento en contra de la derogación del principio de fe pública registral durante el período de retroacción en el artículo 9.3 CE. En dicho precepto queda consagrado el principio de seguridad jurídica. A favor de la inconstitucionalidad de tal concepción de la retroacción, entre otros,

Por ejemplo, no se producirá la tutela del tercero si la transmisión se realizó en connivencia con éste y con el afán de poner fuera del alcance de los acreedores el citado bien. Desde el punto de vista de la protección del tráfico, en la medida en que no hay ignorancia de la situación patrimonial en la que está incurso el futuro quebrado, el tercero carece del requisito de buena fe en su adquisición y, por tanto, no surte efecto con respecto a él la protección derivada de la fe pública registral (art. 34 LH). Dado que la inscripción no convalida los actos nulos (art. 33 LH), quedan los síndicos legitimados para acudir al órgano judicial competente al objeto de que éste anule las transmisiones y proceda a la cancelación de las correspondientes inscripciones si las transmisiones tuvieron acceso al Registro (arts. 1.366 LEC y 38 LH). Desde el punto de vista estrictamente concursal, a tal tercero le resultaría también de aplicación lo dispuesto en el artículo 894.1.º CCom. en relación con el artículo 893 CCom, y como cómplice habría de perder cualquier derecho que pudiera devengar a consecuencia de la actuación de los síndicos contra la masa de la quiebra (23).

IV. LOS EFECTOS DE LA RETROACCION «INTER PARTES»

Como ya sabemos, la eficacia de los actos de disposición realizados por el quebrado en tiempo inhábil es claudicante: éstos podrán ser impugnados a instancia de los síndicos siempre que se acredite una lesión del interés de los acreedores (arts. 878.II CCom y 481 y 1.366 LEC) (24). Sin embargo, cabe

v. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, pág. 448; Id., «La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra», *RCDI*, núm. 610, 1992, págs. 1364 y sigs.; SASTRE PAPIOL, *RGD*, 1993, pág. 8696; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 231; GARCÍA-CRUCES, *Estudios homenaje Menéndez*, III, pág. 3571; ALONSO NÚÑEZ, *La retroacción*, pág. 12. Sin embargo, lo que esta garantía constitucional tutela es la certidumbre de todos aquellos operadores que intervienen en el tráfico jurídico, quienes podrán anticipar el modo en que habrán de ser resueltos sus conflictos a partir de la existencia de un sistema normativo (seguridad jurídica objetiva). Por contra, la seguridad jurídica objetiva, en la que hemos de encuadrar la seguridad del tráfico, no es más que la tutela que brinda el ordenamiento jurídico al titular de un derecho subjetivo para el disfrute y la realización del mismo. En este sentido, v. la clarificadora exposición de PAZ-ARES, *RDM*, núm. 175-176, 1985, págs. 12-14. Las connotaciones jurídico-privadas de esta dimensión subjetiva de la seguridad jurídica nos hacen difícil encajar en el artículo 93 CE la tutela de la seguridad del tráfico y, por consiguiente, hemos de desechar el argumento de la inconstitucionalidad del artículo 878.II CCom.

(23) Respecto de la sanción de complicidad, v. ROJO, *RDM*, núm. 151, 1979, pág. 79; E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pág. 163.

(24) En estos términos se manifiestan, entre otros, P. GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pág. 30; JIMÉNEZ ESCARZAGA, *RDM*, núm. 26, 1958, pág. 71, quien

plantearse si, en todo caso, los adquirentes directos del quebrado han de quedar sometidos a los efectos de la retroacción o si, por el contrario, cabe contemplar situaciones de tutela de su interés. En definitiva, la cuestión se reduce a determinar si la publicidad registral —o algún otro tipo de apariencia— brinda alguna protección al adquirente inmediato, esto es, a la contraparte directa del quebrado en el acto de disposición. La respuesta es claramente negativa: El Registro, como instrumento generador de apariencia, nace para la tutela de la confianza de terceros, y la contraparte del quebrado no puede concebirse, lógicamente y en modo alguno, como tercero a estos efectos: es segundo (25). Como es de sobra conocido, no cabe alegar protección apariencial alguna en las relaciones *inter partes* (26).

No obstante, podría aún plantearse si la buena o mala fe del adquirente directo habría de ser en alguna medida relevante frente a la impugnación de su

apunta la siguiente consideración: «En la retroacción de la quiebra los intereses que se intentan proteger, [.] son los de los acreedores anteriores al momento de la insolvencia»; y en pág. 83: «... lo que en definitiva interesa a los acreedores es no dejar que pueda el deudor eludir la garantía legal que la responsabilidad patrimonial significa mediante la enajenación antieconómica de sus bienes o la participación de otros acreedores que hayan de participar en igual o quizá preferente grado del valor del patrimonio de aquél haciendo imposible el total cobro de sus derechos». Abundan en esta idea ROJO, RDM, núm. 151, 1979, págs. 39 y 71-72. MASSAGUER, *La reintegración de la masa*, pág. 13; IGLESIAS MAYORALGO, *Hipotecas y seguridad*, págs. 254-255; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 190, GARCÍA-CRUCES, *Quiebra*, págs. 19 y 32; ALCOVER GARAU, *La retroacción*, pág. 33. También la doctrina alemana liga las acciones de impugnación de los §§ 30 KO y 130-132 InsO a la represión de la lesión del interés de los acreedores en el momento en que ya concurre el presupuesto objetivo y, sin embargo, el procedimiento aún no ha sido abierto. En este sentido véanse, entre otros, E. JAEGER/W. HENCKEL, *Konkursorordnung mit Einführungsgesetzen Großkommentar*, 4. Lief., (§§ 29-42), 9. Aufl., Berlín-Nueva York, 1991, § 29 RdNr I y 60, págs. 756 y 790 y sigs.; M. HUBER, «Die besondere Konkursanfechtung», *Insolvenzrechts-Handbuch* [Hrsg. P. GOTTWALD], München, 1990, § 48 RdNr 29-45, págs. 517 y sigs.; L. HASEMEYER, *Insolvenzrecht*, München, 1992, págs. 443 y 454.

(25) El concepto de tercero ha de ser comprendido en términos de parte exterior o ajena a la relación jurídica afectada por el vicio anulatorio. En este sentido, v. el concepto de «tercero», como contrapuesto al de «parte», en LACRUZ/SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, pág. 222, y DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, III, pág. 373. Esta misma noción de tercero la encontramos en el ámbito cambiario en lo atinente a la excepción de tráfico. En este sentido, v. C. PAZ ARES, «Las excepciones cambiarias», *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* [dir. A. MENÉNDEZ], Madrid, 1986, págs. 251 y sigs., págs. 267-270.

(26) En este sentido, v. OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 92-93 y 107; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, págs. 610-611; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, quien aunque apuesta por la tutela del adquirente de buena fe entiende que el cauce legal de tal protección no puede ser el artículo 34 LH puesto que el adquirente no reúne la condición de tercero. Igualmente, v. PAZ-ARES, *Derecho cambiario*, pág. 267. Sin embargo, v. la exposición de SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, págs. 215-218, quien califica de tercera solución al problema de la retroacción la aplicación *inter partes* del artículo 34 LH, todo ello al hilo del contenido de la STS 20-IX-1993 (Ar. 6647).

adquisición (27). En este sentido, y aunque intuitivamente la buena fe parece defensa frente a casi todo, hemos de señalar que, en términos generales, *la concurrencia de buena fe en la contraparte del quebrado no es un elemento suficiente para paralizar la acción de impugnación* del acto de disposición llevado a cabo por el futuro quebrado en tiempo inhábil (28). En la medida en que, como hemos señalado, en el adquirente directo del quebrado no concurre la condición de tercero, ya no resulta posible la formación de una situación tutelable de apariencia. Consecuentemente, en tales circunstancias, la buena o mala fe del adquirente deviene absolutamente irrelevante en la discusión. Por otra parte, la función de la retroacción no es otra que la de ser un instrumento al servicio de la desactivación de todo efecto lesivo que para el interés del colectivo de acreedores puedan tener aquellas actuaciones tendentes a perpetuar la no apertura del procedimiento concursal. Y el análisis de la lesividad de los actos de disposición o de administración llevados a cabo por el quebrado es objetivo y absolutamente independiente de la buena o mala fe de la contraparte o de la concurrencia de todo elemento defraudatorio. En la medida en que esto no es así, toda participación en este tipo de operaciones lesivas habrá de ser sancionada (*ex art. 878.II CCom*) a través del ejercicio de la correspondiente acción de impugnación, con independencia del conocimiento de la situación patrimonial en la que se encuentra su contraparte. La única excepción que hasta la fecha es posible reconocer a la irrelevancia de la buena fe del adquirente respecto de los actos realizados durante el período de retroacción es la contenida en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, de regulación del mercado hipotecario, norma ésta elaborada en un intento de potenciar el desarrollo de dicho sector económico (29). Por contra, los restantes actos de

(27) En el sistema alemán no hay lugar a dudas para que el acto resulte impugnabile ha de darse el conocimiento de la situación concursal en el adquirente directo —v § 30 KO; §§ 131-132 InsO—. Conocimiento que ha de ser un conocimiento positivo y cierto de las circunstancias patrimoniales del deudor expresadas en la norma. Entre otros, v JAEGER/HENCKEL, *Konkursordnung*4, § 30, Anm. 50, pág. 912. «Das Gesetz fordert positive Kenntnis. Fahrlässige oder grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht», HUBER, *Insolvenzrechts-Handbuch*, § 49 RdN 20-22, pág. 529; HASEMEYER, *Insolvenzrecht*, pág. 468. Entre nosotros apunta esta posibilidad ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, pág. 634.

(28) En este sentido véase OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 92-93. En términos confusos véase, entre otros, SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, págs. 220-221, quien admite la tutela del adquirente directo del quebrado que obró de buena fe en los supuestos relativos a los artículos 85 y 86 del Código de Comercio.

(29) En este sentido SASTRE PAPIOL, *RGD*, 1993, pág. 8703, donde hace referencia a este precepto como «una auténtica excepción legal al régimen general de la retroacción absoluta y a sus efectos en torno a la nulidad de la constitución de las mismas». Igualmente SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 196. Dicho precepto dispone lo siguiente:

«Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra

disposición y administración realizados por el futuro quebrado en tiempo inhábil se verán afectados por la retroacción en los términos ya señalados, con independencia de la buena o mala fe del adquirente.

Es cierto que podría contestarse nuestro análisis simple y lineal afirmando que el adquirente directo del quebrado es tercero frente a los acreedores de este último (30). Se produce así el fenómeno que podemos denominar como la «tercerización» del conflicto. Tal comprensión de la posición del adquirente directo permitiría superar las consecuencias derivadas del análisis de su posición desde la perspectiva de una relación jurídica *inter partes* que, como ya hemos visto, hacen imposible la aplicación de las normas de protección de los terceros. Precisamente el cambio de perspectiva que nos brinda la tercerización abriría la posibilidad de aplicar todo este bloque normativo a los adquirentes directos del quebrado afectados por la retroacción. En este orden de cosas habría que determinar si, ciertamente, con respecto a los acreedores concursales, auténticos destinatarios de una norma de tutela como es la retroacción, la contraparte del quebrado en cualquier negocio jurídico realizado en tiempo inhábil puede ser calificada de tercero y, por ende, resultar merecedora de tutela.

La solución a esta cuestión ha de ser también necesariamente negativa. En la medida en que el quebrado queda desapoderado sobrevenidamente desde la fecha de retroacción, la actuación del futuro quebrado durante dicho período respecto del interés de los acreedores comparte la racionalidad del mandatario que, en nombre propio, negocia sobre las cosas propias de su mandante (art. 1.717.II CC) (31). En efecto, desde que concurre el presupuesto objetivo,

en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice en él».

Respecto de la racionalidad de este precepto, véase en extenso SASTRE PAPIOL, *RGD*, 1993, págs. 8713-8717.

(30) Sostiene esta tesis BILBAO ARISTEGUI, *RCDI*, pág. 1306. Esta es posteriormente reproducida por GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, págs. 444-445, en los siguientes términos: «*Debería mantenerse que tanto el adquirente del quebrado como el subadquirente son terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si reúnen los requisitos exigidos en el mismo. el adquirente del quebrado, aun siendo parte en el contrato, es tercero respecto de la declaración de quiebra y respecto de los acreedores de la masa, y el subadquirente, desde luego, porque es tercero tanto respecto a la declaración de quiebra como respecto al contrato en el que intervino el quebrado*».

(31) A favor de la comprensión de la retroacción como retrocesión de los efectos del desapoderamiento véanse, entre otros, FINEZ RATÓN, *CCJC*, núm. 28, 1992, 741, pág. 171; A MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993, págs. 148-149 y 152; ROJO, *Enciclopedia jurídica básica*, IV, pág. 5747, donde modifica la posición inicialmente sostenida al respecto en *RDM*, núm. 151, 1979, pág. 68; MARTÍN REYES, *La retroacción y jurisprudencia*, pág. 33; E BELTRAN, «Hipoteca, ejecución separada y rein-

aunque el quebrado continúe actuando, su patrimonio corresponde ya materialmente a sus acreedores y toda su actuación debe hacerse en su interés (32). En realidad *el quebrado es un representante indirecto del interés de sus acreedores*, y, en consecuencia, entre éstos y los que contrataron inmediatamente con el quebrado en el período de retroacción se establece una relación de partes y no de ajenidad o de terceros. Estamos así ante un segundo y su posición jurídica podrá ser atacada en virtud del ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o, eventualmente, ser ratificado si así lo estima pertinente el principal, en nuestro caso los acreedores del deudor común, a través de la actuación de los síndicos (v. arts. 1.259.II CC, 878.II CCom, 481 y 1.366 LEC). Del mismo modo, si el acto no se impugna, el adquirente directo puede solicitar de los acreedores su cumplimiento. Como se puede apreciar, las relaciones acreedores-adquirentes directos se mueven en el plano de la inmediatez y no de la ajenidad que caracteriza la posición del tercero protegido por el ordenamiento. Por tanto, hemos de rechazar aquellas tesis que pretenden amparar al adquirente directo del quebrado señalando que éste sea un tercero respecto de la relación jurídica existente entre los acreedores y el propio deudor. Estamos ante un segundo y, por ello, es obvio que no cabrá interpretación alguna derivada de las normas de protección del tráfico. De nuevo el pretendido conflicto entre retroacción y normas de tutela de tercero se nos revela como inexistente.

Llegados a este punto, la discusión de los efectos de la retroacción en las relaciones jurídicas *inter partes* queda sentada fuera del ámbito de aplicación de las normas de protección del tráfico. Como segundo que es, el adquirente directo del deudor deberá pechar con el riesgo de que su contraparte, al tiempo de contratar, sea insolvente. La existencia de una situación de insolvencia no declarada y, por ende, la ineficacia del acto de disposición derivada de la retroacción de la quiebra se convierten así en un riesgo de la contratación que habrá de ser anticipado y controlado por las partes del negocio jurídico. Por tal razón, quizá, el planteamiento correcto de una eventual tutela de la relación *inter*

tegración de la masa», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), Madrid, 1996, págs. 3479 y sigs., pág. 3494, nota núm. 46, y ALCOVER GARAU, *La retroacción*, págs. 13-14.

(32) En este sentido son reveladoras las palabras de D. G. BAIRD, «The Initiation Problem in Bankruptcy», *III Int. Rev. L. Ec.*, 1991, págs. 223 y sigs., págs. 228-229, quien afirma: «When the firm is solvent, the managers need pay attention only to the interests of the shareholders. The shareholders are the residual owners of the firm, and they stand to gain or lose from the managers' decisions. The duty the firm becomes insolvent. More precisely, a firm's manager should use the assets the way a sole owner who was acting on her own account would. The manager's loyalty needs to change when there is a change in the fortune of the firm. Such a change takes place when the firm becomes insolvent and creditors cannot be paid in full».

partes frente a los efectos de la retroacción de la quiebra habría de realizarse desde la perspectiva de la graduación de la ineficacia derivada de la misma y de la reducción de los efectos perversos que una nulidad concebida en términos absolutos y radicales pudiera generar sobre los actos de disposición y administración realizados por el futuro quebrado (por ejemplo, nulidad convalidable, art. 1.259.II CC; anulabilidad, art. 1.301 CC) (33). Pero este es un problema que excede ya del ámbito del conflicto que hemos planteado y, por consiguiente, cuyo estudio remitimos a un ulterior trabajo.

V. CONCLUSION

A modo de conclusión no queda más que apuntar que lejos de percibir una frontal contradicción entre seguridad de tráfico y retroacción, éstas deben ser comprendidas desde la óptica de la compatibilidad de los intereses objeto de tutela. En definitiva, nos encontramos ante normas que operan en planos distintos y que, por consiguiente, no es posible sujetar a un análisis en términos de jerarquización de los intereses concurrentes, sino de coexistencia pacífica de los mismos.

NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ
Universidad Autónoma de Madrid

BIBLIOGRAFIA

- ALCOVER GARAU, G.: *La retroacción de la quiebra*. Madrid, 1996
- ALONSO NÚÑEZ, M.: *La retroacción de la quiebra y el tercero hipotecario*, Madrid, 1995.
- BAIRD, D. G.: «The Initiation Problem in Bankruptcy», *Int. Rev. L. Ec.*, 1991, págs. 223 y sigs
- BELTRÁN, E.: *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.
- «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), Madrid, 1996, págs. 3479 y sigs.
- BILBAO ARISTEGUI, A.: «Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra», *RCDI*, 1972, págs. 1299 y sigs.

(33) Apuntamos, en estos términos, la interesante opinión de DELGADO ECHEVARRIA, AC, II, 1993, pág. 2502 «*No es exactamente anulabilidad, pero se parece a esta categoría más que a ninguna otra*».

- CANARIS, C. W.: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Auf., Berlin, 1983.
- CORDÓN, F.: *Suspensión de pagos y quiebra*, Pamplona, 1995.
- CHICO, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1994.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J.: «La nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La Sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», *AC*, II, 1993, págs. 2489 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, t. III, 4.ª edición, Madrid, 1993.
- FINEZ RATÓN, J. M.: «Comentario de la Sentencia de 19 de diciembre de 1991», *CCJC*, núm. 28, 1992, 741, págs. 163 y sigs.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra». *RCDI*, núm. 610, 1992, págs. 1364 y sigs.
- *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1993.
- GARCÍA-CRUCES, J. A.: *Quiebra y retroacción*, Madrid, 1995.
- «Notas sobre el instituto jurídico de la retroacción», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), Madrid, 1996, págs. 3553 y sigs.
- GAY DE MONTELLA, R.: *Código de Comercio*, t. V, 2.ª edición, Barcelona, 1948.
- GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856.
- HASEMEYER, L.: *Insolvenzrecht*, München, 1992.
- HUBER, M.: «Die besonderes Konkursanfechtung», *Insolvenzrechts-Handbuch* [Hrsg. P. GOTTWALD], München, 1990.
- IGLESIAS MAYORALGO, M. C.: «La hipoteca y la retroacción de la quiebra». *Hipotecas y seguridad jurídica* [Coord. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España], Madrid, 1991, págs. 241 y sigs.
- JAEGER, E./HENCKEL, W.: *Konkursordnung mit Einführungsgesetzen Großkommentar*, 4. Lief. (§§ 29.42), 9. Aufl., Berlin-Nueva Yor, 1991.
- JIMÉNEZ ESCARZAGA, D.: «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», *RMD*, núm. 26, 1958, págs. 39 y sigs.
- LACRUZ, J. L./SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho inmobiliario registral*, reimpresión, Barcelona, 1970.
- MARTÍN REYES, M. A.: *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1995.
- MARTÍNEZ FLOREZ, A.: *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993.
- MASSAGUER, J.: *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986.
- MELÓN INFANTE, F.: *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, 1958.
- MENCHEN, B.: «Comentario a la STS de 17-III-1958» *RCDI*, 1959, págs. 548 y sigs.
- OLIVENCIA, M.: *Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid, 1963.
- PAZ-ARES, C.: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RMD*, núm. 175-176, 1985, págs. 7 y sigs.
- «Las excepciones cambiarias», *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* [dir. A. MENÉNDEZ], Madrid, 1986, págs. 251 y sigs.

- «La desincorporación de los títulos-valor», *RDM*, núm. 219, 1996, págs. 9 y sigs.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982.
- RECALDE, A.: «Comentario de la STS 10-XII-1991», *La Ley*, núm. 4, 1992, págs. 219 y sigs.
- ROCA SASTRE, R.: *Derecho hipotecario*, t. I, 6.^a edición. Barcelona, 1968.
- ROJO, A.: «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, núm. 151, 1979, págs. 37-100.
- Voz «reintegración de la masa», *Enciclopedia jurídica básica*, t. IV, Madrid, 1995, págs. 5746 y sigs.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II, 17.^a edición, Madrid, 1994.
- SASTRE PAPIOL, S.: «Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», *RGD*, 1993, págs. 8691 y sigs.
- SOTO VÁZQUEZ, R.: *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente Quiebras y concurso de acreedores*, Granada, 1995.
- VICENT CHULIÀ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, Valencia, 1990.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Unión Europea

1. *Empresas de dimensión comunitaria*.—En el *BOE* del 25 de abril se publica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria de acuerdo con la Directiva 94/45/CEE, de 22 de septiembre de 1994.

2. *Convenio sobre Ayuda Alimentaria*.—El Instrumento de ratificación de este Convenio, hecho en Londres el 5 de diciembre de 1994 y modificado el 13 de marzo de 1995, se publica en el *BOE* del 25 de abril pasado.

3. *Directiva sobre transmisión de señales de televisión*.—Por Ley 17/1997, de 3 de mayo, publicada en el *BOE* del día 6 siguiente, se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CEE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre uso de normas para la transmisión de señales de televisión.

4. *Publicidad engañosa*.—La Comisión de la Unión Europea ha redactado la propuesta 97/C 32/06 para modificar la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 84/450/CEE sobre publicidad engañosa a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. Su texto puede verse en el *Boletín del Colegio de Registradores* del mes de mayo.

B) Leyes nacionales

Real Decreto-Ley 5/1997, de 9 de abril. Modifica parcialmente la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y se establece una reducción en la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Ley 6/1997, de 14 de abril. Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

Ley 7/1997, de 14 de abril. Medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales.

Ley 10/1997, de 24 de abril. Sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

Ley 12/1997, de 24 de abril. Liberalización de telecomunicaciones.

Ley 13/1997, de 25 de abril. Pasa a denominarse oficialmente Illes Balears la provincia de Baleares.

Ley 15/1997, de 25 de abril. Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

Ley 16/1997, de 25 de abril. Regulación de servicios de las oficinas de farmacia.

Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del contrato de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.

Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CEE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector.

Ley 18/1997, de 13 de mayo, de modificación del artículo 8 de la Ley del Contrato de Seguro, para garantizar la plena utilización de todas las lenguas oficiales en la redacción de los contratos.

C) Normas autonómicas

Cantabria.—Ley de 25 de abril. Medidas urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Ley de 28 de abril. Régimen Jurídico del Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria.

Castilla-La Mancha.—Ley de 10 de abril. Reforma la Ley de 26 de julio de 1994 del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha.

Extremadura.—Ley de 20 de marzo. Extinción de las Cámaras Agrarias Locales.

Galicia.—Ley de 24 de marzo del Suelo de Galicia.

Madrid.—Ley de 1 de abril. Reguladora del Consejo Social de las Universidades de Madrid.

Ley de 28 de abril por la que se modifica la Ley de 7 de marzo de 1991 de Carreteras de la Comunidad de Madrid.

Navarra.—Decreto Foral de 21 de abril. Registro de Cooperativas.

País Vasco.—Ley de 25 de abril. Determina la participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística.

II. Información de actividades

1. *Academia Matritense del Notariado*.—Ha concluido el ciclo de conferencias del curso académico con la exposición de las dos siguientes:

8 de mayo:

- «Limitaciones a la propiedad, expropiación forzosa y responsabilidad de la Administración. Doctrina del Consejo de Estado», por la ilustrísima señora doña AUREA M.^a ROLDÁN MARTÍN, Letrada del Consejo de Estado.

22 de mayo:

- «La función social de la propiedad», por el excelentísimo señor don FRANCISCO JAVIER DELGADO BARRIOS, Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

2. *Jornadas sobre legislación del suelo*.—Han tenido lugar en San Lorenzo del Escorial los días 29 y 30 de mayo, organizadas por el Centro de Formación Larcovi, con las siguientes ponencias:

- «Situación actual del mercado de suelo», por don FERNANDO NASARRE Y DE GOICOECHEA, Director General de Vivienda del Ministerio de Fomento y Presidente de SEPES.
- «Repercusiones económicas de la liberalización del suelo», por don RODOLFO DEL OLMO LÓPEZ, Director de Relaciones Institucionales del ICO.
- «Repercusiones sociales de la liberación del suelo», por don LUIS ARMADA MARTÍNEZ-CAMPOS, Consejero Delegado de la EMV de Madrid.
- «Modificaciones a la Ley del Suelo», por don RODOLFO SEGURA SANZ, Subdirector General de Urbanismo del Ministerio de Fomento.

Mesas de trabajo:

- «Planeamiento del suelo». Moderador: Don SIGFRIDO HERRÁIZ.
- «Desarrollo del suelo desde el sector público». Moderador: Doña CRISTINA NARBONA RUIZ.
- «Desarrollo del suelo desde el sector privado». Moderador: Don JESÚS MARTÍN DEL PRADO.

3. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—En los días 5 y 6 de junio se ha desarrollado un seminario sobre «Problemas de la adopción internacional. Realidad y derecho».

Se expusieron los temas en dos mesas redondas:

Jueves 5 junio 1997

Primera mesa redonda: «El régimen jurídico de las adopciones internacionales».

Moderador:

Excmo. Sr. don JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS, Catedrático de Derecho Internacional Privado y Magistrado del Tribunal Constitucional.

Ponentes.

Ilmo. Sr. don JESÚS Díez DEL CORRAL RIVAS, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ilma. Sra. doña PILAR GONZÁLEZ VICENTE, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid.

Ilmo. Sr. don RODRIGO BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Civil.

Excmo. Sr. don XAVIER O'CALLAGHAIN MUÑOZ, Catedrático de Derecho Civil y Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Ilmo. Sr. D. JOSÉ CARLOS F. FERNÁNDEZ ROZAS.

Ilmo. Sr. don CARLOS VIEITES PÉREZ, Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid.

Doctora doña ISABEL GARCÍA RODRÍGUEZ, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado.

Viernes 6 junio 1997

Segunda mesa redonda: «Los problemas derivados del reconocimiento de las adopciones».

Moderadora:

Ilma. Sra. doña ELISA PÉREZ VERA, Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía.

Ponentes:

Ilmo. Sr. don JESÚS GAVILÁN LÓPEZ, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 24 de Madrid.

Ilmo. Sr. don CARLOS LÓPEZ MUÑOZ, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid.

Ilmo. Sr. don Angel Muñoz, Fiscal de Menores de la Audiencia Provincial de Madrid.

Doña PILAR BRAVO VALENTÍN, Letrada de la Comunidad de Madrid.

Ilma. Sra. doña CRISTINA CADENAS CORTINA, Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid.

Ilma. Sra. doña MÓNICA AGUIRRE DE LA CUESTA, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia y Registro Civil de Alcalá de Henares.

Ilmo. Sr. don JOSÉ MARÍA ESPINAR VICENTE, Catedrático de Derecho Internacional Privado.

Doctora doña NAZARETH PÉREZ DE CASTRO, Profesora Titular de Derecho Civil.

4. *Seminarios sobre la competencia.*—Organizados por el Centro de Estudios Superiores Jurídico-Empresariales y la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios han tenido lugar durante el mes de junio dos seminarios.

El día 5 se desarrolló el seminario sobre «Derecho de la competencia», con las siguientes ponencias:

- «Los beneficios que aporta a los consumidores el derecho de la competencia. Su participación en el proceso». Ponente: Don LUIS PINEDA, Presidente de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUS-BANC).
- «Sanción de prácticas colusorias. Supuestos de autorización». Ponente: Don CARLOS FERNÁNDEZ LERGA, Abogado.
- «El abuso de la posición de dominio». Ponente: Don LUIS BERENGUER FUSTER, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- «Actos de competencia desleal con trascendencia al interés público del mercado». Ponente: Don LIBORIO HIERRO, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- «Informes del Tribunal de Defensa de la Competencia». Ponente: Don JESÚS RUBÍ NAVARRETE, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- «Procedimiento ante el Servicio de Defensa de la Competencia y ante el Tribunal de Defensa de la Competencia para la persecución de prácticas prohibidas. Medidas cautelares». Ponente: Don JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, Magistrado y Profesor de Derecho Mercantil.

Y durante los días 25 y 26 ha tenido lugar el otro seminario sobre «Competencia desleal», con las siguientes ponencias:

- «El nuevo marco normativo de la competencia desleal. La cláusula general». Ponente: Don JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ, Magistrado y Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- «Actos de competencia desleal en el sector financiero español». Ponente: Don LUIS PINEDA, Presidente de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC).
- «Actos desleales por infracción de norma». Ponente: Don MIGUEL ANGEL BOTIJA BELTRÁN, Abogado.
- «Venta a pérdida. Su distinto tratamiento en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Comercio Minorista». Ponente: Don LUIS BERENGUER FUSTER, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- «Publicidad desleal. Su represión por la Ley General de Publicidad y por la Ley de Competencia Desleal». Ponente: Don JESÚS RUBÍ NAVARRETE, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- «La defensa de los signos distintivos de la propiedad industrial a través de la Ley de Competencia Desleal». Ponente: Doña MARÍA DEL BUEN CONSEJO BAYLÓS MORALES, Abogada.
- «Diligencias de comprobación de hechos. Su utilidad en la persecución de actos desleales». Ponente: Don ANGEL ILLESCAS RUS, Magistrado.
- «Medidas cautelares. Su especialidad en la Ley de Competencia Desleal». Ponente: Don ALVARO LOBATO LAVÍN, Magistrado en excedencia. Abogado.
- «El ejercicio de las acciones que posibilita la Ley de Competencia Desleal». Ponente: Don NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ, Presidente de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid.
- «Fianzas, contrafianzas e indemnización de daños derivados de la competencia desleal: declaración y criterios valorativos». Ponente: Don AURELIO ALONSO-CORTÉS CONCEJO, Presidente de la Comisión de Defensa de la Competencia de la CEOE. Abogado.
- «Actos desleales que afectan intereses públicos del mercado. Su persecución por la Ley de Defensa de la Competencia». Ponente: Don EDUARDO MENÉNDEZ REXARCH, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 16 de septiembre de 1996.*—PRUEBA.—No hay indefensión cuando es imputable al recurrente la no utilización de los medios de prueba.—Sala 2.ª.—Ponente: Sr. García Mon.

Antecedentes —a) Promovido por la ahora recurrente en amparo el juicio de menor cuantía 223/90, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cambados, la demandante propuso, entre otras pruebas, la pericial de un Arquitecto Técnico y de un Ingeniero Técnico Agrícola en atención a la naturaleza urbana y rústica de las fincas objeto de la litis. El Juzgado estimó pertinente la pericial propuesta y la admitió, ordenando la designación de los oportunos peritos. No obstante, uno de los peritos designados no aceptó el cargo, señalándose fecha para nueva designación; tampoco aceptó el cargo el otro perito, y la actora en el escrito de resumen de prueba solicitó que el por el Juzgado se acordase para mejor proveer.

b) El Juzgado dictó Sentencia el 15 de diciembre de 1992 estimando parcialmente la demanda y sin haber acordado para mejor proveer la práctica de la prueba pericial interesada.

c) Interpuesto recurso de apelación por la actora, interesó, al amparo de los artículos 707 y 862.2.º LEC, la práctica de la pericial, propuesta y admitida pero no practicada, accediendo a ella la Audiencia. Designados por la propia recurrente los peritos, se comprometió, y así consta en el acta, a que comparecen ante la Audiencia para aceptar el cargo y emitir los correspondientes informes. No obstante, el Arquitecto Técnico no emitió el dictamen y el Ingeniero Técnico Agrícola no aceptó el cargo. Acordado nuevo señalamiento, hubo de suspenderse la diligencia por no haber sido citadas las partes, sin que pudiera repetirse por finalizar en el siguiente día —29 de junio de 1993— el período de prueba.

Así las cosas, se señaló el día 6 de octubre de 1993 para el acto de la vista. En el escrito de instrucción de la actora, de fecha 8 de septiembre de 1993, no hizo alusión alguna en orden a la prueba pericial no practicada, limitándose a darse por instruida. Celebrada la vista no consta en el acta (folio 63 del rollo de Sala) petición alguna de la actora y apelante en orden a la prueba pericial no practicada, si bien, según afirma en la demanda de amparo con apoyo en la propia Sentencia, solicitó su práctica como diligencia para mejor proveer.

d) La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó la Sentencia de 7 de octubre de 1993 que ahora se recurre en amparo, en la que se desestima el recurso y se confirma íntegramente la Sentencia de instancia. Entre otros fundamentos, en el tercero se dice lo siguiente: «...e igual suerte desestimatoria debe correr el pedimento relativo a la atribución de un desproporcionado valor de las fincas [...], pues no existe prueba alguna de tal pretensión; y en cuanto a las mejoras y obras realizadas, también debe descartarse tal petición al no existir una prueba pericial que acredite tales extremos, sin que proceda, por otra parte, sustituir la inactividad de la parte, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil, con una prueba de oficio, para mejor proveer, como se solicita».

La demanda funda su queja de amparo en la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa que se reconoce en el artículo 24.2 CE y que, a juicio de la recurrente, se habría producido al no haberse practicado la prueba pericial del Arquitecto Técnico y del Ingeniero Técnico Agrícola, propuesta y admitida tanto en la primera como en la segunda instancia, por causas no imputables a la demandante del amparo que hizo todo lo posible para que la misma se realizase, lo que causó una evidente indefensión desde el momento en que la propia Sentencia de apelación desestima parte de las pretensiones ejercitadas en la demanda en atención a la falta de una prueba pericial que acredite los extremos alegados.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha denegado el amparo solicitado basándose en estos

Fundamentos jurídicos

1 El recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de octubre de 1993 que, desestimando la apelación formulada por la recurrente, confirmó la Sentencia apelada de fecha 15 de diciembre de 1992, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cambados, tiene por objeto dilucidar si la actuación de los citados órganos judiciales, al no haber acordado como diligencia para mejor proveer la prueba pericial que, admitida y declarada pertinente en ambas instancias, no pudo practicarse en ninguna de ellas por causas no imputables a la actora, ha vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes que se reconoce en el artículo 24.2 CE, causando a la misma la indefensión prosrita en el número 1 de dicho precepto.

No se trata, pues, de combatir la denegación o la inadmisión de una prueba decisiva para la resolución del pleito, sino de reparar la indefensión que, según la recurrente, se le ha causado por el hecho de que una vez admitida y declarada procedente no se haya podido practicar durante la asociación del proceso y no hayan atendido los órganos judiciales, y más concretamente la Audiencia Provincial de Pontevedra, su petición de que se llevara a efecto como diligencia para mejor proveer.

2. Antes de examinar lo que resulta de las actuaciones judiciales en orden a las pruebas periciales a que se contrae el recurso y de analizar la conducta procesal de la recurrente respecto a la práctica de la citada prueba, conviene recordar sucintamente la doctrina de este Tribunal tanto en lo relativo a la

indefensión para que pueda ser apreciada con dimensión constitucional para fundar un recurso de amparo como en lo concerniente, concretamente, a si tal situación de indefensión puede ser imputada a los órganos judiciales cuando no utilicen la facultad que les otorga el artículo 340 LEC.

a) En reiteradas sentencias ha declarado este Tribunal que el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos todavía puede equipararse la indefensión con dimensión constitucional con alguna infracción de normas procesales que los órganos judiciales puedan cometer. Para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24.2 CE se requiere, en los supuestos como el ahora planteado, que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones para que le sean reconocidas. En este sentido, SSTC 70/1984, 48 y 89/1986 y 98/1987, entre otras.

b) En relación con la facultad que a los Jueces y Tribunales otorga el artículo 340 de la LEC de acordar después de la vista o de la citación para Sentencia y antes de pronunciar el fallo determinadas diligencias para mejor proveer, hemos declarado reiteradamente que ni otorgan derecho subjetivo alguno a las partes judiciales —«podrán acordar», dice literalmente el precepto— ni «puede estimarse como consecuencia necesaria del artículo 24 CE que la práctica de tales diligencias haya de realizarse en los procesos gobernados por el principio dispositivo, pues ello los convertiría en un nuevo y extemporáneo plazo de prueba» (STC 98/1987).

3. Examinadas detenidamente las actuaciones de primera instancia y las realizadas en el rollo de la apelación, resulta de ellas en lo sustancial a los efectos debatidos lo siguiente: En primera instancia, que efectivamente se solicitó por la actora prueba pericial de un Ingeniero Técnico Agrícola y de un Arquitecto Técnico para acreditar con sus respectivos informes la desproporción de la valoración de las fincas rústicas tenidas en cuenta en la partición hereditaria impugnada en el proceso y la valoración de las obras de mejora realizadas a su costa por la actora y su esposo en las fincas urbanas; que la prueba fue admitida y declarada pertinente por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cambados, y que realizada la designación de los peritos ninguno de ellos aceptó el cargo y por esta circunstancia no pudo practicarse la prueba durante el período probatorio; que en trámite de conclusiones, si bien la actora solicitó en su escrito de 23 de octubre de 1992 que por el propio Juzgado se acordase para mejor proveer la práctica de la prueba pericial, no hizo en él protesta alguna de la indefensión que en otro caso se le produciría, sino que, por el contrario, razonó en sus conclusiones que habían quedado acreditados los hechos que servían de base a sus pretensiones.

En el rollo de apelación consta el escrito de la actora y apelante solicitando el recibimiento a prueba en segunda instancia, y así fue acordado por la Audiencia Provincial por Auto de 4 de junio de 1993 en el que se hizo el oportuno señalamiento para la comparecencia de las partes a efectos de la designación de los peritos. En el acta de 8 de junio de 1993 la representación procesal de la actora hizo la designación de los peritos y se comprometió, por ser de su nombramiento, «a darles aviso para su comparecencia ante el Tribunal para aceptar el cargo», pese a ello, el Arquitecto Técnico no emitió el

informe y el Ingeniero Agrícola no aceptó el encargo; y acordado un nuevo señalamiento por la Audiencia para la nueva designación de este perito, tuvo que suspenderse —diligencia de 28 de junio de 1993— por no haber sido citadas las partes. Ninguna reacción frente a esa irregularidad procesal adoptó la recurrente, quien en su escrito de instrucción, de fecha 8 de septiembre de 1993, se limitó a darse por instruida, sin hacer la más mínima alusión a la prueba pericial no practicada, y tampoco consta que en el acto de la vista de la apelación hiciera protesta alguna al respecto, limitándose al parecer, pues no consta en el acta pero se desprende del fundamento tercero de la resolución impugnada [reproducido en el antecedente 1.d) de esta Sentencia], a solicitar su práctica como diligencia para mejor proveer. No lo estimó así la Audiencia por lo razonado en dicho fundamento: «... sin que proceda sustituir la inactividad de la parte, con arreglo al artículo 1.214 del Código Civil, con una prueba de oficio, para mejor proveer, como se solicita».

4. Pues bien, de relacionar la doctrina expuesta en el fundamento segundo con las actuaciones del proceso, en una y otra instancia, y con la conducta procesal de la recurrente, recogida en el fundamento precedente, resulta clara la improcedencia del amparo solicitado. Porque no se acredita, ni siquiera se alega, que la indefensión denunciada fuera motivada por impedimentos u obstáculos de las resoluciones judiciales, sino que, por el contrario, tanto el Juzgado como la Audiencia accedieron respecto de la prueba pericial a todo lo solicitado por la recurrente durante la tramitación del proceso, y porque la facultad de aquéllos para acordar o no lo solicitado para mejor proveer no puede fundar un recurso de amparo por no derivarse del artículo 340 de la LEC derecho subjetivo alguno para las partes.

Si el Juzgador no hizo uso del artículo 340 de la LEC y si además, aunque no estaba obligado a ello, fundamentó el motivo de no hacerlo como se razona en la Sentencia impugnada (fundamento jurídico tercero), podrá o no compararse su criterio, pero no imponerle por este Tribunal uno diferente, convirtiendo en deber lo que la LEC configura como facultad. En todo caso, conviene recordar una vez más que las garantías reconocidas en el artículo 24 CE están establecidas para ambas partes en el proceso y a ello parece responder lo que, argumentado por la Sentencia impugnada, sirve de sustento a este recurso.

Y si a ello se añade que fue la conducta de los peritos designados por la propia recurrente la que motivó que no pudiera practicarse la prueba dentro del período probatorio en una y otra instancia, forzoso será concluir que la vulneración denunciada no es imputable, en manera alguna, a los órganos judiciales como exige el artículo 44.1 b) de nuestra Ley Orgánica, sino a la elección de los peritos que hizo la propia recurrente y a su pasividad frente a la inactividad de los mismos que no correspondía suplir a la Sala

2. *Sentencia de 30 de septiembre de 1996.*—DOMICILIO PROCESAL —Indefensión imputable al órgano judicial.—Sala 2.ª.—Ponente: Sr. García Mon

Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo, sucintamente expuestos, son los siguientes:

a) El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Henares dictó Sentencia el día 2 de diciembre de 1992 en autos de juicio verbal número 236/92 desestimando la pretensión deducida por la entidad demandante de amparo.

b) Notificada tal resolución, la representación procesal de la mencionada sociedad, don Angel Jesús Guillén Pérez, Procurador de los Tribunales en Alcalá de Henares, presentó un escrito ante el Juzgado de Primera Instancia interponiendo recurso de apelación contra la referida Sentencia, que fue impugnada por la parte contraria.

c) Remitidos los autos a la Audiencia Provincial, la Secretaría de la Sección 18, a la que correspondió la tramitación del asunto, extendió diligencia de ordenación, recordando la remisión de un exhorto al Juzgado Decano de Primera Instancia de Barcelona a fin de requerir a la entidad recurrente en su domicilio, sito en calle Sanjuanistas, número 28, para que designara un domicilio en Madrid a efectos de notificaciones, dentro del término de quince días, bajo los apercibimientos legales. Tal resolución fue notificada solamente al Procurador de la parte contraria, señor Deleito García.

El Juzgado Decano de Primera Instancia de Barcelona dio cumplimiento al exhorto, personándose el Oficial habilitado del Juzgado de Primera Instancia número 42 de esa ciudad en la dirección indicada, donde constató que el lugar estaba cerrado, y preguntados los vecinos manifestaron que la empresa recurrente en amparo ocupaba el principal primero de dicho inmueble, si bien hacía dos años aproximadamente que se había marchado de Barcelona.

d) Recibido el referido exhorto con resultado negativo, la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Auto el día 13 de mayo de 1993 en el que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 734 LEC, declaró decaído el derecho de la demandante de amparo a sostener la apelación y la firmeza de la Sentencia de instancia.

Tal resolución fue notificada al Procurador de la parte apelada, señor Deleito García, y asimismo se libró exhorto al Juzgado Decano de Barcelona a fin de que procediera a la notificación del Auto a la sociedad recurrente en la misma dirección anterior, paseo Sanjuanistas, número 28, de esa ciudad.

Devuelto el exhorto a la Audiencia Provincial por no acompañarse la correspondiente cédula de notificación y remitido nuevamente al Juzgado Decano de Barcelona, se procedió a la práctica de la diligencia interesada, si bien resultó negativa, indicando un vecino que se hallaba en el lugar que la empresa actora se había trasladado de dicha dirección hacía tiempo.

Recibido el exhorto en la Audiencia Provincial, por diligencia de ordenación de la Secretaría, se procedió a notificar el mencionado Auto mediante edictos en el tablón de anuncios de esa Secretaría, remitiéndose el día 30 de septiembre los autos al Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares, que procedió a notificar lo acordado al Procurador de la actora, señor Granizo Palomeque.

e) El día 21 de octubre de 1993 el referido Procurador presentó un escrito ante la Sala 18 de la Audiencia Provincial de Madrid en el que interponía recurso de súplica contra el Auto que declaró decaído el derecho de la actora, alegando el desconocimiento de lo actuado y la indefensión de la recurrente.

Tal recurso fue desestimado por Auto de la referida Sección, de 26 de octubre de 1993, que confirmó la anterior decisión al no haber designado la actora domicilio en Madrid a fin de notificaciones.

La entidad recurrente sostiene que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por cuanto se le ha impedido acceder al recurso de apelación como consecuencia de un «error material», cual es la omisión de la designación de domicilio en Madrid, y sin habersele dado oportunidad de

subsanan tal defecto procesal. Afirma que la Sala declaró caducada la apelación por no haber designado domicilio en esta ciudad, sin haberle requerido previamente a través del Procurador que la representaba en el proceso civil, y que interpuso el recurso de apelación.

Fallo —El Tribunal Constitucional ha decidido:

Estimar el presente recurso de amparo y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho a la entidad recurrente, «Rentsicar Centro, S.A.», a la tutela judicial efectiva.

2.º Anular el Auto de 26 de octubre de 1993 de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid y el de 13 de mayo anterior confirmado por aquél, en virtud de los cuales se tuvo a la entidad recurrente en amparo por decaída de su derecho a sostener el recurso de apelación 13/93.

3.º Retrotraer las actuaciones del citado recurso al momento inmediatamente anterior al de dictarse el primero de los Autos anulados para que la Sala sustancie el citado recurso de apelación.

Fundamentos jurídicos

1. Es objeto del presente recurso de amparo el Auto de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid que declaró decaído el derecho de la entidad recurrente a sostener el recurso de apelación formulado contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares, con fundamento en que no había designado domicilio en Madrid a efectos de notificaciones. Tanto la sociedad recurrente en amparo como el Ministerio Fiscal sostienen que tal decisión que impidió la tramitación del recurso de apelación deducido vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE por cuanto el órgano judicial declaró caducado el recurso sin conceder realmente a la entidad actora oportunidad para la subsanación del defecto advertido, consistente en la omisión de fijación de domicilio en la sede de la Audiencia Provincial.

2. Reiteradas resoluciones de este Tribunal han declarado que la tutela que los órganos jurisdiccionales han de dispensar a los derechos e intereses legítimos exige que, al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales, el órgano judicial está obligado a ponderar la entidad real del vicio advertido, en relación con el cierre del proceso y del acceso a la justicia que de él pueda derivar y, además, permitir siempre que sea posible la subsanación del vicio advertido (STC 49/1989), pues si el órgano judicial no hace posible para la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable o impone un rigor en las exigencias más allá de la finalidad a que la misma responde, la resolución judicial que cerrase la vía del proceso o del recurso sería incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial (STC 36/1986). Asimismo hemos declarado que no son constitucionalmente admisibles obstáculos al enjuiciamiento del fondo del asunto que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1991, 48/1995 y 76/1996).

3. A la luz de la doctrina expuesta, debemos analizar si la resolución impugnada que declaró decaído el derecho de la entidad recurrente a sostener el recurso de apelación en atención a que en el escrito de interposición del

recurso no se designaba domicilio en Madrid a efectos de notificaciones, como exige el párrafo 2.º del artículo 734 LEC, supone una ponderación inadecuada del referido defecto procesal que vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE o si, por el contrario, tal decisión judicial es conforme con el contenido de este derecho.

Para resolver la cuestión planteada resulta necesario recordar brevemente los antecedentes del supuesto examinado. Don Angel Jesús Guillén Pérez, Procurador de los Tribunales en Alcalá de Henares, actuando como representante de la entidad recurrente en amparo, presentó escrito ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Henares interponiendo recurso de apelación contra la Sentencia dictada en el juicio verbal número 236/92. Una vez recibidas las actuaciones en la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sección, se acordó requerir a la actora —en la dirección de Barcelona que constaba en autos— para que designara domicilio en Madrid a efectos de notificaciones en el término de quince días, y ello «bajo los apercibimientos legales».

Remitido exhorto al Juzgado Decano de Barcelona se procedió a su cumplimiento, constituyéndose el Oficial habilitado en el lugar indicado como domicilio de la entidad actora, donde se manifestó por los vecinos al referido funcionario judicial que la entidad actora se había ausentado del lugar hacía aproximadamente dos años. Seguidamente, y sin intentar el requerimiento ni la localización de la actora a través del representante de la misma, que había interpuesto en su nombre el recurso de apelación ante el Juzgado, el Procurador señor Guillén Pérez, la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto declarando caducado el recurso y decaído el derecho de la actora a sostener el recurso de apelación por no haber designado domicilio en Madrid para ser notificada.

A pesar del resultado negativo de la anterior diligencia en el domicilio de Barcelona, nuevamente se acordó por la Secretaría de la Sección la notificación de esta última decisión judicial a la actora en la misma dirección, remitiendo para ello nuevo exhorto al Juzgado Decano de Barcelona, que al igual que el anterior intento resultó negativo.

Recibidas las actuaciones en el Juzgado de Alcalá de Henares y notificado el Auto al Procurador de la actora, señor Guillén Pérez, la entidad recurrente, representada por el Procurador de Madrid señor Granizo Palomeque, presentó un escrito ante la Audiencia Provincial interponiendo recurso de súplica contra el Auto de la Sección en el que alegaba el desconocimiento del requerimiento e invocaba el derecho a la tutela judicial efectiva, recurso que fue desestimado por el citado órgano judicial con fundamento en lo dispuesto en el artículo 734 LEC.

4 En el presente supuesto debemos admitir el planteamiento de la entidad actora de que la falta de designación de domicilio en Madrid a efectos de notificaciones era un defecto procesal subsanable, y así lo entendió también el propio órgano judicial, que tras constatar la omisión de este requisito procedió de oficio a conceder un plazo a la sociedad actora para su subsanación.

Sin embargo, la cuestión se plantea en orden a la eficacia del requerimiento efectuado y a la decisión adoptada tras su resultado negativo. En efecto, si bien la Sala estimó que la omisión advertida era por su entidad un defecto subsanable, realmente no llegó a conceder a la sociedad recurrente la oportunidad para que pudiera cumplir tal presupuesto, pues como se deduce de las actuaciones, el requerimiento no llegó a practicarse en ningún momento

con la actora. Por consiguiente, la ineficacia de tal requerimiento impidió que la recurrente tuviera en realidad conocimiento del defecto formal observado ni tampoco la oportunidad de subsanarlo. Ante el resultado negativo del requerimiento, el órgano judicial no intentó nuevamente la práctica de tal diligencia con el Procurador que figuraba en el escrito de interposición del recurso, el cual como representante procesal en la instancia de la actora podía ser notificado y requerido para remediar la omisión procesal. Bien al contrario, la Sala, sin más trámite y conociendo que el requerimiento no se había practicado con su destinatario, declaró decaído el derecho de la actora a mantener el recurso de apelación. Es más, tras haberse personado la sociedad actora mediante un nuevo Procurador colegiado en Madrid interponiendo recurso de súplica, el mencionado órgano judicial, sin ponderar adecuadamente las específicas circunstancias concurrentes —en concreto el resultado negativo del requerimiento—, procedió a confirmar su anterior decisión.

A la vista de los antecedentes expuestos cabe concluir que la subsanación acordada por la Audiencia del defecto que se había producido en el escrito interponiendo el recurso de apelación, una vez que el requerimiento para la subsanación no pudo hacerse personalmente a la apelante por resultar desconocido su domicilio, pudo y debió hacerse a su Procurador en la instancia que fue quien suscribió el escrito en el que se había producido la omisión. Al no hacerlo así la Audiencia Provincial ni tener por subsanada la omisión con el escrito del Procurador de Madrid de interposición del recurso de súplica, no otorgó realmente a la apelante la posibilidad de subsanar la omisión padecida, vulnerando el derecho a la tutela efectiva que se denuncia en este recurso de amparo.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR JUAN M.^a DÍAZ FRAILE,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
BASILIO JAVIER AGUIRRE FERNÁNDEZ
y JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA

HIPOTECA SOBRE VIVIENDA UNIFAMILIAR EN CONSTRUCCION. AUNQUE NO HAYA COINCIDENCIA ENTRE REGISTRO Y TITULO EN LA DESCRIPCION URBANISTICA DEL INMUEBLE GRAVADO, NO EXISTE NINGUN OBSTACULO PARA INSCRIBIR LA HIPOTECA CALIFICADA, TAL Y COMO APARECE LA FINCA EN EL REGISTRO, ESTO ES, EN FASE DE CONSTRUCCION, REFLEJANDO ASI LA NOTA DE DESPACHO. (RESOLUCIÓN DE 21 DE MARZO DE 1997. BOE DE 24 DE ABRIL DE 1997.)

RESOLUCION de 21 de marzo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don Miguel Tarragona Coromina contra la negativa de don Juan María Díaz Fraile, Registrador de Igualada número 2, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don Miguel Tarragona Coromina contra la negativa de don Juan María Díaz Fraile, Registrador de Igualada número 2, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I El día 16 de julio de 1992, mediante escritura pública autorizada por don Miguel Tarragona Coromina, Notario de Barcelona, La Caixa d'Estalvis del Penedés, don Avelino Jiménez Parra y doña Pilar Alonso Márquez otorgan escritura de préstamo hipotecario a través de la cual se financia la construcción de una vivienda unifamiliar.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Igualada número 2, fue calificada en lo que aquí interesa: «A) Se suspende la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable consistente en la falta de coincidencia entre la situación constructivo-urbanística del inmueble hipotecado resultante del Registro (en el que figura como nueva «en construcción») y la manifestada en el título que se describe el inmueble conforme ha de resultar de su completa y definitiva construcción, con arreglo al

principio hipotecario de determinación y al artículo 37, números 1 y 2, del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y sus concordantes. No se toma anotación suspensiva por no solicitarse... Contra la presente nota, extendida a solicitud del Notario autorizante, cabe recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria, 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el plazo y por los trámites que resultan de los artículos citados del Reglamento Hipotecario. Igualada, 31 de diciembre de 1992 —El Registrador de la Propiedad, *Juan María Díaz Fraile*».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra el apartado A) de la nota de calificación, y alegó: Que la escritura de hipoteca se otorgó para financiar la construcción de una vivienda unifamiliar. Que en el pacto 1 de la escritura se dice que se entrega en el momento el 85 por 100 del principal y que para disponer del 15 por 100 restante «la parte prestataria debe acreditar haber concluido totalmente la construcción». Que en la escritura de hipoteca se describe la finca sin indicar que está «en construcción» o «acabada», si bien de la misma queda patente que la construcción no se ha concluido. Que se entiende que la referida escritura debe inscribirse en el Registro por las razones siguientes: 1.^a De la propia escritura resulta que la finca está en construcción. La no conclusión de la edificación está expresada reiteradamente en la escritura y no es imprescindible que se exprese en la propia descripción de la finca. No es que se deduzca que la obra no se ha concluido, se manifiesta expresamente. 2.^a Que aunque en la propia escritura no constara que la obra no está concluida debería inscribirse, haciéndose constar que, según el Registro, la edificación no consta concluida. 3.^a Lo establecido en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria. 4.^a La norma urbanística. El artículo 37 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana se refiere únicamente a las escrituras de declaración de obra nueva, no siendo aplicables a las compraventas e hipotecas. 5.^a Que la aplicación que el Registrador pretende de la norma es ilegal por no ajustarse a la Ley; es contraria al tráfico jurídico y económico y no responde a ninguna de las finalidades para las que fue dictada, que son la concordancia entre la descripción registral y la realidad y la protección del adquirente.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: 1. Fundamento jurídico de la calificación recurrida. 1.1. El principio de especialidad en la descripción del bien o derecho objeto del tráfico jurídico registrable. En virtud de dicho principio representa una importancia singular la determinación de la identidad del inmueble objeto del negocio jurídico celebrado, siendo la identificación dicha una de las principales funciones de la calificación (Resoluciones de 7 de julio de 1960 y 2 de septiembre de 1991). Precisamente por ello la legislación notarial impone a los fedatarios públicos una especial diligencia y cuidado en la descripción de los inmuebles sujetos a registro (arts. 170, párrafo 1, 172 y 173 del Reglamento Notarial). La legislación hipotecaria proclama la nulidad de las inscripciones en que se omita alguna de las circunstancias del artículo 9 de la Ley (art. 30 de la Ley Hipotecaria), y ello debido a que la finca es elemento básico y primordial de nuestro sistema hipotecario basado en el folio real (art. 8 de la Ley Hipotecaria). Que en virtud de lo declarado a las Resoluciones de 14 de mayo de 1981, 2 de septiembre de 1991 y 28 de abril de 1992, resulta preciso que la descripción escrituraria

se extiende a los planos horizontal y vertical, comprendiendo tanto la posición de solar sobre la que se asienta la edificación como ésta misma, respecto a la que igualmente se habrán de evitar inexactitudes y errores. Que esto es aplicable a los requisitos y circunstancias descriptivas «necesarias» para la inscripción. Que no se puede aceptar la tesis de que un dato de tanta importancia económica y jurídica como el que la construcción haya o no concluido no es imprescindible que se exprese en la propia descripción de la finca. 1.2. La mutación del contenido urbanístico de la propiedad urbana y su trascendencia en el ámbito de las declaraciones de obras nuevas. La Ley 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico introduce en nuestro sistema legal una profunda reforma en el régimen jurídico de la propiedad urbana. En virtud de tal reforma la propiedad inmobiliaria del suelo no tiene, *ab initio*, contenido dominical previo consolidado alguno y sí un mero conjunto de expectativas urbanísticas que se irán convirtiendo en facultades titularizadas. El *iter* complejo de formación sucesiva del contenido de la propiedad inmobiliaria se integra por la adquisición de sucesivas facultades urbanísticas, teniendo particular interés sobre las dos últimas facultades de dicho *iter* el derecho a edificar y el derecho a la edificación. Tras la reforma, la licencia de edificación es el nuevo título atributivo de la aptitud jurídica necesaria para edificar, pasando con ello a sustraer tal cualidad atributiva del propio dominio del suelo. La naturaleza jurídica del *ius edificandi*, de «facultad jurídica» pasa a ser una «potestad-función» de ejercicio vigilado administrativamente y sometido a graves sanciones por su no uso o abstención en el plazo dispuesto. La sanción radica en la extinción del propio derecho a edificar y en la correlativa pérdida del aprovechamiento urbanístico adquirido previamente mediante su expropiación al 50 por 100 de su valor, acompañada de la expropiación de las obras ya realizadas por su coste de ejecución. Por tanto, hasta que no concluya la construcción la posición jurídica del propietario es una posición condicional y sometida a la amenaza de extinción de unas facultades y de la expropiación de otras. Que claramente se aprecia que es muy distinta la naturaleza jurídica de la garantía hipotecaria adquirida según que ésta recaiga sobre una edificación concluida o no finalizada, ya que en un caso sería una garantía firme y segura y en otro sería una garantía claudicante y amenazada de disolución. Que en virtud de la reforma introducida por la Ley 8/1990 los Notarios y Registradores no pueden autorizar e inscribir respectivamente escrituras de declaración de obra nueva sin la correspondiente licencia municipal y certificado técnico sobre ejecución o conclusión de la obra (art. 37.2 del Texto Refundido). Que en los supuestos de declaración de obra nueva «en construcción», una vez finalizada la obra el citado artículo impone la obligación a cargo del propietario de hacer constar en el Registro la terminación de la obra mediante acta notarial que incorporará al efecto la correspondiente certificación técnica. El incumplimiento constituye un ilícito civil o urbanístico que ha de ser evitado en la medida de lo posible. Que en caso contrario se podrían ver perjudicados los derechos del tercer poseedor o ulterior adquirente de la finca hipotecada sobre la que exista una obra en construcción, pero que en el Registro, siguiendo el error de la escritura, figure como terminada y respecto de cuya última fase constructiva constatada por el aludido tercer poseedor podría pretender el acreedor hipotecario la extensión de su hipoteca. A este respecto hay que señalar lo manifestado por la Resolución de 6 de febrero de 1986. 2. Refutación de las alegaciones del notario recurrente. Que lo expuesto en el apartado anterior pretende también la refutación de las

alegaciones formuladas por el Notario. Que la afirmación de que la falta de inscripción del documento perjudicial al tráfico jurídico y a la seguridad o interés de la entidad acreedora, aparte de no ser correcto, no supone en sí un motivo de impugnación de calificación, pues cabe entender que la inscripción no se produce sino por una obstinada negativa del Notario a rectificar la escritura subsanando el defecto señalado. Que en lo que afecta al tráfico jurídico, en él se hallan implicados, desde la perspectiva de la protección registral, no sólo el interés de las partes intervinientes en el negocio jurídico concreto de que se trate, sino que también pueden verse afectados intereses de terceras personas ajenas en principio al mismo y, en concreto, en materia urbanística se ven implicados los intereses generales de toda la comunidad, a los que atiende asimismo el Registrador en su calificación. Que en cuanto al supuesto perjuicio que se le pudiera derivar a la entidad acreedora en el caso presente por la falta de inscripción, el mismo es inexistente, puesto que en el último apartado de la estipulación primera del contrato las partes pactan que la entidad prestamista estaría expresamente facultada para exigir como condición previa a cualquier desembolso que la presente escritura haya sido otorgada en el Registro de la Propiedad.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en las razones jurídicas expresadas en la calificación que han sido explicadas en el informe del Registrador.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones expuestas en el escrito de interposición del recurso

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 5, 23 y siguientes y 37 de la Ley del Suelo; 9, 106 y 110.1 de la Ley Hipotecaria; 51 del Reglamento Hipotecario, y la Resolución de 6 de febrero de 1986.

1. En el presente recurso se plantea la posible inscripción de una hipoteca constituida sobre una vivienda unifamiliar en garantía de un préstamo concedido precisamente para la financiación de la construcción de dicha vivienda, inscripción que es suspendida por el Registrador por discordancia entre el título y el Registro toda vez que tabularmente la finca hipotecada aparece en estado de «construcción», en tanto que el título calificado se describe como si estuviera ultimada esa construcción.

2. Ciertamente, el título calificado no es adecuado para reflejar registralmente la conclusión de la obra al no reunir los requisitos del artículo 37 de la Ley del Suelo. Ahora bien, ningún obstáculo se aprecia para inscribir —como ocurre con otros gravámenes próximos como el embargo— la hipoteca calificada sobre la finca gravada, tal y como registralmente aparece descrita, esto es, en fase de construcción (reflejándolo así en la nota de despacho), toda vez que queda perfectamente identificado el inmueble objeto de gravamen. Adviértase que la identificación de los inmuebles se efectúa básicamente en función de sus naturaleza, linderos y superficie (cfr. arts. 9 LH y 51 RH) y, respecto a estos datos, hay plena coincidencia entre el Registro y el título; y considérese que las edificaciones pasan a ser partes integrantes de la finca sobre la que se asientan —se extiendan o no aquéllas los gravámenes preexistentes sobre éstas—, la cual conserva su unidad jurídica e identidad aunque se modifique su estado o configuración.

La anterior conclusión es plenamente congruente con las previsiones legales sobre la extensión de la hipoteca respecto de las nuevas edificaciones (véase art. 110.1 LH) y con las previsiones expresamente pactadas para la ahora constituida (se estipula su extensión a las nuevas edificaciones que realice el deudor o el tercer poseedor que se subroga en su misma posición jurídica), toda vez que no habiéndose hecho constar tabularmente la terminación de la edificación, el contenido del asiento no prejuzgará si la misma estaba ya concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca ni, por tanto, servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución, y ello sin perjuicio del valor probatorio que entre los otorgantes tendrán las manifestaciones al respecto vertidas en la escritura calificada.

3. Por lo demás, tampoco la aplicación de los principios inspiradores de la nueva Ley del Suelo obstaculizan la inscripción pretendida, pues la adquisición sucesiva del derecho a urbanizar, del derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación (cfr. arts. 5, 23 y sigs.) no excluye la propiedad privada del suelo ni, por tanto, su hipotecabilidad actual (cfr. art. 106 LH), sin perjuicio de la mayor o menor trascendencia económica de la garantía constituida, según el grado de cumplimiento de los deberes urbanísticos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado y la nota del Registrador en cuanto al extremo recurrido.

Madrid, 21 de marzo de 1997.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

EL TRAFICO JURIDICO-REGISTRAL SOBRE LOS INMUEBLES «EN CONSTRUCCION». CRITICA DE LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 21 DE MARZO DE 1997.

I) EL SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho que da lugar a la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de marzo de 1997, objeto de este comentario, se refiere a un caso en el que, previa inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de «declaración de obra nueva en construcción» de cierta edificación (una vivienda-chalet) autorizada durante la vigencia de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico, se presenta a calificación una escritura de préstamo hipotecario en la que, por un lado, se establecen diversas estipulaciones que responden a la finalidad de financiar la construcción de la mencionada edificación, y, por otro lado, en la cláusula de constitución de hipoteca se procede a describir el objeto del gravamen hipotecario como una edificación completa y definitiva, aludiendo al total de superficie «construida», a la porción de terreno sobre la que «está asentada la edificación» y sin añadir ni aclarar que dicha edificación se halla en fase de ejecución o sin concluir.

En virtud de su calificación el Registrador suspende la inscripción solicitada por el defecto consistente en la falta de coincidencia entre la situación constructivo-urbanística del inmueble hipotecado resultante del Registro (en el que figura como obra nueva «en construcción») y la manifestada en el título calificado, en el que se describe la finca como si estuviera ultimada dicha construcción.

Aun cuando la Resolución se concreta al específico supuesto mencionado, la doctrina que sienta, sin las necesarias correcciones a la misma que cabe postular, se podría extender a cualesquiera otras operaciones de tráfico jurídico-inmobiliario y sobre cualesquiera inmuebles «en construcción», incluyendo, por tanto, supuestos de ventas múltiples sobre plano de viviendas en grandes porciones inmobiliarias.

II) LA POSICION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Dirección General, de forma sorpresiva e incongruente con sus propios antecedentes, como después veremos, resuelve la cuestión planteada en los siguientes términos:

«Ciertamente, el título calificado no es adecuado para reflejar registralmente la conclusión de la obra al no reunir los requisitos el artículo 37 de la Ley del Suelo. Ahora bien, ningún obstáculo se aprecia para inscribir —como ocurre con otros gravámenes próximos como el embargo— la hipoteca calificada sobre la finca gravada, tal y como registralmente aparece descrita, esto es, en fase de construcción (reflejándolo así en la nota de despacho), toda vez que queda perfectamente identificado el inmueble objeto de gravamen. Adviértase que la identificación de los inmuebles se efectúa básicamente en función de su naturaleza, situación, linderos y superficie (cfr. arts. 9 LH y 51 RH), y respecto a estos datos hay plena coincidencia entre el Registro y el título; y considérese que las edificaciones pasan a ser partes integrantes de la finca sobre la que se asientan —se extiendan o no a aquéllas los gravámenes existentes sobre ésta—, la cual conserva su unidad jurídica e identidad aunque se modifique su estado o configuración.

La anterior conclusión —sigue diciendo el Centro Directivo— es plenamente congruente con las previsiones legales sobre la extensión de las hipotecas respecto de las nuevas edificaciones (vid. art. 110.1 LH) y con las previsiones expresamente pactadas para la ahora constituida (se estipula su extensión a las nuevas edificaciones que realice el deudor o el tercer poseedor que se subrogue en su posición jurídica), toda vez que no habiéndose hecho constar tabularmente la terminación de la edificación, el contenido del asiento no prejuzgará si la misma estaba ya concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca ni, por tanto, servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución, y ello sin perjuicio del valor probatorio que entre los otorgantes tendrán las manifestaciones al respecto vertidas en la escritura calificada.

Por lo demás —concluye la Dirección General—, tampoco la aplicación de los principios inspiradores de la nueva Ley del Suelo obstaculizan la inscripción pretendida, pues la adquisición sucesiva del derecho a urbanizar, del derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación (arts.

5, 23 y siguientes) no excluye la propiedad privada del suelo ni, por tanto, su hipotecabilidad actual (art 106 LH), sin perjuicio de la mayor o menor trascendencia económica de la garantía constituida, según el grado de cumplimiento de los deberes urbanísticos »

III) LAS GRAVES CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION

Aunque pudiera parecer a primera vista que se trata de un supuesto de escasa incidencia práctica, las consecuencias de la doctrina de la resolución son muy graves, no ya sólo en casos como el planteado en ella, sino también referida a aquellos otros a los que inevitablemente cabría extender su doctrina si se utilizan los argumentos de la misma.

Entre esas graves consecuencias cabe destacar las siguientes:

1.^a Conduce a la desincentivación o extinción del documento notarial de terminación de obra y de su constancia registral, en contra del artículo 37 de la Ley del Suelo.

2.^a Produce un resultado de interpretación de fraude de Ley.

3.^a Desnaturaliza la función de la nota de despacho o inscripción al pie del documento.

4.^a Facilita la comisión de fraudes en perjuicio de los consumidores al adquirir viviendas «en construcción».

5.^a Produce la paradoja de situar las escrituras notariales por debajo de la publicidad comercial en las promociones inmobiliarias en lo que se refiere al nivel de protección al consumidor.

6.^a No se adapta a la normativa catastral que sólo asigna número de referencia catastral a la finca cuando ya está acreditada la terminación de la construcción.

Veamos todas estas graves consecuencias por separado.

IV) LA DESAPARICION DE LA FIGURA DE LA TERMINACION DE OBRA

A) SE DESINCENTIVA LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA TERMINACIÓN DE LA OBRA

Un inconveniente muy serio en la práctica que se puede derivar de la resolución comentada es el de que, *de facto*, se desincentiva la inscripción en las actas notariales de terminación de obra, burlándose la obligación que al respecto establece el artículo 37.2 *in fine* de la Ley del Suelo, eludiéndose de forma encubierta en el Registro figuraría la obra nueva «en construcción»; en los títulos —ventas, hipotecas, incluso modificaciones de obra nueva, derechos de vuelo, arrendamientos, etc.— figuraría la edificación concluida, títulos de tráfico que en la práctica se inscribirían a pesar de la falta de concordancia con el Registro, perpetuándose esta situación. En nuestro caso podría ocurrir o bien que transcurriera el plazo de cuatro años de prescripción de las sanciones urbanísticas, habiendo dado cobertura el Registro a la inscripción de una escritura que lleva consigo una declaración de terminación de obra encubierta (obviamente no inscribible, como se reconoce), o bien que se haga

constar mediante acta notarial y toma de razón en el Registro la entrega del 15 por 100 del capital restante del préstamo hipotecario a la terminación del edificio y que puede ser interpretado a la vista de los asientos registrales (pacto de disposición del 15 por 100 del capital a la terminación de la obra) como que figura en ellos «una terminación de obra».

De esta forma quedan resentidos indudablemente los principios de concordanza entre realidad, escritura y Registro que ha querido implantar el artículo 37 LS, así como el principio de colaboración de los Registradores y Notarios con la Administración urbanística en el mantenimiento de la legalidad urbanística, a que se refiere en distintas ocasiones la propia jurisprudencia registral.

En definitiva, el documento notarial de terminación de obra y su constancia registral constituyen a partir de esta resolución «una especie a extinguir», pues el único estímulo del promotor inmobiliario para la constancia documental de la terminación de la obra antes de la venta por pisos ya terminados es que se exigirá por Notarios y Registradores como requisito necesario para hacer constar en la descripción de las fincas tal determinación, por lo que si no se exige en tales supuestos dicho promotor tratará de evitar los gastos que dicho documento le provoca, con grave detrimento para la aplicación de la Ley del Suelo y para el consumidor inmobiliario, según veremos después.

El Registro de la Propiedad podría llegar a convertirse así en un «mausoleo de edificios en construcción» o, incluso, de «solares en construcción», nunca terminados en los libros registrales, con la grave discordancia que ello implica entre Registro y realidad.

Muchos Notarios y Registradores, podríamos decir que la mayoría antes de esta resolución, exigían que se acreditase la terminación de la obra cuando se autorizaba o pretendía inscribirse una escritura en que la finca se describía como terminada. ¿Por qué bajar el listón de legalidad y dejar el artículo 37 de la Ley del Suelo en letra muerta en lo que a constancia de terminación de obra se refiere?

Realmente no existe ninguna razón, pues luego veremos una por una las razones que ofrece la presente resolución, que son de escaso o nulo fundamento.

V) INTERPRETACION CON RESULTADO DE FRAUDE DE LEY

Aunque no sea éste, ni mucho menos, el propósito de la presente resolución, lo cierto es que con argumentaciones del tipo de la empleada en ella se produce un «resultado de fraude de Ley».

Efectivamente, tenemos en primer lugar una normativa clara, que es la del artículo 37 de la Ley del Suelo sobre colaboración de Notarios y Registradores de la Propiedad en el cumplimiento de la legalidad acerca de la constancia de obras nuevas y su terminación, que impone unas exigencias a dichos profesionales públicos.

Pues bien, la resolución obvia esas exigencias del artículo 37 de la Ley del Suelo utilizando la regulación de las notas de inscripción o despacho que se ponen al pie del documento, como si estas notas tuvieran como finalidad minimizar los requisitos de la Ley del Suelo.

El artículo 6 4 del Código Civil es terminante:

«Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

La doctrina del fraude de Ley distingue dos tipos de normas: la llamada «Ley de cobertura» y la «Ley defraudada».»

¿Cuáles son esas leyes en la interpretación que resulta de la argumentación empleada por la resolución?

La Ley defraudada, aunque evidentemente no sea propósito de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es el artículo 37 de la Ley del Suelo, que impone la exigencia de que una escritura que aluda a terminación de un edificio sea acreditada mediante el correspondiente certificado del técnico competente acreditativo de que la obra se realizó conforme al proyecto para el que se obtuvo la licencia, incorporando ese certificado a un acta notarial.

La Ley de cobertura, en la que pretende apoyarse la resolución para llegar a un resultado diferente del que resulta del artículo 37 de la Ley del Suelo, es el precepto que contiene la regulación de la nota de despacho o de inscripción al pie del documento y de la calificación registral parcialmente denegatoria, es decir, el artículo 434, párrafo 6.º, del Reglamento Hipotecario.

Pero el artículo 434, párrafo 6.º, del Reglamento Hipotecario, que regula las notas de despacho en este punto, no ampara una interpretación de este tipo ni podría ampararla cuando está en juego la aplicación efectiva del artículo 37 de la Ley del Suelo.

Veamos en apartado independiente la función de esta nota de despacho y la que pretende asignarle la presente resolución.

VI) LA DESVIRTUACION DE LA FUNCION NORMAL DE LA NOTA DE DESPACHO

Según la resolución, se debe actuar «reflejando en la nota de despacho» la inscripción de la garantía sobre la finca «tal y como registralmente aparece descrito». Es decir, la resolución pretende que se inscriba la finca en estado de «en construcción», aunque en el título presentado a inscripción se describa como terminada, y que se refleje que la finca según el Registro está en construcción en la nota de despacho al pie del documento.

Pero hay un precepto fundamental de la Ley Hipotecaria que impide extender como un «acordeón» la nota de despacho a funciones diferentes de las previstas reglamentariamente.

Nos referimos al número 8 del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que en relación con la firma del Registrador en la inscripción dice que «implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado». Pues bien, la resolución dice todo lo contrario: que se firme la inscripción de modo diametralmente opuesto a como consta en el título inscrito, pues «en el título calificado se describe como si estuviera terminada esa construcción», según reconoce la propia resolución, y, sin embargo, lo soluciona a través del reflejo de la discordancia «en la nota de despacho».

Pero la nota de despacho no tiene como finalidad reflejar contenidos atípicos no previstos en las leyes. No dice expresamente la resolución en qué precepto se ampara para que el Registrador pueda actuar de esa forma tan

atípica, lo cual ya de por sí es una laguna importante en la argumentación de la misma. Pero entendemos que la Ley de cobertura a la que se ha podido referir la resolución podría ser el citado artículo 434, párrafo 6.º, al establecer «Del propio modo, en las notas de despacho se hará constar sucintamente el carácter o modalidad del asiento practicado cuando difiera de lo solicitado o pretendido en el título».

Ese párrafo 6º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario es un precepto excepcional en tanto en cuanto modaliza lo dispuesto en el artículo 9.8.ª de la Ley Hipotecaria y en cuanto supone una excepción al principio de rogación.

Por otra parte, se refiere exclusivamente «al carácter o modalidad del asiento practicado» y no a diferencias de otro tipo. El carácter o modalidad del asiento practicado es, por ejemplo, practicar una inscripción en lugar de la anotación preventiva solicitada (así, cuando el auto de declaración de quiebra es firme y se solicita que «se anote», o cuando se solicita anotar «derechos de uso sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge separado o divorciado») o viceversa, practicar una anotación en lugar de la inscripción solicitada (por ejemplo, si se pretende un asiento de inscripción para una prohibición de disponer judicial o administrativa del art. 26.2.ª LH).

El carácter o modalidad del asiento practicado diferente de lo solicitado o pretendido se refiere también a aquellos supuestos en que la norma (Ley o Reglamento) prevé la inscripción en un determinado sentido y, sin embargo, los interesados solicitan una forma de practicar un asiento en sentido diferente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se pretende la inscripción de un bien como privativo o cuando, si no hay prueba o confesión del consorte, la inscripción ha de practicarse como bien presuntivamente ganancial.

Por tanto, caben destacar las siguientes consideraciones a propósito de la inscripción y de la nota de despacho:

a) La inscripción ha de practicarse tomando sus circunstancias del título del que es extracto (art. 9.8 LH).

b) Porque *el Registrador no debe inscribir parcialmente alterando la voluntad de las partes ni transformar o modalizar la naturaleza de los derechos contenidos en los títulos*, como ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así, recientemente en la Resolución de 16 de julio de 1996 se habla de «lo inadecuado de la solución adoptada por el Registrador» que al rechazar una cláusula de interés variable provocaba un resultado registral —hipoteca de crédito a interés fijo— ajeno a la voluntad de los contratantes. En nuestro caso se pacta la constitución de una hipoteca sobre la «vivienda unifamiliar señalada en el número once, sita..., con una superficie construida total de..., asentada la edificación sobre una porción de terreno de..., de los cuales equis metros cuadrados están ocupados por la edificación... Consta de tres plantas...» *Si la obra está concluida* (el 15 por 100 del préstamo del que se podrá disponer al haber «concluido *totalmente* la construcción» puede estar vinculado a mejoras de terminación interior o incluso de pequeñas obras de decoración arquitectónica de las amparables por licencia de obras menores —no mayores—) *la inscripción con amputación parcial del derecho ex officio sería claramente perjudicial para el acreedor hipotecario, y si la obra no está concluida pueden parar perjuicios al tercer poseedor que financia el resto de la construcción* pendiente frente al que el Banco esgrime un título notarial inscrito en que consta la hipoteca sobre una edificación concluida en el que constará una mención en la nota de despacho en que se

dirá que la hipoteca se ha inscrito sobre el inmueble tal como registralmente aparece descrito, lo que perfectamente puede parecer una obviedad (porque de hecho ha de ser siempre así) pero que no aclarará el equívoco. Con la circunstancia agravante de que el citado tercer poseedor no sólo tendrá que asumir la perjudicial inversión de su posición procesal sufriendo en su contra —frente al acreedor ejecutante— las presunciones de la legitimidad registral, sino que su excepción (no extenderse la hipoteca a la mejora por él financiada) no es de las que suspenden la tramitación del procedimiento judicial sumario —art 132 LH—, procedimiento que se desencadena por la presentación del «título inscrito» —art. 131 3.º LH— (repárese que la certificación registral de la regla 4.ª ha de contener la inserción literal de la última inscripción de dominio y la relación de todas las cargas y derechos reales a que se encuentren afectos los bienes hipotecados, sin que dicha certificación haya de contener una descripción íntegra del inmueble, descripción que con el error de bulto de no hacer constar su situación de «en construcción» figurará en los autos a través de la escritura).

También podrán parar perjuicios al rematante de la finca —caso de que la construcción en la realidad extrarregistral no se haya concluido—, pues pujará en la subasta a la vista del expediente y de los anuncios que expresan de forma concisa la identificación de la finca (art. 131 8.º LH) y que reflejarán la falsa apariencia resultante del propio título, lo que, sin duda, influirá en la determinación de la postura ofrecida.

c) Porque, por último, *la nota de despacho no está prevista para hacer constar «advertencias» legales ni sobre errores de la escritura ni de otra índole, teniendo un contenido tasado. O se inscribe o se suspende, no se inscribe con alteraciones y advertencias. El párrafo 6.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario no es aplicable a las descripciones de las fincas que han de reunir todas las circunstancias vistas —arts 9 LH, 51 RH, 5 LPH, 37 LS, etc —, sino que se refiere exclusivamente «al carácter o modalidad de asiento practicado», lo que alude a sus aspectos jurídicos —por ejemplo, si una titularidad es privativa o presuntivamente ganancial o si el embargo se ha anotado y no inscrito, etc.—, pero no a los elementos descriptivos de las fincas que no atañen al «carácter o modalidad del asiento». La alusión indirecta al artículo 434 del Reglamento Hipotecario confirma que el defecto existe ya que no puede practicarse el asiento en la forma «pretendida por el título», pero lo da por subsanado mediante esa mención hecha de oficio por el Registrador en la nota de despacho. El principio de rogación, en cambio, obligaría a que la subsanación se verifique sobre el propio título que describió con inexactitud e imprecisión el objeto hipotecado.*

VII) LA INTERPRETACION PROPUESTA POR LA RESOLUCION FACILITA LA COMISION DE FRAUDES EN PERJUICIO DE LOS CONSUMIDORES AL ADQUIRIR VIVIENDAS EN CONSTRUCCION

Esta resolución abre un foco de peligros y conflictividad en las grandes promociones inmobiliarias. Más allá del caso concreto debatido, la flexibilidad de esta resolución puede conducir a numerosos fraudes y perjuicios para los consumidores al adquirir viviendas en construcción. En efecto, la inscripción múltiple en grandes promociones inmobiliarias de escrituras de ventas

de pisos por los promotores en que la vivienda se describe como concluida, no constando registralmente su terminación, practicando el Registrador de oficio la mención sugerida, puede perpetuar registralmente la situación del «edificio en construcción» de forma indefinida, en contra del artículo 37 de la Ley del Suelo y con evidentes riesgos para el consumidor. El consumidor compraría no sólo con el equívoco de una descripción falsa en su escritura, sino que en caso de que efectivamente pague y compre una vivienda concluida el Registro le protegería limitadamente respecto de una «vivienda en construcción». Además, en caso de que la finalización de la obra se haya hecho con infracción de la licencia, inscribiría confiado en que el Registro, a través de los mecanismos del artículo 37 de la Ley del Suelo, le garantiza la situación de legalidad urbanística de su vivienda, cuando en realidad se subroga en las responsabilidades urbanísticas del promotor y en las sanciones correspondientes (posible demolición u obligación del pago del aprovechamiento urbanístico excedente, etc.; *vid* art. 22 de la citada Ley). Situaciones que se evitarían si el Registro exigiera la concordancia descriptiva y exigiendo el comprador que la escritura refleje el estado real de la obra como terminada, lo que obligaría al promotor a hacer constar en el Registro la terminación en la forma prevista por el artículo 37.2 de la Ley del Suelo, evitándose así fraudes urbanísticos al consumidor.

VIII) LA INTERPRETACION DE LA RESOLUCION PRODUCE LA PARADOJA DE SITUAR LAS ESCRITURAS NOTARIALES POR DEBAJO DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL EN LAS PROMOCIONES INMOBILIARIAS EN LO QUE SE REFIERE AL NIVEL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

En efecto, la resolución comentada resulta contradictoria con las normas del *Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa de viviendas, a cuyo tenor*

— Artículo 2: «... toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, *expresando siempre si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido*».

— Artículo 3.1. «La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera *que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios* .»

— Artículo 5.5.. «*En el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificadas se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en todo momento se encuentra la edificación*».

Es decir, por un lado, este precepto, que tiene un campo de aplicación general, cae en la práctica en el olvido o en el desuso en el ámbito de la documentación pública notarial, y, por otro lado, no sólo se vulnera este último precepto, sino que, además, se produce la paradoja y el absurdo de que los folletos de publicidad de una promoción inmobiliaria estarán sujetos a

mayores niveles de exactitud y precisión que las propias escrituras notariales de venta de pisos, lo cual resulta contrario a toda lógica.

Por último, cabe señalar que *la resolución comentada va a contracorriente de las más modernas técnicas legislativas*. Así, cabe destacar cómo el Proyecto de Ley reguladora del nuevo derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles remitido al Consejo de Estado por el Gobierno, previa su conformidad, el pasado día 7 de febrero de 1997, con indudable acierto mantiene en su texto el principio de concordancia en que basaba el Registrador su calificación ahora revocada.

Así, el artículo 5.º del citado Proyecto dispone que «la descripción de la finca sobre la que se constituye el régimen de aprovechamiento por turnos... si la construcción está únicamente comenzada se indicará la fecha límite para la terminación de la misma».

En la misma línea el artículo 8.º, relativo a las exigencias de información general propias de dicho régimen jurídico, establece que el promotor deberá editar un folleto en el que se mencionarán, entre otros extremos, «c) la descripción precisa del inmueble.., y si la obra está concluida o se encuentra en construcción».

IX) LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION NO SE ADAPTA ACTUALMENTE A LA NORMATIVA DE CONSTANCIA REGISTRAL DEL NUMERO DE REFERENCIA CATASTRAL

La nueva normativa establecida legalmente sobre constancia en las inscripciones registrales del número de referencia catastral, si bien no existía en el momento en que se extendió la nota calificadora, estaba ya vigente cuando se dicta la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado comentada, y si bien ésta habría de decidir conforme a la normativa vigente en el momento de la nota, no puede pasar por alto, a efecto de valorar su doctrina para futuros casos, que dicha resolución no es muy concorde con la normativa catastral y registral sobre el número de referencia catastral.

Según la nueva normativa, está previsto que se refleje en las inscripciones el número de referencia catastral (*vid.* arts. 50 y sigs. de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social).

Ahora bien, tratándose de edificios en construcción no se puede dar todavía la referencia catastral, pues ésta se produce con el certificado final de obra o licencia de primera ocupación.

Podría suceder que una escritura del tipo de las que se ocupa la presente resolución aludiera a una construcción ya terminada sin acreditar tal terminación conforme al artículo 37 de la Ley del Suelo y, sin embargo, reflejara el número de referencia catastral del recibo sin presentar en el Registro para su calificación, tal como exige el artículo 37 de la Ley del Suelo, el acta notarial de terminación de obra, incorporando el certificado del técnico competente acreditativo de que la construcción se ha terminado conforme al proyecto para el que se obtuvo la licencia.

En tal supuesto, si se siguiera la doctrina de la presente resolución, se produciría el siguiente contrasentido.

La inscripción en el Registro reflejaría que el inmueble está en construcción a pesar de que en el título se dice que está terminada y tiene ya número de referencia catastral como edificio terminado. El Registro reflejaría el número

de referencia catastral porque así está previsto legalmente en la actualidad. Pero entonces reflejaría una contradicción: un número de referencia catastral de la finca que sólo se concede cuando la construcción está terminada.

Efectivamente, el artículo 3 del Real Decreto 1448/1989, de 1 de diciembre, que desarrolla el artículo 77 de la Ley 39/1988 sobre Haciendas Locales, establece: «a) Tratándose de altas por nuevas construcciones, dos meses contados a partir del día siguiente a la fecha de la terminación de las obras». La misma conclusión resulta de la Resolución de 18 de diciembre de 1995 de la Dirección General del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, en desarrollo del artículo 2.1 del Real Decreto 1448/1989, de 1 de diciembre, que se ocupa de las declaraciones de altas y alteraciones catastrales de bienes inmuebles de naturaleza urbana. Y concretamente, para las alteraciones consistentes en «nueva construcción» exige presentar el documento de declaración de alteración, la relación de titulares, los datos de elementos constructivos, el reparto de elementos comunes, la fotocopia del documento de escritura de obra nueva, el certificado final de obra o licencia de primera ocupación, fotografía de la fachada, plano de situación y plano del solar, etc.

De esta regulación resulta que el organismo catastral exige el certificado final de obra o la licencia de primera ocupación para asignar la correspondiente alteración, que en edificios por pisos determinará la asignación de número de referencia catastral independiente para cada piso; sin embargo, la Institución registral, en virtud de esta resolución, no tiene que exigir el requisito previsto en el artículo 37 de la Ley del Suelo, a pesar de lo cual tendrá que reflejar el número de referencia catastral, sin haber podido calificar el certificado final de obra. El absurdo no puede ser más patente, por lo que no puede ser aceptado.

X) EXAMEN Y REFUTACION DE LOS ARGUMENTOS DE LA RESOLUCION COMENTADA

Procedemos a continuación a diseccionar cada uno de los argumentos empleados por la Dirección General en su Resolución de 21 de marzo de 1997, examinándolos separadamente para determinar su posible falta de fundamento.

1.º Las obras que se realizan sobre una finca urbana individualizada pasan a ser partes integrantes de la misma, que persiste en su unidad jurídica, modificándose únicamente su estado y configuración (ex arts. 334.1.º, 353 y 358 CC).

Cabe oponer a tal argumento las siguientes objeciones.

a) *Parte exclusivamente de la normativa del Código Civil sobre la accesión (arts. 334.1.º, 353 y 358 CC), sin tener en cuenta la «modalización de la figura de la accesión» a efectos registrales y urbanísticos llevada a cabo por el artículo 37 de la Ley del Suelo.*

A partir de la Ley del Suelo de 1990 y Texto Refundido de 1992 se ha discutido si el régimen del Código Civil ha quedado o no derogado por la nueva Ley del Suelo.

Aunque caben distintas posiciones sobre este problema, que no pueden ser analizadas aquí, podría llegarse a la conclusión de que si bien la normativa del Código Civil sobre la accesión sigue vigente a los efectos civiles de las relaciones entre particulares, dicha normativa ha de ser completada y modulada, a efectos registrales y urbanísticos, por la Ley del Suelo.

Es algo parecido a lo que ocurre en la regulación del Código Civil sobre el contrato de compraventa, que después de una serie larga de artículos sobre dicho contrato, el propio Código Civil se ve en la necesidad de terminar el «Título» de la compraventa con el importantísimo artículo 1.537 del Código Civil, que contiene una «disposición general» del siguiente tenor: «Todo lo dispuesto en este Título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria».

Pues bien, después de la regulación de la Ley del Suelo en 1990, habría que considerar incorporado implícitamente al conjunto de artículos del Código Civil sobre la accesión, otra disposición general similar que dijera más o menos así: «Todo lo dispuesto en este capítulo sobre la accesión de bienes inmuebles se entiende sin perjuicio de lo establecido, a efectos urbanísticos y registrales, en la vigente Ley del Suelo».

Cabe separar perfectamente los «efectos civiles» de la accesión, por un lado (Código Civil), y los «efectos urbanísticos» de la misma (Ley del Suelo). Pero en todo caso, a efectos registrales, no se puede argumentar exclusivamente con los efectos civiles de la accesión, sino que hay que estar también a los efectos urbanísticos y a la regulación de la Ley del Suelo dadas las íntimas relaciones que el artículo 37 de esta última y otros preceptos establecen sobre colaboración entre Registro de la Propiedad y Urbanismo.

La propia Dirección General, en anteriores resoluciones, ya había tenido en cuenta la incidencia registral y urbanística de la Ley del Suelo y no sólo los aspectos civiles de la figura centenaria de la accesión.

En efecto, declara la propia Dirección General en sus Resoluciones de 4 de febrero de 1992 y 17 de junio de 1993 lo siguiente: «... *por cuanto se proclama la adquisición sucesiva de las facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria (vid. art. 11 de esta Ley) y se exige la oportuna licencia ajustada a la legalidad urbanística para la incorporación al patrimonio del titular de las edificaciones realizadas (arts. 11.4.º, 25.1º y 27 de la Ley 8/1990), adquiere pleno significado la subordinación de la constatación tabular de las nuevas edificaciones a la previa justificación del otorgamiento de la oportuna licencia de edificación y a la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de obra conforme al proyecto elaborado. Ahora bien, tratándose de obras concluidas bajo la vigencia de la legislación anterior que, por efecto del juego automático del instituto civil de la accesión, a medida que se realizaron pasaron sin más a formar parte integrante del dominio del suelo...*» Claramente, pues, como puede observarse, pone de manifiesto el Centro Directivo en estas resoluciones y otras posteriores de parecido tenor, como la de 10 de noviembre de 1995, la distinción entre el régimen jurídico existente antes de la reforma introducida por la Ley 8/1990, regido por el instituto civil de la accesión que determinaba la incorporación de las edificaciones al dominio del titular de la finca sobre la que se asentaban, y el régimen jurídico que surge en virtud de la citada reforma legal, regido por el principio de la adquisición sucesiva de las facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria. Merecerá la pena que se aborde este punto con cierto detenimiento.

La mutación legal del contenido urbanístico de la propiedad urbana y su trascendencia en el ámbito de las declaraciones de obras nuevas

La referida Ley 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico —posteriormente refundida con las restantes disposiciones estatales sobre suelo y ordenación urbana mediante Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio— introduce en nuestro sistema legal una profunda reforma en el régimen jurídico de la propiedad urbana.

En virtud de tal reforma, con independencia de las críticas o alabanzas de política legislativa que haya de merecer (1), conforme ha sido ya abundantemente expuesto por la doctrina, la propiedad inmobiliaria del suelo no tiene *ab initio* contenido dominical previo consolidado de carácter pleno y sí un conjunto de expectativas urbanísticas que se irán convirtiendo en facultades titularizadas a medida que se vayan cumpliendo los deberes urbanísticos básicos de cesiones de terrenos y porcentajes de aprovechamiento, urbanizar, solicitar licencia y edificar dentro de plazo. De forma tal que la propiedad del suelo no se concibe como un derecho subjetivo previo de carácter pleno, sino como una titularidad de imputación de deberes urbanísticos cuyo progresivo cumplimiento integra un proceso gradual adquisitivo de facultades, pero sin que la adquisición de cada una de éstas sea definitiva y estable sino hasta la completa conclusión del proceso, momento en el cual, y sólo entonces, ingresan en el patrimonio del propietario de forma plena dando satisfacción al fin de la propiedad. Y la culminación del citado proceso no es otro que la «conclusión de la edificación» conforme a licencia legal y dentro del plazo por ella señalado. Repárese en la importancia de este dato a los efectos del recurso resuelto por la resolución comentada.

Este *iter* complejo de formación sucesiva del contenido de la propiedad inmobiliaria se integra por la adquisición de las siguientes facultades urbanísticas: 1.ª El derecho a urbanizar. 2.ª Derecho al aprovechamiento urbanístico. 3.ª El derecho a edificar. 4.ª El derecho a la edificación (cfr. arts. 11 Ley 8/1990, 23 TR y RDGRN 6 septiembre 1991). Particular interés presenta a nuestros efectos las dos últimas fases del indicado proceso adquisitivo. Así, en cuanto al derecho a edificar cabe significar la transformación sufrida por su régimen jurídico en cuanto a su título de atribución y en relación a su nueva naturaleza y carácter condicional. En efecto, en el sistema anterior a la Ley 8/1990 el *ius aedificandi* era una de las facultades ínsitas en el dominio y en él encontraba su legitimidad jurídica, en tanto que la licencia urbanística de obras respondía a la caracterización clásica de las autorizaciones administrativas que se limitaban a remover un obstáculo legal al ejercicio de derechos preexistentes, en este caso a la propia facultad de edificación. Por el contrario, tras la reforma citada, es la licencia de edificación la que se identifica con el acto constitutivo o generador de la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico mediante la ejecución de la obra edificatoria. La licencia es el nuevo título atributivo de la aptitud jurídica necesaria para edificar, pasando con ello a sustraer tal cualidad atributiva del propio dominio del suelo (arts. 20 Ley 8/1990 y 33.1 TR). A su vez, la naturaleza jurídica del *ius*

(1) Críticas que según noticias aparecidas estas últimas semanas en la prensa parece que pueden dar lugar a nueva reforma del vigente régimen urbanístico, con una posible supresión del sistema de «escalera» o adquisición gradual de facultades urbanísticas.

aedificandi se transmuta y de su concepto clásico de «facultad jurídica» pasa a ser una «potestad-función» de ejercicio vigilado administrativamente y sometido a graves sanciones por su no uso o abstención en el plazo dispuesto. La sanción radica en la extinción del propio derecho a edificar *hic et per semper* (en gráfica expresión de un ilustre tratadista), esto es, sin posibilidad de reanudar la actividad constructiva y en la correlativa pérdida del aprovechamiento urbanístico adquirido previamente mediante su expropiación al 50 por 100 de su valor (expropiación-sanción), acompañada de la expropiación de las obras ya realizadas por su coste de ejecución (arts. 24 Ley 8/1990 y 36 TR). Por tanto, hasta que no «concluya» la construcción la posición jurídica del propietario, tanto en lo que afecta al suelo como en lo que se refiere al vuelo, es una posición condicional y sometida a la amenaza de la extinción de unas facultades y de la expropiación-sanción de otras, y, de otro, es una posición jurídica investida de una titularidad *ad tempus* o sometida a plazo de caducidad —el fijado en la licencia para concluir la obra— (art. 35 TR).

Claramente se aprecia, pues, que *es muy distinta la naturaleza jurídica de la garantía hipotecaria adquirida según que ésta recaiga sobre una edificación concluida o no finalizada*, ya que en un caso sería una garantía firme y segura y en el otro sería una garantía claudicante y amenazada de resolución (*resoluto uris danus*; cfr. art. 175.6 RH). En rigor, cabría entender que la hipoteca constituida sobre un inmueble en construcción grava propiamente las facultades urbanísticas adquiridas hasta ese momento (en especial el aprovechamiento urbanístico y el *ius edificandi*) con derecho de acrecer sobre el derecho a la edificación (*ex art.* 110 LH), pero quedando pendiente de una condición resolutoria (art. 36 TR) —respecto de las primeras y suspensiva respecto del último: el derecho a la edificación al tiempo de la constitución de la hipoteca es un «derecho futuro» que sólo se patrimonializará cumplidos que sean los términos de los arts. 25.1 Ley 8/1990 y 37.1 TR—, momento en que simultáneamente el derecho de hipoteca se expandirá extendiendo su ámbito objetivo al definitivo «derecho a la edificación». Tal expansión del derecho hipotecario se producirá, pues, *ex post facto*, una vez «concluida» —insistimos— la construcción. Hasta tal momento su posición jurídica será insegura por la inseguridad en que se encuentra el valor de su garantía. Siendo así que la finalidad de la hipoteca es asegurar el mantenimiento del valor económico del bien o derecho hipotecado para extraerlo, llegado el caso, en la fase satisfactiva o de ejecución, fácilmente se comprenderá que el extremo relativo a la conclusión o no de la obra presenta una importancia capital para cada prestamista en particular y, por abstracción y generalización, para el conjunto del sistema crediticio (recordemos que uno de los objetivos del sistema hipotecario es el de asentar sobre bases seguras el crédito territorial).

Cóherentemente con el contenido de la reforma legal reseñada, la nueva Ley 8/1990 había de asumir el postulado de la conexión entre el tratamiento notarial y registral de la edificación y su tratamiento urbanístico. Puesto que el nacimiento del derecho a edificar no surge del propio dominio sino de la licencia, y puesto que el derecho al vuelo se patrimonializa por la «conclusión» de la obra dentro del plazo y conforme al proyecto aprobado y no por virtud del principio accesorista *superficies solo cedit*, uno y otro extremo no podían ya permanecer dependientes tan sólo de la libre voluntad y manifestaciones del propietario como había venido ocurriendo hasta tal momento (*ex arts.* 208 LH y 308 RH), sino que había de responder al nuevo sistema atributivo de facultades urbanísticas. De ahí la exigencia de que Notarios y Registradores no

pueden autorizar e inscribir respectivamente escrituras de declaración de obra nueva sin la correspondiente licencia municipal y certificado técnico sobre ejecución o conclusión de la obra (arts. 25.2 Ley 8/1990 y 37.2 TR), con lo que, además, se evita la aparición mediante su constancia documental y registral de construcciones inexistentes, fraudulentas o irreales con sus peligros potenciales de perjuicios a terceros.

Hay, pues, un primer interés de carácter general —afectante al conjunto de la comunidad social— relativo a la salvaguardia de la legalidad urbanística en materia de edificaciones que, en la medida de su ámbito, se pone en juego en la correcta aplicación por parte de Notarios y Registradores del artículo 37.2 del Texto Refundido, cuya virtualidad, para ser fieles a su finalidad, no se agota al tiempo de autorizar e inscribir las correspondientes escrituras de obra nueva, sino que una vez operado en su virtud el reflejo registral derivado de aquéllas, sus particularidades —y muy en concreto el dato del estado constructivo del inmueble acabado o no que la práctica registral viene integrando en el propio «acta de inscripción»— habrán de ser tenidas en cuenta en la calificación registral de la documentación posterior relativa a la misma finca (ex arts. 18 LH y 98 RH).

A este respecto, reparemos en que en el supuesto de declaración de obra nueva «en construcción», una vez finalizada la obra el artículo 25.2, párrafo 3.º, impone la obligación a cargo del propietario de hacer constar en el Registro la terminación de la obra mediante acta notarial que incorporará al efecto la correspondiente certificación técnica (idem art. 37.2 TR que suprime el plazo máximo de tres meses que aquél fijaba). Sean cuales fueren las consecuencias sancionatorias derivadas del incumplimiento de este mandato —muy polémicas en la doctrina—, lo que el texto legal deja fuera de dudas es que dicho incumplimiento constituye un ilícito civil y/o urbanístico que en la medida de lo posible ha de ser evitado, pues vulnera la finalidad de la conexión y concordancia entre la situación real y urbanística de la finca, de un lado, y su reflejo y constatación notarial y registral, de otro. Por ello *no encajaría en el ejercicio correcto de la función de colaboración con la Administración urbanística que corresponde a Notarios y Registradores (cfr. R. 6 septiembre 1991, fundamento jurídico 3º) una actitud de pasividad y abstención al respecto que permitiese la perpetuación del tráfico inmobiliario sobre una finca cuyo propietario hubiese incurrido en el ilícito mencionado permitiendo la constancia registral de la conclusión de la obra, dando por plenamente eficaces documentos públicos cuyo objeto negocial sea una edificación terminada*. Esto para el caso de que la obra efectivamente hubiese concluido.

Si se examina la otra alternativa —obra no concluida en la realidad—, igualmente se aprecia la posibilidad de que la apariencia documental de una edificación plenamente concluida perturbe el tráfico o lesione intereses ajenos. Si se considera el aspecto documental escriturario, vemos que la escritura como título de tráfico genera una apariencia de legitimidad de los derechos a que se refiere, que habilita a su ejercicio, mediante la exteriorización de una manifestación de voluntad de efectos inmediatos contra terceros (RDGRN 3 enero 1928). Pensemos en los supuestos de cesión de crédito hipotecario documentado en la escritura con la nota registral de despacho, en las ventas judiciales por ejecución hipotecaria (la escritura estará de manifiesto en la Secretaría del Juzgado —cfr. art. 131.8 LH—, sin que la certificación registral obrante refleje la descripción del inmueble), etc. Si atendemos al aspecto documental tabular, con independencia de la discusión sobre la exten-

sión o no de la fe pública registral a las obras nuevas (que en la actualidad para ciertos supuestos confirma la nueva normativa urbanística: *vid.* art. 41 2 TR), en todo caso quedan amparadas por el principio de legitimación, reputándose veraces mientras no se declare su inexactitud (cfr., entre otras, RD-GRN 29 mayo 1965 y STS 21 marzo 1953). En tal caso se podrían ver perjudicados los derechos (al menos en su posición procesal al soportar el *onus probandi* de destruir las presunciones registrales) del tercer poseedor o ulterior adquirente de la finca hipotecada sobre la que existe una obra en construcción pero que en el Registro —siguiendo el error de la escritura previa— figure como terminada, y que efectivamente mejora él concluyéndola, y respecto de cuya última fase constructiva costeada por el aludido tercer poseedor podría pretender el acreedor hipotecario la extensión de su hipoteca (*ex* art. 110 LH). A este respecto la Dirección General de los Registros ha manifestado la conveniencia de la concordancia entre la realidad física de la construcción y su reflejo documental al tiempo de la constitución de hipotecas al objeto de fijar los efectos de la extensión objetiva de la hipoteca (cfr. art. 110 LH), y sus límites en caso de pasar la finca a manos de un tercer poseedor (cfr. art. 112 LH), en su Resolución de 6 de febrero de 1986, que se refería al caso de existencia real de una edificación no reflejada registralmente y que *a sensu contrario* encuentra el mismo fundamento para el supuesto inverso que ahora comentamos (otros aspectos de fondo de la fundamentación de dicha Resolución han quedado superados por la reforma de la Ley 8/1990, pues se basaba en la pura regulación civil de la accesión).

Pero es que, además, la Dirección General, haciendo suya la tesis del Notario recurrente, reconoce que la inscripción de la hipoteca no puede practicarse conforme se la configura en la escritura al constituirla sobre una edificación concluida cuando en el Registro figura «en construcción», y por ello dice que, una vez inscrita la escritura, se debe hacer constar que según el Registro la edificación no consta concluida, debiendo dejarse dicha constancia en la nota de despacho o inscripción al pie del título. Sobre reconocer lo dicho, el Centro Directivo obvia, además de todo lo ya expuesto, que dicha advertencia, por su ya argumentada trascendencia y atipicidad, no resulta propia del contenido de la nota registral de despacho del documento definido por el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, precisándose al efecto una más apropiada cobertura normativa no existente hoy en día, así como el hecho de que el Centro Directivo tiene sentada la doctrina de que el Registrador debe denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que una parte del mismo no puede acceder al Registro e incide en el total contexto pactado, sin que en ningún caso pueda alterar el contenido de aquél ni transformar o modalizar la naturaleza de los derechos en él contenidos (ya hemos analizado en el presente caso la diferente naturaleza y efectos de la hipoteca según que la obra esté o no concluida; cfr. RRDGRN 30 junio 1987, 24 abril 1992, f.j. 59, y 12 mayo 1992, f.j. 3.º).

Desde la perspectiva del Derecho Civil puro tampoco se puede dar por válido el argumento de forma general, pues desconoce la hipótesis de.

— Constitución de un derecho de superficie a favor de un tercero, siendo éste el que ejecuta la construcción (repárese que «obra nueva comenzada» puede serlo aun antes de poner el primer ladrillo por el mero movimiento de

tierras) —previa cesión de la licencia de obras— Lo mismo cabe decir en caso de otorgamiento de un derecho de vuelo sobre la segunda y sucesivas plantas habiéndose edificado por el propietario tan sólo la primera de las plantas de las varias que se recogían en el proyecto que obtuvo la licencia.

— Artículo 361 del Código Civil: El dueño del suelo en que edifica un tercero opta por no hacer suya la obra para evitar el pago de la indemnización, obligando al constructor a pagar el precio del terreno (accesión invertida).

— Aportación de solar privativo a la sociedad de gananciales cuando la edificación está comenzando para evitar el crédito por el valor de la mejora que atribuye a la sociedad el artículo 1.359 del Código Civil.

Piénsese en la desagradable sorpresa del acreedor hipotecario que dada la redacción de la escritura pensó que el objeto negocial de su contrato de préstamo hipotecario era la totalidad del edificio cuando después de acudir a la ejecución sumarial tropiece con el titular de la mejora que reclama el cobro de su valor —acaso el 99,99 por 100 del total valor del edificio— sobre el precio del remate con preferencia al propio acreedor ejecutante por aplicación del artículo 113 de la Ley Hipotecaria. Para evitar estas situaciones y sus inversas —falta de expresión en el título de construcciones realmente existentes— es por lo que la Resolución de 6 de febrero de 1986 afirma que «precisamente es acertado el haber hecho constar la existencia del edificio en la escritura, ya que ello evita el que cuando en un futuro se adapte la realidad registral a la extrarregistral... pueda surgir cuestión sobre si tal vivienda se construyó antes del otorgamiento de la escritura de hipoteca con la consiguiente extensión del gravamen o bien si se construyó con posterioridad, en cuyo caso no habría tal extensión». La discusión futura se evitará en este caso expresando en la descripción del inmueble que el edificio está «en construcción».

2.º La identificación de los inmuebles se realiza básicamente por su naturaleza, situación, linderos y superficie (arts. 9 LH y 51 RH).

Objeciones:

a) *Es evidente que tras este argumento se esconde una concepción de la finca registral decimonónica, propia exclusivamente de Registros rústicos y desconocedora de la riqueza y variedad de las unidades inmobiliarias objeto de tráfico jurídico en los modernos Registros urbanos. La finca hoy no puede identificarse con una superficie bidimensional, sino como una unidad de volumen físico tridimensional.*

b) *Las circunstancias descriptivas de los citados preceptos son en todo caso necesarias, pero no siempre suficientes. La obra nueva tiene carácter de acto inmatriculador (opinión dominante entre los comentaristas) modificando la descripción física de la finca. Por consiguiente, incorpora a la finca un «plus», un nuevo elemento descriptivo que habrá de cumplimentarse en el título al igual que los otros extremos mencionados al declarar la obra nueva, así como por los posteriores títulos inscribibles relativos a la misma finca*

c) *Que las circunstancias aludidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario no son siempre suficientes lo demuestra la existencia de leyes especiales que imponen la expresión de otros elementos descriptivos. Así, el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal exige respec-*

to de los pisos o locales la expresión en su descripción de la planta en que se hallare, sus anejos, cuota de participación y número correlativo. Igualmente, el artículo 37 de la vigente Ley del Suelo obliga a expresar si la edificación está «en construcción» o meramente comenzada o concluida. Repárese en que la descripción registral de la finca objeto de hipoteca comienza diciendo: «URBANA, EN CONSTRUCCION...»

La necesidad de otros elementos descriptivos de la finca, además de los de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, resulta obvia siempre que intervenga un volumen espacial como objeto negocial. Así, en el derecho de superficie se han de expresar «las características generales» de la edificación [cfr. art. 16.1 ° c) RH], o en el caso del derecho de vuelo se han de indicar el número de plantas. Y esas expresiones descriptivas, como las de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 51 del Reglamento Hipotecario o 5 de la Ley de Propiedad Horizontal se han de realizar no sólo en el título constitutivo de los respectivos derechos de superficie, vuelo o propiedad horizontal, sino también en todos los ulteriores títulos relativos a los mismos.

d) *Que la necesidad de describir el volumen de la finca —cuando los derechos existentes se proyectan también sobre el plano vertical—, además de los datos del plano superficiario de la finca, había sido declarada paladinamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado:*

— Resolución de 14 de mayo de 1984, último considerando: «En la escritura calificada se señala la línea poligonal afectada por la servidumbre en metros lineales hasta el total cierre del perímetro, indicándose además la profundidad [altura] máxima también en metros lineales que grava el predio sirviente, por lo que aparece delimitada con precisión la extensión del derecho a que se refieren los artículos 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario tanto en su aspecto superficial como volumétrico, con lo que queda fijado el gravamen que ha de ser soportado por este predio...»

— Resolución de 12 de diciembre de 1986, fundamento jurídico 5.º: «En cuanto al tercero de los defectos de la nota recurrida, imperfecta descripción del local resultante de la agrupación, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: 1.ª La exigencia de la más perfecta identificación de los inmuebles objeto del derecho real inscribible (arts. 9 LH y 51 RH) en la medida en que así lo permiten los avances tecnológicos sobre la materia y las peculiares circunstancias del bien concreto como presupuesto básico de la eficacia sustantiva del Registro de la Propiedad. 2.ª Que tratándose de identificación de volúmenes, cual ocurre en la propiedad horizontal, no pueden olvidarse los datos definidores relativos a la tercera dimensión (altura), y de ahí que el artículo 5.1.º in fine de la Ley de Propiedad Horizontal, en función de la usual división del volumen total delimitado por el edificio, primero horizontalmente y después de modo vertical, exija únicamente la reseña de la planta en que se halle cada piso o local; pero cuando —como en el supuesto contemplado— el local único se extiende por dos plantas colindantes verticalmente, su perfecta identificación a efectos registrales exigirá la expresión de la circunstancia de que se extiende a dos plantas, así como la de la superficie y linderos del espacio ocupado en cada una de aquéllas, y ello con independencia del modo de aprovechamiento o de la configuración física de cualquiera de ellos (ya sea para rampa, ya como hueco, etc.).»

Ahora, sin embargo, de forma poco comprensible se prescinde de esta acertada línea jurisprudencial y se da un paso de gigante, pero para atrás.

3.º Queda «perfectamente identificada» la finca que se pretende gravar.

Cabe oponer las siguientes objeciones:

a) *El principio de especialidad en la descripción del bien o derecho objeto del tráfico jurídico registrable.*

Como resulta sobradamente conocido, es doctrina hipotecaria uniforme, que en virtud del principio hipotecario de especialidad presenta una importancia singular, la determinación de la identidad del inmueble objeto del negocio jurídico celebrado, al punto de que la correcta y cabal identificación del mismo se eleva a la categoría de ser una de las «principales funciones» de la calificación (cfr. RDGRN 7 julio 1960), de forma que los títulos inscribibles que pretendan su acceso al Registro han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren a través de las circunstancias señaladas en los artículos 9.1 LH y 51.1 a 4 RH con objeto de que aquéllos queden suficientemente individualizados e identificados (cfr., entre otras muchas, RDGRN 2 septiembre 1991).

Precisamente por las anteriores exigencias derivadas del principio, especialidad o determinación es por lo que la legislación notarial impone a los fedatarios públicos una especial diligencia y cuidado en la descripción de los inmuebles sujetos a registro, impetrando de ellos que expresen «con la mayor exactitud posible» los requisitos y circunstancias necesarias para realizar la inscripción (art. 170.1 RN), estimulándoles igualmente a «rectificar los datos que estuvieren equivocados» y ordenándoles que cuiden de que todas las circunstancias necesarias para la inscripción del documento «no se expresen con inexactitud» que dé lugar alternativamente a error o perjuicio para terceros (arts. 171 y 173 RN). Todo ello pretende, como se decía: a) la plena identificación del inmueble y, además, b) la concordancia de la descripción escrituraria con la realidad del inmueble (cfr. RDGRN 17 septiembre 1969).

Tanto se toma en serio estas exigencias la legislación hipotecaria, que respecto de las inscripciones —no así respecto de las anotaciones preventivas— proclama, con un punto de vehemencia normativa, la *nulidad* de aquellas en las que «se omita o exprese con inexactitud sustancial algunas de las circunstancias comprendidas en el artículo 9 de la Ley» (art. 30 LH). No ha de extrañar ello, sin embargo, si reparamos en el dato de que la finca es el elemento básico y primordial de nuestro sistema hipotecario, que responde al modelo de los de folio real (art. 8 LH), sobre cuyo soporte se construye todo el historial jurídico de la misma. Concurrentemente con ello, contribuye a la decisiva importancia de la correcta y «plena» (según feliz expresión frecuente en nuestra jurisprudencia registral) identificación de los inmuebles el hecho de que en materia de derechos reales existe una directa correlación entre la cosa objeto del derecho y el derecho mismo, de modo que la extinción física de aquélla produce inevitablemente la extinción jurídica de éste (igual correlación se da en cualquier otro supuesto de modificación por ampliación o reducción en el sustrato material o corpóreo que constituye la base objetiva de los derechos reales —salvo el supuesto de los derechos sobre los llamados bienes inmateriales—).

Por ello resulta preciso que la descripción escrituraria (con la precisión y complejidad que impone la legislación referida) se extienda a ambos planos, horizontal y vertical, comprendiendo tanto la porción de solar sobre la que se

asienta la edificación como esta misma, respecto de la que igualmente se habrán de evitar inexactitudes y errores en aras a la *claridad y exactitud que deben presidir los pronunciamientos registrales* en atención a su alcance sustantivo y a las exigencias para su rectificación (cfr., entre una abundante jurisprudencia registral, RDGRN 2 septiembre 1991).

Todo lo anterior es aplicable a los requisitos y circunstancias descriptivas «necesarios» para la inscripción, sin que afecte a los que parte de la doctrina denomina datos «accesorios» o «no sustanciales», tales como la expresión de la superficie en la medida del país, la existencia de cultivo, «los detalles de la construcción» u otros análogos respecto de los que rige el principio del voluntarismo sobre su inclusión o no en la descripción de los inmuebles (*ex art 170.2 RN*) ¿Se puede acaso considerar la condición de «concluida» o simplemente «comenzada» —o no concluida— como un mero «detalle de la construcción»? En otras palabras, ¿constituye dicha doble situación alternativa un dato puramente «accesorio» de la finca? Sostener tal cosa implicaría (además de una ironía en pura lógica) no sólo obviar que la dicotomía *concluida* versus *comenzada* referida a las obras nuevas declaradas estaba ya asentada en la propia legislación hipotecaria (*vid.* art 308 RH) que sancionó el acceso registral de las obras meramente comenzadas por especiales exigencias de la moderna contratación inmobiliaria (cfr. RDGRN 5 noviembre 1982), sino, y principalmente, desconocer el alcance de la reforma operada en el régimen jurídico de los derechos de propiedad y acceso sobre inmuebles urbanos por la Ley 8/1990, de 25 de julio.

b) *Hay confusionismo respecto del objeto negocial, del objeto del gravamen hipotecario constituido:* ¿Se pretende gravar todo el edificio una vez ultimada su construcción como se afirma en la cláusula de constitución de hipoteca? Nadie puede transmitir más de lo que tiene, por lo que no constando registralmente la finalización de la obra con cumplimiento del artículo 37 de la Ley del Suelo ello no es posible ¿Se pretende hipotecar el mero solar —que, como se indica, no pierde su hipotecabilidad— puesto que la obra meramente comenzada puede consistir en un ladrillo? Algo sin duda se quiere hipotecar, pero ¿qué? No está delimitado el objeto del derecho con precisión. Esta delimitación parece que habrá que alcanzarla a través de conjeturas y deducciones a la vista del contexto negocial, como postulaba el Notario recurrente, en materia que exige seguridad y certidumbre.

La resolución parte al parecer de que es lo mismo hipotecar «un edificio en construcción» que un «edificio terminado» si en aquel se pacta la extensión de la hipoteca a las futuras edificaciones

Pero no es así, pues la regulación es totalmente diferente respecto al tercer poseedor conforme a los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, ya que si las obras las termina el tercer poseedor no se extiende la hipoteca a dichas obras.

Ahora bien, con la posición de la resolución consistente en transformar el objeto de la escritura de hipoteca, que es una «vivienda terminada» en una «vivienda en construcción con pacto de extensión a la futura edificación», se produce un confusionismo respecto al ulterior tercer poseedor, pues si se inscribe con posterioridad una escritura de compraventa resultará que el Registro publica que la finca adquirida está en construcción, a pesar de que según la escritura está terminada. Y esto no es un mero problema de identificación, sino de necesaria clarificación del objeto hipotecado y de desvirtuación del que figura como tal en la escritura de hipoteca.

c) *La situación es análoga a la resuelta por la Resolución de 2 de septiembre de 1991, en la que existía una imperfecta delimitación del objeto del negocio jurídico* —en este caso fue una compraventa— derivada de inexactitudes en la descripción de la finca: registralmente la finca tenía una superficie de 90 metros cuadrados y, según el título, su cabida era de 55 metros cuadrados, ante lo cual la Dirección General afirma: «Dada la relevancia de este dato descriptivo, se produce *una manifiesta incertidumbre sobre cuál es el verdadero objeto de transmisión*». Invoca al respecto la Dirección General «la claridad y exactitud que deben presidir los pronunciamientos registrales». La diferencia de cabida correspondía a una terraza: ¿se incluyó ésta en la venta? Si el Registrador hubiera inscrito advirtiendo en la nota que se produce la inscripción con la cabida registral previa procediendo de oficio, habría podido incurrir en responsabilidad al inscribir sin título alguno una superficie que acaso no estaba incluida en la venta. Igual responsabilidad cabría imputar al Registrador en caso de no inscribir la hipoteca tal y como ha sido pactada, practicando una concordancia con el Registro de oficio, alterando con ello el alcance y contenido del derecho reflejado en la escritura. Evidentemente, la Dirección General no se guía por el argumento del Notario recurrente de «protéjase o inscribáse al menos sobre lo que tenga», con el argumento de que siempre preferirá tener el comprador una inscripción que proteja sus 55 metros cuadrados, aunque no los 90 metros cuadrados de cabida registral.

4° El nuevo sistema de la Ley del Suelo no excluye la hipotecabilidad del suelo urbano o urbanizable, sin perjuicio de la mayor o menor trascendencia económica de la garantía constituida, según el grado de cumplimiento de los deberes urbanísticos.

Objeciones:

a) *No se discute ni se niega la hipotecabilidad del suelo urbano o urbanizable*, ni menos se cuestiona la propiedad privada del suelo que, obviamente, ni siquiera es disponible para el legislador ordinario, pues es un derecho de orden constitucional. Lo que estaba en cuestión es el mantenimiento del instituto civil de la accesión, en línea con la jurisprudencia registral que, a propósito de la disposición transitoria 5.ª de la vigente Ley del Suelo, negaba la aplicación automática de la accesión tras la entrada en vigor de esta última.

Pero, además, el que se pueda hipotecar un solar no elude la necesidad de precisar «el alcance y contenido» del derecho que se quiera inscribir, y no es lo mismo restringir la hipoteca al solar que extenderla a la edificación. Y el Notario debe precisar el alcance y extensión de los derechos inscribibles (art. 51 RH).

b) *Lo que depende del grado de cumplimiento de los deberes urbanísticos es no sólo la mayor o menor trascendencia económica de la garantía, sino la propia configuración jurídica de la misma.* La hipoteca sobre el pleno dominio y sobre sólo la nuda propiedad no sólo tiene un distinto alcance económico, sino también un distinto contenido jurídico. Lo mismo cabe decir de la hipoteca constituida bajo condición respecto de la constituida libre de toda condición, así como de la hipoteca constituida sobre edificio concluido (arts. 112 y 113 LH, 37 y 41.2 LS), frente a la constituida sobre la finca en la que se ha declarado una obra nueva en construcción.

c) *La trascendencia económica de la garantía*, en sí misma considerada, no es tampoco ajena a la propia configuración del derecho de hipoteca. *La esencia del derecho real de hipoteca radica en el «ius vendendi»* o facultad de promover la venta judicial del bien dado en garantía para aplicar el precio obtenido a la satisfacción del crédito. Por ello, se atribuyen al acreedor, ya que no la posesión de la finca, sí al menos las facultades de conservación de la garantía, entre las que figuran la acción de devastación (art. 117 LH) y la potestad de dar por vencido el plazo del crédito si el deudor disminuye por actos propios las garantías a que se ha comprometido (art. 1.129 CC). Por ello, no puede el Registrador prescindir de lo pactado en la cláusula de constitución —hipoteca sobre el edificio— inscribiendo otra cosa diferente, porque ello, en lugar de la opción alternativa de subsanar el error padecido en la inscripción, puede generar un enorme confusiónismo sobre el posible ejercicio de la acción de devastación —por no terminar la construcción en el plazo pactado— o de la facultad de vencimiento anticipado, que carecerían de acción real por la peculiar inscripción parcial y modalizada que habría de practicar de oficio el Registrador.

Por otra parte, resulta desconcertante que la resolución no valore adecuadamente «la mayor o menor trascendencia económica de la garantía constituida» cuando estamos ante la PARTE DEL DERECHO CIVIL relativa al DERECHO PATRIMONIAL DE BIENES, en que lo económico tiene una importancia jurídica evidente, teniendo en cuenta también que los conceptos de «bien» y de «patrimonio» parten de su valoración económica y que esta cuestión tampoco es ajena a la incidencia que en el Derecho inmobiliario actual tiene el «Análisis económico del Derecho», de tanta importancia en la actualidad.

5.º *La pretendida equiparación entre la hipoteca y el embargo.*

Aunque tanto la hipoteca como la anotación de embargo tienen naturaleza real, pues producen efectos *erga omnes*, es evidente que la regulación de las anotaciones preventivas de embargo, en cuanto a sus circunstancias descriptivas, es totalmente diferente de la de las hipotecas debido al carácter provisional de dichas anotaciones y, sobre todo, de la regulación diferente que ofrece el artículo 72 de la Ley Hipotecaria respecto a las circunstancias de las inscripciones previstas en los artículos 9 y 30 de la propia Ley.

Por eso, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha flexibilizado en algunas resoluciones las circunstancias que han de reflejarse en los mandamientos de anotaciones preventivas de embargo.

No obstante, debería también meditarse en que esta flexibilización no es conveniente en materias que pueden producir conflictos a la hora de decidir el «objeto embargado».

Concretamente, la importante Resolución de 13 de junio de 1952 no permite que se anote un embargo sobre un resto de finca sin describir, y esta doctrina es acertada porque en muchas ocasiones los restos de finca, al menos en las grandes ciudades, constituyen meras calles de dominio y uso público, que han quedado bajo la forma de resto sin describir, por lo que sería una frivolidad embargar «a ciegas» un resto de finca sin determinar cuál es el objeto que se pretende realmente embargar.

No cabe tampoco descartar que si se practica la anotación de embargo en forma totalmente diferente de la descripción que figura en un mandamiento se puede correr el riesgo de que salga a subasta un bien que no coincida con el embargado.

En cualquier caso, nada tienen que ver las exigencias legales descriptivas en materia de anotaciones preventivas de embargo con las de las inscripciones de hipoteca.

6.º «No habiéndose hecho constar tabularmente la terminación de la edificación, el contenido del asiento no prejuzgará si la misma estaba ya concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca ni, por tanto, servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución».

Resulta particularmente desconcertante este párrafo entresacado de la Resolución de 21 de marzo de 1997, pues tras el esfuerzo realizado en orden a lograr la concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, que es uno de los principios inspiradores de toda la Ley Hipotecaria, y tras el esfuerzo hecho para coordinar los asientos del Registro con las situaciones urbanísticas de trascendencia real, resulta que cabe operar todo tipo de actos de tráfico jurídico-inmobiliario, sin que *«... el contenido del asiento prejuzgue si la edificación estaba concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca...»*, *«ni servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución»*. Justo lo contrario de lo que sucedería de haber mantenido el criterio de la calificación registral. *La doctrina sentada implica inevitablemente una merma significativa de la fehaciencia registral y de la capacidad del Registro para informar y publicar frente a terceros las situaciones jurídico-inmobiliarias reflejadas en los asientos.* Así, ante la petición de información del usuario registral que acude a informarse sobre la situación de cargas de cierta finca edificada y ante su pregunta *¿está hipotecada la edificación?*, el Registro habrá que contestarle no lo acredita, no lo prejuzga, es decir, el Registro no sabe, no contesta.

XI) CONCLUSION

En **conclusión** y recapitulando, cabe decir que, a nuestro juicio, la presente Resolución es contraria:

- a la propia jurisprudencia registral;
- al moderno concepto de finca como unidad física tridimensional y nos retrotrae a un concepto de finca decimonónica propio de una economía arcaica de tipo agrario,
- al principio registral de especialidad, que obliga a una precisa descripción de los inmuebles objeto de derechos reales inscribibles;
- a los principios de colaboración entre los Registradores, Notarios y la Administración urbanística;
- al régimen legal de adquisición gradual de las facultades urbanísticas que integran el dominio de los bienes inmuebles;
- al principio de concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral;
- al carácter cautelar y preventivo de litigios y fraudes propios de la función registral;
- al principio de protección de los consumidores, lo cual resulta tanto más paradójico cuanto que se pretende que cada Registro de la Propiedad

actúe a modo de oficina registral de protección de los consumidores en el ámbito de la contratación inmobiliaria;

— es, finalmente, contrario al principio de calificación, pues se prima la idea de «inscribirse» para obtener una protección urgente del título, aunque sea al precio de «no acreditar» y no «prejuizar», cuando lo que el Registro de la Propiedad pretende como finalidad institucional es dar firmeza y seguridad prejuizando legalmente las situaciones jurídicas reflejadas en sus asientos en virtud de las presunciones de legalidad y legitimación que les atribuye la previa calificación del Registrador a los efectos de prevenir situaciones indefinidas y ambiguas que son nido de pleitos y litigios.

J M D F.
y J. M. G. G

DONACION CON CONDICION RESOLUTORIA CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION. PACTADA LA DONACION CON LA CONDICION DE QUE «SI ALGUN DIA DEJASE DE FUNCIONAR EL REAL PATRONATO DONATARIO», RECOBRARA IPSO FACTO LA DONANTE EL DOMINIO «CON SOLO ACREDITAR LA CESACION DE LA INSTITUCION REFERIDA», SERA TITULO HABIL PARA INSCRIBIR Y CANCELAR LO QUE PROCEDA, SIN NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DE LOS AFECTADOS, EL PROPIO TITULO TRASLATIVO SIEMPRE QUE SE JUSTIFIQUE EN FORMA EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION, LO QUE NO OCURRE EN EL CASO DEBATIDO DONDE LOS INTERESADOS ALEGAN QUE LA FINCA NO SE DESTINA A LA FINALIDAD PARA LA QUE SE DONO —CUESTION INTRASCENDENTE— PERO NO APORTAN PRUEBA ALGUNA DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION, ES DECIR, DE LA SUPRESION O CESA DE LA ENTIDAD DONATORIA, POR LO QUE PROCEDE CONFIRMAR EL AUTO Y DESESTIMAR EL RECURSO. RESOLUCIÓN DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1996. BOE DE 11 DE OCTUBRE DE 1996.)

RESOLUCION de 23 de septiembre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Pablo Hornedo Muguiro, en representación de doña Pilar y doña María Emilia de Calonje y de la Carrera, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de San Fernando de Henares a inscribir la transmisión de una finca como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria, en virtud de apelación de las recurrentes.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Pablo Hornedo Muguiro, en representación de doña Pilar y doña María Emilia de Calonje y de la Carrera, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de San Fernando de Henares a inscribir la transmisión de una finca como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria, en virtud de apelación de las recurrentes.

Hechos.—I Por escritura otorgada el 23 de julio de 1906 ante el Notario de Madrid don Darío Bugallal, doña Elisa García Paje y Albareda donó al Patronato Real para la represión de la trata de blancas un edificio sito en San Fernan-

do de Jarama —hoy San Fernando de Henares—, señalado con el número 5 de la plaza de Fernando VI, para ser destinado a albergue o casa de educación y corrección de niñas y mujeres, estipulando la siguiente cláusula: «Si algún día dejase de funcionar el Real Patronato donatario, bien por cesación legal o por cualquier otra causa, desde aquel mismo momento quedará sin efecto la presente donación, recobrando *ipso facto* la donante o sus causahabientes el dominio pleno y absoluto del inmueble de que se trate en el estado en que se halle y sin obligación de satisfacer indemnización alguna por razón de cualesquiera obras o mejoras que se hayan hecho en la finca y con solo acreditar la cesión de la institución referida». Dicha escritura causó la inscripción primera de la finca 572 al folio 140 del libro 13 de San Fernando del Jarama, tomo 292 del actual Registro de la Propiedad de San Fernando de Henares.

En fecha 2 de abril de 1993 se inscribió el dominio de la finca en favor de la Comunidad Autónoma de Madrid por título de transferencia, como consecuencia de lo dispuesto en el Real Decreto 1095/1984, de 29 de febrero, por el que se aprobó el acuerdo de la comisión mixta prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía de Madrid de 24 de diciembre de 1983, transfiriendo a dicha Comunidad funciones de Estado en materia de protección de menores, junto con los medios materiales, personales y presupuestarios previstos para su ejercicio. En la solicitud de inscripción, suscrita por el Director general del Patrimonio de la Consejería de Hacienda, constaba que la finca transferida figuraba en el inventario anexo al Real Decreto con el nombre de «Escuela Profesional Nuestra Señora del Pilar-centro de educación especial de menores difíciles» y en el que en la actualidad se ubican la escuela infantil «El Timbre» y el centro de integración juvenil.

II. Por instancia privada suscrita el 10 de junio de 1993, doña María Pilar y doña María Emilia de Calonge y de la Carrera, tras invocar su condición de herederas de la en su día donante en virtud de varias transmisiones hereditarias, en justificación de lo cual aportaban una serie de documentos, solicitaron que en base del artículo 23, en concordancia con los 9.2 y 51.6 de la Ley Hipotecaria, se inscribiese a su nombre el referido inmueble por cumplimiento de la condición resolutoria, dado que es público y notorio —*vox populi*— en San Fernando de Henares que no se cumple en la actualidad el fin social para el que se donó. Este era, según el artículo 1.º del Real Decreto de 22 de julio de 1902, «ayudar a la supresión de la trata de blancas y a impedir ese tráfico inmoral», cometido que hoy desempeña el Patronato de la Mujer, pero sin que se realice tal función en el inmueble en cuestión. Acompañaban a dicha solicitud copia del acta autorizada el 7 de junio de 1993 por el Notario de San Fernando de Henares don Ignacio Sáenz de Santamaría Vierna en la que éste hacía constar que, personado en la finca en cuestión, constató que en la entrada había una placa que decía: «Escuela Oficial de Idiomas de San Fernando de Henares, Comunidad de Madrid», y que recogió las manifestaciones de un administrativo de la misma en el sentido de que el inmueble está ocupado actualmente por una escuela de idiomas, una guardería, la escuela de adultos del Ayuntamiento de la citada localidad y, en un edificio anejo al mismo, por oficinas de la Comunidad Autónoma de Madrid.

III. Presentada dicha instancia en el Registro de la Propiedad de San Fernando de Henares, junto con copia del acta y otros documentos, fue calificada con la siguiente nota: «No practicada la inscripción del precedente documento y sus complementarios por observarse los siguientes defectos: 1. No se acredita el pago, exención o no sujeción al pago del impuesto devenga-

do por el documento, conforme al artículo 254 de la Ley Hipotecaria. 2. No ser el procedimiento adecuado para la cancelación de la inscripción a favor de la Comunidad de Madrid practicada en su día la instancia presentada y con la que se pretende acreditar un incumplimiento, siendo necesario, bien que medie un acuerdo entre ambas partes para dicha cancelación, bien que recaiga sentencia judicial firme que así lo determine (arts. 1, 40 y 82 LH). Se considera el primero de los defectos subsanable y el segundo insubsanable, por lo que no procede tomar anotación de suspensión. Contra la presente nota de calificación cabe recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria y en la forma y plazos que señalan los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. San Fernando de Henares, 17 de junio de 1993.—La Registradora, firmado, *Maria Nardiz Prado*».

IV. Las solicitantes, por medio del Procurador don Pablo Hornero Muñuro, interpusieron recurso gubernativo frente a la anterior calificación alegando que la interpretación que el Registrador hace del artículo 23 de la Ley Hipotecaria vacía de contenido el mismo, pues la calificación no ataca la certeza o no del hecho de haberse cumplido la condición resolutoria bajo la que se donó el inmueble, y sin mención de aquella norma legal, que es la primera, acude al párrafo primero del artículo 82 de la misma Ley, pero no así al segundo que admite la cancelación de una inscripción cuando la extinción del derecho resulte del mismo título que la motivó, que es este caso, para añadir a continuación que será aquel a quien perjudique la nueva inscripción el que deba, en todo caso, iniciar el juicio declarativo correspondiente. Que, a su juicio, el artículo 23 citado es de aplicación automática una vez acreditado el hecho determinante de la resolución, en tanto que el artículo 40 se refiere exclusivamente a la rectificación de la inexactitud registral que en este caso no se solicita pues no hay un supuesto de error desde su inicio. Acreditado el cumplimiento del evento resolutorio, añaden, deberá reflejarse registralmente a través de una cancelación. El problema se centra en la constancia registral del cumplimiento con la condición resolutoria inscrita, cesada la pendencia de la condición ha de poder reflejarse en el Registro a fin de concordarlo con la realidad. Y si bien la doctrina de esta Dirección General requiere la presentación a tal fin de los documentos oportunos sin que el Registrador pueda proceder de oficio, pueden ser aquellos documentos variados, como pone de relieve la doctrina, pero sin que puedan quedar restringidos a la escritura pública o la sentencia judicial. No existe precepto legal ni resolución que así lo imponga.

V. El Registrador informó en defensa de su nota que no habiendo sido recurrido el primero de los defectos en ella consignados, debía limitarse al segundo. Y en relación con él, que la donación es un contrato, como revela la necesidad de aceptación, por lo que le son aplicables supletoriamente las reglas generales relativas a ellos, entre ellas el artículo 1.255 del Código Civil, que sanciona la libertad de pacto a cuyo amparo las partes pueden establecer condiciones como ocurrió en este caso, en el que se estipuló una condición resolutoria; que el problema está en acreditar el cumplimiento del evento resolutorio y en este caso se pretende que sirva a tal fin el acta notarial aportada. Que frente a lo que pueda acreditar dicha acta, de la inscripción segunda de la finca resulta que con el traspaso de funciones a la Comunidad Autónoma de Madrid se respeta la finalidad de la fundación, sin que, por otro lado, conste la cesación del Patronato donatario. Partiendo de la presunción

del artículo 38 de la Ley Hipotecaria de existencia y pertenencia del derecho inscrito, el artículo 1.º sitúa los asientos registrales bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que no corresponde al funcionario calificador considerar acreditado o no el cumplimiento de la condición, sino a los Tribunales, que de admitirse la tesis de los recurrentes entraría en juego el artículo 1.124 del mismo Código que no establece una resolución automática, sino que, por el contrario, conforme a la doctrina de esta Dirección General y la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pacto comisorio, la resolución extrajudicial tan solo opera si el perjudicado la reconoce o acepta, pero de no mediar conformidad sólo en vía judicial puede decretarse. Que el artículo 23 de la Ley Hipotecaria tan solo se refiere a la mecánica registral, al modo de proceder en los casos de cumplimiento o incumplimiento de condiciones inscritas, pero en orden de determinar cuáles sean los títulos inscribibles es aplicable el artículo 2.º de la misma Ley, con lo que no se vacía de contenido en la nota recurrida el artículo 23 citado, ya que no se niega que de llegar a declararse la resolución de la donación lo procedente sería una inscripción, tal como dicha norma establece.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota de calificación basándose en que no se han cumplido las exigencias formales impuestas por los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria ni las de sus artículos 42 y, en especial, el 82, que en materia de cancelaciones exigen sentencia, escritura o documento auténtico, cuando en el presente caso se está ante un simple documento privado que ni acredita el cambio de destino de la finca ni puede ser tenido en cuenta para negar a la Comunidad Autónoma de Madrid la condición de titular registral.

VII. Los recurrentes apelaron el auto presidencial reiterando sus argumentos.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 513.6 y 1.123 del Código Civil; 23, 37.1, 40, 82 y 107 10 de la Ley Hipotecaria, y 175.6 de su Reglamento, así como las Resoluciones de 7 de octubre de 1929 y 10 de enero de 1944.

1. El segundo de los defectos de la nota de calificación, único recurrido, rechaza la idoneidad del procedimiento utilizado para lograr la inscripción de una transmisión de dominio como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria inscrita. Ante la solicitud de los interesados, a la que se acompaña copia de un acta notarial como medio de prueba de aquel cumplimiento, entiende el Registrador que la cancelación de la inscripción de dominio vigente en favor de un tercero precisa de su consentimiento —en concreto, un acuerdo entre las partes— o una sentencia judicial firme que lo declare. Con posterioridad el debate se viene a centrar en si ha quedado o no suficientemente acreditado el cumplimiento de la condición.

2. La condición como elemento accidental del negocio, fruto de la voluntad de las partes, despliega sus efectos de forma automática, de suerte que acaecido el evento en que consiste se producen aquellos que, según fuera su carácter suspensivo o resolutorio, estaban inicialmente previstos, sin necesidad de prestar para ello un nuevo consentimiento. Esos efectos en el caso de una condición resolutoria se traducen en la ineficacia del negocio sujeto a ella, lo que obliga, conforme dispone el artículo 1.123 del Código Civil, a

restituir lo percibido. Si a ello se añade que esa ineficacia tiene carácter retroactivo, la restitución ha de hacerse en la misma situación jurídica que existía en el momento de la transmisión, lo que implica la extinción, también automática y sin necesidad del consentimiento de los afectados de los derechos que deriven o se hayan constituido sobre el que se resuelve, conforme al principio «*resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum*», que recogen, entre otros, los artículos 513.6 del Código Civil y 107.10 de la Ley Hipotecaria. Ese efecto concatenado tan sólo quedará enervado en el caso de que entren en juego los principios protectores de la seguridad del tráfico jurídico, que en el caso concreto del inmobiliario exige como primer requisito la falta de publicidad registral de la condición (cfr. arts. 34 y 37.1 LH)

3. Inscrita una transmisión de dominio sujeta a condición resolutoria, el cumplimiento de ésta legitima al interesado para solicitar la rectificación del contenido del Registro conforme al artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Esa rectificación supone, ante todo, la inscripción de la reversión de aquél operada en favor del transmitente o de la persona que para tal supuesto se hubiera previsto, tal como establece el artículo 23 de la misma Ley, y, además, en su caso, la cancelación de los derechos inscritos o anotados que traigan causa del resuelto según prevé el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario.

Y si, como queda dicho, los efectos derivados del cumplimiento de la condición resolutoria tienen su origen en el consentimiento prestado en el título traslativo inscrito en su día, ese mismo título será hábil para practicar las inscripciones y cancelaciones que procedan, sin necesidad de consentimiento de los afectados según establece el párrafo segundo del artículo 82 de la repetida Ley Hipotecaria, siempre y cuando se justifique en debida forma aquel cumplimiento y que, siendo el negocio oneroso, haya tenido lugar la devolución o consignación de lo que procediera devolver, tal como exige la norma reglamentaria antes citada.

4. Adquiere, por tanto, singular relevancia para proceder a la rectificación del Registro la prueba del cumplimiento de la condición resolutoria. Y como ya señaló la Resolución de este Centro Directivo de 7 de octubre de 1929, uno de los puntos más delicados de la técnica hipotecaria es el relativo a la demostración del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, porque es necesario para tal prueba atender a hechos y circunstancias que se desenvuelven fuera del Registro. Con posterioridad, la Resolución de 10 de enero de 1944 señalaba que el cumplimiento de las condiciones puede justificarse en el Registro, bien por la notoriedad del suceso, bien por la documentación que ponga de relieve en los casos legalmente previstos la inexactitud de los asientos, bien por decisión judicial que así lo declara.

En el presente caso no puede considerarse justificado el cumplimiento. Los interesados ponen especial énfasis en el hecho de que la finca donada en su día no se destina en la actualidad a la finalidad para la que se donó. Y dejando a un lado que el acta notarial aportada ni tan siquiera acredita suficientemente dicho extremo, lo cierto es que resulta intrascendente, pues no es el mantenimiento o no de ese destino el hecho futuro e incierto puesto como condición, sino que lo fue la pervivencia de la propia entidad donataria —literalmente, «si algún día dejase de funcionar el Real Patronato donatario». Y aunque se hace una alusión, ya dentro del escrito de interposición del recurso, a que las funciones en su día desempeñadas por la donataria las lleva a cabo en la actualidad el Patronato para la Mujer, no hay propiamente ni una invocación, ni mucho menos una prueba, de la desaparición o supre-

sión de la donataria, o al menos cese en las actividades que constituirían el objeto. Ante ello resulta evidente la improcedencia de atender la solicitud de las recurrentes.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando el auto apelado y la nota de calificación en cuanto al defecto recurrido.

Madrid, 23 de septiembre de 1996 —El Director general, *Luis María Cabe-
llo de los Cobos y Mancha*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Comentario.—Esta reciente resolución vuelve a plantear el discutido problema de la eficacia resolutoria de las condiciones de este nombre. Su novedad estriba en que, de forma más o menos clara, parece separarse del criterio que en algunos aspectos de esta materia venía sosteniendo este Centro Directivo.

En primer lugar expondremos breve y resumidamente su contenido, para luego poner de relieve nuestro criterio sobre los principales aciertos y desaciertos de la misma.

La resolución, que aparece publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 11 de octubre de 1996, parte de un supuesto en el que se donó una finca a favor de un cierto Patronato Real para que se destinara a determinados fines sociales, habiéndose previsto la resolución para el caso de que dicho Patronato dejase de funcionar por cualquier causa. Posteriormente la finca se inscribió a nombre de la Comunidad Autónoma de Madrid por título de transferencias con arreglo al Real Decreto 1095/1984, de 29 de febrero. En la actualidad se solicita por parte de los herederos de la primitiva donataria la reinscripción a su favor de la finca por medio de instancia privada acompañada de acta notarial que pretende ser medio de prueba acreditativo de que hoy la misma está destinada a escuela de idiomas, incumpliendo así los fines sociales para los que se donó. El Registrador se niega a esta pretensión por considerar que para cancelar una inscripción practicada a nombre de un tercero —Comunidad Autónoma de Madrid— se requiere, o bien su consentimiento, o bien una resolución judicial firme en tal sentido (arts. 1, 40 y 82.1 LH). El Presidente del Tribunal Superior de Justicia confirma la nota del Registrador. La Dirección General da igualmente la razón al Registrador, pero haciendo algunas afirmaciones interesantes:

1.ª En primer lugar, recuerda el carácter automático y la eficacia retroactiva que tiene la condición resolutoria, lo cual lleva consigo que a su cumplimiento la restitución que impone el artículo 1.123 del Código Civil «*ha de hacerse a la misma situación jurídica que existía en el momento de la transmisión, lo que implica la extinción también automática y sin necesidad del consentimiento de los afectados a los derechos que deriven o se hayan constituido sobre el que se resuelve*», quedando sólo a salvo los terceros protegidos con arreglo a los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria.

2.ª El cumplimiento de la condición resolutoria legitima al interesado para solicitar la rectificación del Registro mediante la correspondiente reinscripción de la finca a su favor conforme a los artículos 23 y 40 de la Ley Hipotecaria, así como la cancelación de los derechos que traigan causa en el que se ha resuelto. Sobre la base anterior y entendiendo que la eficacia de la condición tiene su origen en el consentimiento prestado por el título traslativo

inscrito en su día, este mismo título *«será hábil para practicar las inscripciones y cancelaciones que procedan sin necesidad del consentimiento de los afectados, según establece el párrafo segundo del artículo 82 de la repetida Ley Hipotecaria, siempre y cuando se justifique en debida forma aquel cumplimiento y que, siendo el negocio oneroso, haya tenido lugar la devolución o consignación de lo que procediera devolver, tal y como exige la norma reglamentaria antes citada»*.

3.^a En el último fundamento de Derecho el Ceto Directivo viene a concluir que en el caso contemplado no se ha justificado adecuadamente el cumplimiento de la condición, manifestando que ese cumplimiento en el ámbito del Registro debe acreditarse, como ya acreditó la Resolución de 10 de enero de 1944, bien por la notoriedad del suceso, bien por la documentación que ponga de relieve en los casos previstos la inexactitud de los asientos, bien por decisión judicial.

Para hacer un comentario crítico de esta Resolución debemos abstraernos del caso concreto en ella contemplado y plantearnos la aplicación de las conclusiones que en ella se recogen a los supuestos, mucho más frecuentes en la práctica, de transmisiones onerosas sujetas a la condición resolutoria de que el adquirente cumpla íntegramente la prestación a que se había comprometido. Estamos pensando especialmente en compraventas con precio aplazado (casos del art. 1.504 CC) o cesiones de inmuebles a cambio de alimentos (a estas últimas ha permitido la Dirección General que se extienda en términos análogos a la compraventa la garantía de la condición resolutoria explícita).

Partiendo de esta premisa, podemos distinguir dos partes claramente diferenciadas en el análisis de la misma:

A) Comenzaremos destacando en primer lugar lo que, a nuestro entender, constituye el principal acierto de este reciente pronunciamiento del Centro Directivo. Se trata de la posibilidad de cancelar los asientos practicados a favor de los titulares de derechos que deriven o que se hayan constituido sobre el que ha quedado resuelto como consecuencia del cumplimiento de la condición, sin necesidad de que los mismos presten consentimiento alguno. La Dirección General viene así a corregir el criterio sentado en la Resolución de 28 de mayo de 1992, en la que sí se afirmaba que la cancelación de esos asientos requiere el consentimiento de sus titulares o la sentencia judicial ganada en un procedimiento entablado, no sólo contra el comprador que adquirió con la condición, sino también contra los posteriores adquirentes, puesto que a los mismos no puede perjudicarles la admisión de hechos determinantes de la resolución verificada sólo por los titulares de un asiento que ya estaba extinguido por la inscripción de la transferencia.

El mantenimiento de este criterio suponía la total devaluación de la eficacia resolutoria de la condición y de su inscripción en el Registro. No se puede ignorar que la condición resolutoria inscrita en el Registro despliega plena eficacia frente a terceros de conformidad con los artículos 11, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria. Ello supone que dichos terceros adquieren el derecho bajo una titularidad que no es totalmente definitiva e incontestable, sino que está sujeta a la eventualidad de que la condición se cumpla y el derecho del transferente quede resuelto. Como bien señala la resolución que estamos comentando, estos terceros han adquirido una titularidad que puede decaer de forma automática si se extingue por consecuencia de la resolución el derecho de su transmitente. Exigir el consentimiento de dichos terceros implicaría echar sobre los hombros del interesado en la resolución (que, en la mayoría de los

casos, suele ser un transmitente a título oneroso al que se le ha insatisfecho su prestación) la penosa carga de obtener la conformidad de titulares posteriores para poder practicar la reinscripción de la finca a su favor en el mismo estado de cargas que tenía cuando él la transmitió. Téngase en cuenta que la única causa razonable por la que los sucesivos titulares posteriores podrían negar la conformidad a la cancelación de sus respectivos asientos es que alegasen que no se ha producido el evento determinante de la resolución, que, en la mayoría de los casos, suele consistir en el pago de parte del precio aplazado o en el cumplimiento de la obligación de satisfacer alimentos, prestaciones cuyo cumplimiento sigue siendo de la exclusiva incumbencia del originario adquirente, que sería el único legitimado para discutir sobre ellas.

La misma Dirección General había sostenido ante este criterio, entre otras en la Resolución de 17 de septiembre de 1985, entendiendo que el requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil debía hacerse sólo al comprador, aunque aparecieran nuevos titulares registrales como consecuencia de ulteriores actos de dicho comprador. Se trataba de una solución plenamente congruente con la función del Registro y con los principios hipotecarios básicos que lo gobiernan y que, a nuestro entender, nunca debió ser abandonada.

Por otro lado, consideramos suficiente garantía la obligación que se impone al interesado en la resolución de consignar la cantidad que deba devolver como consecuencia de la resolución a favor de los titulares de derechos derivados o constituidos sobre el que se resuelve, objeto de asientos posteriores que van a ser ahora cancelados (así lo tiene declarado este Centro Directivo en diversas resoluciones sobre la base de lo previsto en el art. 175.6 ° RH). Sí que estimamos conveniente acreditar la comunicación a esos titulares posteriores de que se ha verificado la consignación referida a su favor. Así parece entenderlo también PAU PEDRÓN en su estudio sobre *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*. Ello parece lógico por cuanto el interés de dichos titulares se centra en poder resarcirse, en todo o en parte, del daño que les causa la resolución del derecho de su transmitente, y han de tener conocimiento de la consignación para poder reclamar el importe correspondiente.

B) Consideramos, por el contrario, mucho menos acertado en la resolución que es objeto de comentario de estas líneas las disquisiciones que en la misma se hacen sobre la apreciación por parte del Registrador de si han concurrido o no los hechos determinantes de la resolución. El peligro de estas afirmaciones consiste básicamente en que se pretenda delegar en el propio Registrador la valoración de esos hechos cuando no exista acuerdo entre el que promueve la resolución y el adquirente en el negocio en el que se pactó la condición. Especialmente interesante es, como ya advertíamos al comienzo, trasladar esta cuestión a los casos de pacto de resolución del artículo 1.504 del Código Civil.

Hasta ahora la doctrina que ha venido manteniendo la Dirección General desde la famosa Resolución de 29 de diciembre de 1982 es la de entender que si el comprador se opone al requerimiento resolutorio hecho por el vendedor (negando por lo tanto alguno de los presupuestos determinantes de su resolución) la reinscripción a favor de éste no podrá llevarse a cabo sin la previa decisión judicial. Este criterio, a pesar de las disensiones que ha planteado entre los autores, nos parece sumamente correcto. Las razones son varias:

1.ª El aparente automatismo en la práctica de la reinscripción que parece desprenderse del artículo 59 del Reglamento Hipotecario debe quedar atenua-

do en los casos de oposición por parte del comprador requerido por cuanto esta oposición supone una clara discusión sobre el posible cumplimiento o incumplimiento de la obligación del comprador, único hecho que puede permitir la resolución en perjuicio del tercero.

2.^a Esta controversia sólo puede ser resuelta y solventada por los Tribunales, nunca por el Registrador, cuyas facultades de calificación son limitadas (art. 18 LH), no pudiendo realizar apreciaciones sobre cuestiones meramente fácticas (recuérdese en este sentido toda la reiterada doctrina de la DGRN negando al Registrador la posibilidad de valorar cuestiones como el posible carácter abusivo de cláusulas o pactos con arreglo a la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, la simulación contractual...)

3.^a La razón última de la exigencia de intervención de los Tribunales en estos casos de oposición por parte del comprador se halla en el principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de nuestra Constitución y en que no debe admitirse en nuestro ordenamiento la ejecución privada y unilateral de garantías (no son otros los fundamentos que se encuentran detrás, por ejemplo, del art. 1.859 CC).

Por todo ello, creemos oportuno afirmar que ha de seguir vigente la interpretación que del artículo 1.504 del Código Civil y del artículo 59 del Reglamento Hipotecario ha venido haciendo en estos últimos años tanto el Tribunal Supremo (SS. como la de 18 de octubre de 1994) como la Dirección General y, por tanto, exigir que en caso de oposición del comprador o del adquirente al requerimiento resolutorio hecho por el vendedor o adquirente interesado en la resolución y reinscripción la cuestión se dilucide por los cauces judiciales oportunos. Las manifestaciones recogidas en el último fundamento de Derecho de la resolución que estamos comentando no pueden entenderse como una desviación de este criterio porque se refieren a un caso diferente del típico pacto resolutorio del artículo 1.504 del Código Civil y porque son una respuesta singular fruto de los términos en que se había planteado el recurso.

Después de haber terminado el breve análisis de la Resolución de 23 de septiembre de 1996, aparece en el *Boletín Oficial del Estado* de 24 de diciembre un nuevo pronunciamiento de la Dirección General sobre el controvertido tema de la condición resolutoria. Se trata de la Resolución de 19 de noviembre de 1996. De ella tenemos que destacar telegráficamente sus conclusiones más relevantes y algunas contradicciones o dudas que nos surgen al respecto:

1.^a Por un lado, parece deducirse de la misma, en consonancia con lo que la misma Dirección General ha venido manteniendo desde la ya tan citada Resolución de 29 de diciembre de 1982 y que nosotros apuntábamos como criterio lógico y acertado, que se considera requisito imprescindible para que tenga lugar la reinscripción a favor del vendedor que el comprador no se oponga al requerimiento resolutorio hecho por aquél o que, en caso contrario, la resolución sea oportunamente declarada por los Tribunales. Sólo el Juez puede decidir sobre una cuestión de hecho discutida entre las partes y determinante del efecto resolutorio.

2.^a Sin embargo, en lo referente a la efectividad de la condición resolutoria frente a terceros adquirentes, está claro que esta resolución ratifica plenamente el criterio que en su día instauró la de 28 de mayo de 1992 y que nosotros estimábamos poco coherente con el sentido y alcance que a la inscripción de la condición resolutoria le obligan los artículos 11, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria.

Efectivamente, se insiste en la obligación de que al tiempo de entablarse la demanda de resolución haya de citarse no sólo al comprador, sino también a los ulteriores titulares registrales, así como de tomar la oportuna anotación de demanda con el fin de advertir a los eventuales futuros adquirentes.

El caso que abordaba la Resolución de 23 de septiembre no es el típico supuesto del pacto previsto en el artículo 1.504 del Código Civil y, por tanto, no le son aplicables los mismos requisitos que este precepto señala. Ello no obstante, sí que resultan uniformes los principios y reglas recogidos en la legislación hipotecaria en relación con la eficacia de cualquier condición resolutoria que tenga acceso al Registro. Es por ello que nos sorprende la diferencia de trato entre su supuesto y otro. En el caso de la Resolución de 19 de noviembre los titulares posteriores que traigan causa del comprador sujeto a la condición resolutoria deben ser citados en el procedimiento porque la sola admisión de los presupuestos básicos de la resolución por dicho comprador *es insuficiente para fundar la cancelación* de los asientos que se han practicado a favor de tales titulares posteriores. Sin embargo, en los supuestos de condición resolutoria distinta del artículo 1.504 del Código Civil el mismo Centro Directivo, en su Resolución de 23 de septiembre, mantenía: «... *la extinción, también automática y sin necesidad del consentimiento de los afectados de los derechos que deriven o se hayan constituido sobre el que resuelve, conforme al principio «resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum»...*»

Por otro lado, la Resolución de 19 de noviembre se refiere a un supuesto de ejercicio judicial de la condición resolutoria. ¿Que habrá que entender aplicable a los casos de actuación extrajudicial? El texto de la resolución no es excesivamente claro (los contundentes argumentos en los fundamentos de Derecho 2.º y 3.º parecen perder toda su fuerza con la expresión «*no obstante lo anterior...*» que encabeza el fundamento de Derecho 4.º), pero lo lógico sería entender que para verificar la reinserción a favor del vendedor conforme al artículo 59 del RH es imprescindible acreditar que se ha verificado el requerimiento de que habla el artículo 1.504 del Código Civil no sólo al comprador sino también a todos los titulares registrales posteriores, y que ninguno de ellos se ha opuesto a dicha resolución. Sostener otra resolución resultaría absolutamente incongruente con las rotundas afirmaciones que se realizan en el fundamento de Derecho 4.º de esta resolución («... *la admisión de tales presupuestos solamente por el titular de uno de los asientos cuya cancelación se pretende —el cual puede haberse extinguido ya por uno posterior de transferencia— es insuficiente para fundar la cancelación respecto de todos los demás asientos afectados*»), aunque, como se puede imaginar, la efectividad práctica de la condición queda bastante disminuida.

La doctrina que sobre el ejercicio de la condición resolutoria —tanto por vía judicial como extrajudicial— se recoge en esta Resolución de 19 de noviembre de 1996 supone no tener en cuenta reglas básicas en la transmisión de la titularidad pasiva de las obligaciones. En efecto, en el fundamento de Derecho 4.º se viene a reconocer que los titulares registrales que han adquirido su derecho del comprador sujeto a la eventualidad de la resolución tienen la posibilidad de pronunciarse sobre el hecho esencial determinante de esa resolución: el pago o impago de la obligación asegurada. Sin embargo, el único obligado frente al vendedor es el primer comprador, a no ser que se hubiera producido la novación del deudor con el consentimiento del acreedor que prevé el artículo 1.205 del Código Civil. Además, piénsese en los casos de cesión de bienes a cambio de alimentos garantizada con condición resolutoria

(así lo han admitido las Resoluciones de 16 de octubre y 26 de abril de 1991, que son objeto de crítica por parte de PEDRO AVILA NAVARRO en su trabajo «Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria», publicado en la *RCDI* en el número conmemorativo de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944), en los cuales parece poco imaginable que los terceros adquirentes puedan discutir sobre si se ha cumplido o no una prestación respecto de la cual, en la mayoría de los casos, el cedente sólo tendrá interés en que la realice el cesionario por ser una obligación especialmente ligada a su persona.

También resulta un tanto contradictorio que en los «*vistos*» de esta Resolución de 19 de noviembre se cite como punto de apoyo de la doctrina contenida en la misma dos resoluciones del mismo Centro Directivo que, especialmente la segunda, se manifiestan en sentido contrario. En primer lugar se cita la Resolución de 3 de junio de 1961 (entendemos que es ésta la fecha correcta, aunque por error se dice que es de 1964), que no trata el problema que estamos analizando sino otros distintos, como la necesidad de la consignación prevista en el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario o el título hábil para cancelar embargos posteriores y que, en todo caso, parece sobrentender que es suficiente que el requerimiento del vendedor se dirija al comprador y no a los titulares de cargas posteriores. Todavía más extraña es la referencia a la Resolución de 17 de septiembre de 1985, que literalmente viene a proclamar que «... la notificación ha de hacerse al primitivo comprador por ser éste quien se encuentra obligado a cumplir la prestación del vendedor, sin que el hecho de que aparezcan nuevos titulares registrales como consecuencia de ulteriores actos del comprador, sin intervención del vendedor, cambie la situación para éste —«*res inter alios facta*»—, quedando afectados dichos terceros dado el contenido del Registro (existencia de una condición resolutoria) a los efectos que se puedan producir conforme a la legislación sustantiva e hipotecaria». Es decir, justo lo contrario del criterio que ahora asume la Dirección General

Tenemos, por tanto, que reiterar nuestro desacuerdo con la línea que parece haber tomado el Centro Directivo en esta materia y sostener con PAU PEDRÓN (*La efectividad de la facultad resolutoria explícita*) que es más acertado el criterio que se recoge en esta última resolución citada de 17 de septiembre de 1985 que el plasmado en la de 28 de mayo de 1992 y la de 19 de noviembre de 1996, dando así plena efectividad frente a terceros a la condición resolutoria inscrita tanto si se hace efectiva por vía judicial como extrajudicial.

B. J. A. F.

NO ES INSCRIBIBLE LA CLAUSULA ESTATUTARIA QUE ESTABLECE UN DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE A FAVOR DE LOS SOCIOS Y DE LA SOCIEDAD PARA EL CASO DE TRANSMISION DE ACCIONES, VALORANDO ESTAS SEGUN LO QUE RESULTE DEL BALANCE INMEDIATO ANTERIOR DE LA SOCIEDAD. (RESOLUCIONES DE 7 Y 30 DE JUNIO DE 1994 Y 2 DE FEBRERO DE 1995. BBOO DE 15 DE JULIO, 11 AGOSTO DE 1994 Y 29 DE MARZO DE 1995.)

SI ES INSCRIBIBLE EL PACTO ESTATUTARIO QUE IMPONE EL APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO CASO DE EJERCITARSE EL DERECHO

DE ADQUISICION PREFERENTE DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES DE LAS SOCIEDADES LIMITADAS SIEMPRE QUE SE CUMPLAN DETERMINADAS CONDICIONES DE INTERES Y PLAZO. (RESOLUCIÓN DE 4 DE JULIO DE 1995. BOE DE 18 DE AGOSTO DE 1995)

Hechos.—I. El día 14 de agosto de 1992, ante el Notario de Torrejón de Ardoz don José María Piñar Gutiérrez, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la Junta general universal de «Sobre Express Tompla, Sociedad Anónima», celebrada el día 26 de junio de 1992, por los que se transformaba la sociedad en limitada, aprobándose los nuevos Estatutos. En el artículo 7.2 de dichos Estatutos se establece: «El socio que desee transmitir su participación o participaciones, total o parcialmente, por actos *inter vivos* deberá comunicarlo por escrito dirigido al órgano de administración, quien lo notificará a los restantes socios en el plazo de quince días. Los socios podrán optar a la compra de la participación o participaciones ofrecidas conforme a las reglas siguientes «... 2.º El valor de la participación será determinado por el cedente y, en caso de discrepancia, será fijado por tres peritos, de acuerdo con el balance de la sociedad, nombrados uno por cada parte y un tercero de común acuerdo, o si éste no se lograra, por el Juez»...»

II Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica. Defectos: Artículo 7.2. La fijación del valor de la participación según balance vulnera el artículo 123.6 RRM. Al no excluirse la adopción de acuerdos fuera de la Junta deberán constar todas las circunstancias exigidas por el artículo 174 9.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Debe constar el período de tiempo por el que el administrador ejercerá el cargo (art. 13 LSRL). En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 13 de noviembre de 1992 —El Registrador.»

III Don Fernando Rico Cots, en representación de la compañía mercantil «Sobre Express Tompla, Sociedad Limitada», interpuso recurso de reforma contra el primero de los defectos de la anterior calificación, y alegó: Que la anónima mutante tenía un pacto estatutario que limitaba la libre transmisibilidad de las acciones mediante la concesión a los restantes accionistas de un derecho de preferencia. Este pacto se respeta íntegramente por la transformación, como es lógico, con referencia a las participaciones sociales. Que el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, por remisión del artículo 174.11 del mismo Reglamento, choca con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil y, además, el artículo 1.112 del mismo Código reitera la validez de los pactos que limitan la facultad de transmitir con sujeción a las leyes. Es indudable que el término «leyes» es utilizado en su acepción formal y no resulta extensivo a los Reglamentos. Esta norma habilitante no puede encontrarse en el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que coincide esencialmente con lo dispuesto en el artículo 63 para las sociedades anónimas. Para la Ley el bien jurídicamente protegido es de orden público; así se deduce de la Resolución de

2 de diciembre de 1991. El Reglamento, en cambio, en la interpretación del Registro, introduciría una finalidad de Derecho Privado: Obtener la equivalencia de las prestaciones. Por tanto, no basta con cumplir el requisito de la transmisibilidad impuesto por la Ley, si no se establecen además garantías de que el precio de la transmisión será el valor real de la acción. Que la prohibición reglamentaria se extiende a aquellas cláusulas «que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones». El valor real de una acción es, desde luego, algo distinto de su participación alícuota en el neto patrimonial de la compañía, de su rentabilidad y de su precio de mercado. Depende de factores endosocietarios, de factores coyunturales y hasta del propio azar. Los administradores de la compañía son las únicas personas con autoridad para enjuiciar la totalidad de las circunstancias susceptibles de influir en la valoración de la misma. En la economía de mercado las cosas valen lo que se pueda obtener por ellas. Es posible que la norma reglamentaria haya utilizado la expresión «valor real» como sinónimo de «precio de mercado». Esto sólo puede establecerse para los títulos que coticen en un mercado público. Únicamente en el supuesto de venta de acciones en ejecución judicial o administrativa existen derechos de terceros, que deben ser respetados. La Resolución de 22 de febrero de 1989 considera que sería un entorpecimiento del tráfico jurídico el obligar a los acreedores a averiguar, en todo caso, las restricciones de la facultad de disponer que afectan a los bienes del deudor. Pero para estos supuestos el artículo 64.2 de la Ley de Sociedades Anónimas remite al valor que determine el auditor de cuentas de la sociedad o, en su caso, el auditor que a solicitud de cualquier interesado nombre el Registrador Mercantil del domicilio social. Por esta razón, la Resolución de 2 de diciembre de 1991, refiriéndose exclusivamente a los remates por vía de apremio, rechaza la fijación unilateral del precio de retracto por las consideraciones que en la misma se especifican. Que la distinción entre sociedades de capital y personalistas es de naturaleza técnica y se refiere al ámbito de las responsabilidades. La sociedad es un simple instrumento para alcanzar unos fines, pero funciona de forma distinta según las personas que lo manejen; por esta razón, es legítimo que los socios garanticen su intimidad asociativa mediante la creación de situaciones jurídicas libremente aceptadas que resulten protegidas por el ordenamiento jurídico; y es legítimo que pacten una penalización económica para quienes decidan romper el pacto asociativo, siempre que sea razonable y no suponga la prohibición absoluta de dejar de ser socios. Hasta la fecha, la intimidad asociativa venía doblemente protegida: Por el propio pacto estatutario y por la opacidad de la gestión. En la actualidad esta intimidad no existe debido a la obligación de depositar las cuentas en el Registro Mercantil. Que si las leyes deben interpretarse de acuerdo con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», parece indiscutible la incorrección de toda interpretación restrictiva de los pactos de sindicación. Que lo que se ha expuesto con carácter general queda aún más patente en el caso concreto de la sociedad objeto del recurso.

IV. El Registrador Mercantil número 2 de Madrid acordó mantener la calificación efectuada en cuanto al primer defecto, único recurrido, desestimando el recurso de reforma, e informó: Que en virtud de los artículos 69, 123 y 174 del Reglamento del Registro Mercantil y en la Resolución de 15 de noviembre de 1991, considera: 1.º Que como cuestión previa debe establecerse que el recurso está interpuesto fuera de plazo, conforme a lo establecido en

el artículo 69 antes citado. No obstante, y dado que la escritura podía volver a presentarse extendiéndose nueva nota por economía de procedimiento, no se tiene inconveniente alguno en admitir el recurso e informar sobre el fondo. 2.º Que según la cláusula denegada los peritos habrán de fijar cuál será el valor de la participación según el balance de la sociedad, sin que puedan tener en cuenta ninguna otra circunstancia no reflejada en dicho balance. 3.º Que el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, a pesar de hablar de acciones, es indudablemente aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada por expresa remisión del artículo 174.11 del mismo Reglamento. La cuestión, por tanto, consiste únicamente en determinar si el valor según balance es el valor real, pues si no lo es el precepto primeramente citado impide la inscripción de la cláusula y ello no vulnera el principio de autonomía de la voluntad, pues dicho principio rige en tanto no existan disposiciones que lo limiten. La expresión del artículo 1.112 del Código Civil debe entenderse en este sentido referida al ordenamiento jurídico en su conjunto. 4.º Que se considera que el valor según balance no es el valor real, o al menos en muchas ocasiones no lo será, pues la valoración de una sociedad, y consecuentemente de las participaciones que integran su capital, viene determinada por muchos otros factores no plasmados en el balance. Desde luego no compete a este Registrador determinar cuál es el valor real, pues precisamente para eso existen expertos, a los que aluden frecuentemente las propias normas mercantiles (arts. 64 LSA, 327 RRM, etc.). 5.º Que el problema ya ha sido resuelto por la Dirección General de Registros y Notariado en varias Resoluciones, entre las que cabe citar la de 15 de noviembre de 1991

V. El recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en la Resolución de 15 de noviembre de 1991 se contempla un supuesto distinto al de este recurso. Dicha resolución interpreta correctamente el artículo 1 449 del Código Civil de que el señalamiento del precio nunca puede quedar al arbitrio de una de las partes y, desde luego, no es arbitrario el neto patrimonial de una compañía estimado según balance. La aleatoriedad de la concordancia del balance con la realidad del mercado no es distinta de la aleatoriedad que rige toda la contratación bursátil, con una diferencia a favor del pacto estatutario que se establece como salvaguardia de un interés legítimo: la intimidad asociativa. Es un pacto legítimo con causa análoga a la del contrato de seguro, ya que se trata de prevenir un riesgo: La intromisión de extraños. Que es cierto que los artículos 147, 149 y 225 de la Ley de Sociedades Anónimas y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada imponen otras condiciones para el justiprecio de acciones, pero contemplan supuestos radicalmente diversos. En estos casos es la propia sociedad y no el socio oferente quien trata de alterar el primitivo pacto estatutario. Que como dice la Resolución que se comenta, los principios solemnemente proclamados en la Ley de contabilidad tropiezan con la fiscalidad de las plusvalías, lo que provoca que las actualizaciones de balances resulten muchas veces de imposible realización. Por tanto, es cierto que se desconfía de la objetividad económica del balance, pero es un «aleas» que puede ser perfectamente aceptado por quienes deciden constituirse en sociedad de responsabilidad limitada. No sobrepasa los límites del artículo 112 del Código Civil, pues no contraviene ninguna Ley ni obliga a los otorgantes permanecer en sociedad. El elemento aleatorio no desaparece encargando a un tercero la determinación del justiprecio, pues habrá tantos precios distintos como peritos, tasadores o auditores emitan un dictamen.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 123.6 y 174.11 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de 27 de abril y 6 de junio de 1990, 15 de noviembre de 1991 y 20 de agosto de 1993.

1 En el presente recurso se cuestiona si es o no inscribible la cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada según la cual, para el supuesto de que se ejercite el derecho preferente de compra que se atribuye a los socios y a la sociedad, en caso de que alguno de aquellos pretenda transmitir sus participaciones sociales, el valor de éstas, en caso de discrepancia, será fijado por tres peritos de acuerdo con el balance de la sociedad.

2. El derecho de la sociedad y de los socios a impedir el ingreso de nuevos miembros no deseados no puede ser reconocido en detrimento del no menos legítimo derecho del socio a obtener el valor real de la participaciones sociales que pretende enajenar, por lo que, según la doctrina de esta Dirección General (cfr. las resoluciones citadas en los vistos), no son inscribibles las cláusulas estatutarias que para el ejercicio del derecho de adquisición preferente fijen como precio el mero valor contable, sin tener en cuenta también la indudable relevancia económica de los elementos inmateriales, como la clientela y las expectativas, y, en general, el denominado fondo de comercio, así como la actualización de los valores de algunas partidas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando la nota y la decisión del Registrador.

Madrid, 7 de junio de 1994.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

RESOLUCION de 30 de junio de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don Antonio R. de Moldes, en nombre de «Manufacturas Tompla, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil número 11 de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales

En el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don Antonio R. de Moldes, en nombre de «Manufacturas Tompla, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil número 11 de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos.—I. El día 25 de marzo de 1993, mediante escritura autorizada por el Notario de Torrejón de Ardoz don José María Piñar Gutiérrez, se elevaron a instrumento público los acuerdos adoptados por la entidad mercantil «Manufacturas Tompla, Sociedad Anónima», en la reunión de la Junta general ordinaria y extraordinaria de accionistas celebrada el día 27 de junio de 1992. Entre dichos acuerdos consta, según certificado del Secretario del Consejo de Administración de dicha sociedad, el de modificación del artículo 7 de los Estatutos sociales, que en su nueva redacción establece: «Artículo 7. La transmisión de las acciones, con todos sus derechos y obligaciones, se realizará de conformidad con lo dispuesto en las leyes y con

sujeción a los requisitos y limitaciones siguientes: *a)* Cuando algún accionista pretenda enajenar sus acciones, en su totalidad o en parte, deberá comunicarlo mediante notificación fehaciente solicitando la correspondiente autorización del Presidente del Consejo de Administración, depositando los títulos en poder del Consejo de Administración de la sociedad. La sociedad gozará de un derecho absoluto de promoción sobre los títulos ofrecidos dentro de los límites para el destino y con las formalidades establecidas para la autocartera en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Este derecho podrá ejercitarlo la sociedad de forma directa adquiriendo para sí misma o de forma indirecta, mediante cesión a otra entidad mercantil del grupo en cuyo capital posea una participación no inferior al 90 por 100. Si este derecho preferente de compra fuese renunciado o no se ejercitase en el plazo de treinta días naturales siguientes al del recibo de la notificación, surgirá un derecho preferente a favor del resto de accionistas, a quienes deberá notificar el Presidente del Consejo la existencia de la oferta. Los accionistas podrán optar a la adquisición de todas o parte de las acciones ofrecidas, mediante comunicación escrita dirigida al Presidente del Consejo, en el plazo de los veinte días naturales siguientes. De ser varios los accionistas que deseen adquirir las acciones ofrecidas, se distribuirán éstas entre todos los interesados, en proporción a las acciones que posean. Vencido este último plazo, en los cinco días naturales siguientes, el Presidente del Consejo comunicará por escrito al accionista oferente los nombres de los accionistas compradores y la cantidad de acciones que cada uno de ellos ha de adquirir. Tanto el accionista oferente como los adquirentes quedarán obligados a formalizar la transmisión de las acciones de que se trate, sin que pueda ninguno, por lo tanto, desistir de su decisión, que se llevará a efectos de conformidad con los demás apartados de este artículo. Transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida. *b)* La transferencia se formalizará dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha en que se hubiera notificado por el Presidente al accionista oferente los nombres de la sociedad o accionistas compradores y, en su caso, la cantidad de acciones que cada uno de ellos ha de adquirir. *c)* El precio de las acciones no podrá ser menor al correspondiente al valor teórico contable que resulte del balance consolidado. Dicho valor teórico vendrá determinado por el resultado de dividir la cifra de capital más reservas más remanente que figuren en dicho balance por el número de acciones que tuviera emitidas y en circulación la sociedad...

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto proceder a su inscripción en el tomo 723, libro 0, folio 125, Sección 8, hoja M-10922, inscripción 42. Observaciones e incidencias. En virtud de la solicitud contenida en la propia escritura se excluye de la inscripción el acuerdo cuarto de la Junta relativo a la modificación del artículo 7 de los Estatutos, por cuanto se establece [apartado *c)* de dicho precepto] un sistema de valoración de las acciones que no puede considerarse objetivo a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.256, 1.445 y 1.449 del Código Civil (ver también, al respecto, la Resolución de 15 de noviembre de 1991). En el plazo de dos meses a contar

de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil Madrid, 16 de junio de 1993.—El Registrador.—Firmado, *Antonio Hueso Gallo*.»

III. El Letrado don Antonio R. de Moldes, en representación de «Manufacturas Tompla, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que existe un matiz diferencial entre el acuerdo calificado y otros análogos. No se utiliza la expresión «valor real», sino la más científica «valoración objetiva», porque la expresión «valor real» es una abstracción quimérica que introduce el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil y que desborda la formulación del artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas. Este texto legal en modo alguno puede derogar el principio de autonomía de la voluntad, de rango legal, que define el artículo 1.255 del Código Civil. Sí puede, en cambio, exigirse que el precio de una compraventa sea determinable de forma objetiva en virtud de los artículos 1.256, 1.445 y 1.449 del Código Civil. Pero la determinación del precio de venta de las acciones se establece en el acuerdo objeto de la calificación de forma totalmente objetiva. Si para algo sirve el balance de una compañía es para establecer de forma objetiva el neto patrimonial de la sociedad, y no puede desconocerse que dicho neto patrimonial es un valor objetivo que no depende de estimación de los administradores ni se establece por simples acuerdos mayoritarios. Es un valor que se determina por principios de contabilidad universalmente admitidos y cuya discordancia con tales principios es insubsanable.

IV. El Registrador Mercantil número 11 de Madrid acordó desestimar el recurso de reforma interpuesto, confirmando en todos sus extremos la nota de calificación recurrida, e informó: Que la única cuestión que se suscita en el presente caso se refiere a si es o no inscribible la cláusula estatutaria reguladora de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, establecida en el artículo 7 de los Estatutos de «Manufacturas Tompla, Sociedad Anónima». Que la vigente legislación sobre sociedades anónimas, después de la Reforma de 1989, permite las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, pero dada la especial naturaleza de dichas sociedades condiciona la validez de las mismas al cumplimiento de los siguientes requisitos (arts. 63, 64 y sigs. LSA, y 123 RRM): 1.º Que se regule expresamente en los Estatutos de la sociedad (arts. 144 y sigs. LSA); 2.º Que las acciones sobre las que se impongan las restricciones sean nominativas (arts. 52 y 63 de la Ley citada); 3.º Que la regulación estatutaria no sea de tal naturaleza que haga intransmisibles las acciones (arts. 63.2 LSA), y 4.º Que la repetida regulación estatutaria no impida el derecho de los accionistas a obtener el valor real de las acciones que traten de transmitir (art. 123.6 RRM). Que si se examina la cláusula estatutaria, cuya inscripción en el Registro se ha excluido, no cumple el último requisito que se ha expuesto. Que es preciso examinar si el valor de la acción que resulta del balance puede o no considerarse como «valor real de la acción». Que se considera que es unánime en la doctrina la distinción entre «valor real» y «valor contable» de la acción, que no siempre son coincidentes, ya que para obtener el valor real han de tenerse en cuenta las fluctuaciones del valor del mercado de los activos, así como otros elementos que no constan en el balance. Que de la interpretación sistemática de la vigente Ley de Sociedades Anónimas se desprende inequívocamente que el valor de las acciones ha de ser fijado con criterios de objetividad e imparcialidad. Por otra parte, éste es el criterio de la jurisprudencia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 15 de noviembre de 1991).

V. El recurrente interpuso recurso de reforma contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil constituye una excepción al principio general de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil. Además el término leyes a que se refiere el artículo 1.112 del mismo Código es utilizado en su acepción formal y no resulta extensivo a los Reglamentos. Esta norma habilitante de restricciones reglamentarias al principio de libertad de contratación no puede encontrarse en el artículo 63.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Entre el precepto legal y reglamentario las diferencias son de bulto. En este punto hay que destacar lo que declara la Resolución de 2 de diciembre de 1991. 2.º Que la prohibición reglamentaria es desorbitada. El valor real de una acción es algo distinto de su participación alícuota en el neto patrimonial de la compañía, de su rentabilidad y, por supuesto, de su precio en el mercado. Depende de factores endosocietarios, de factores coyunturales, de perspectivas de futuro y hasta del propio azar. Los administradores de la sociedad son las únicas personas con autoridad para enjuiciar la totalidad de las circunstancias susceptibles de influir en la valoración de la acción. En la economía de mercado las cosas valen lo que se pueda obtener por ellas. Que únicamente en el supuesto de venta de acciones en ejecución judicial o administrativa existen derechos de terceros que deben ser respetados, ya que, en otro caso, se incumpliría el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil. En este punto hay que tener en cuenta lo que declara la Resolución de 22 de febrero de 1989 y lo que establece el artículo 64.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. 3.º Que la distinción entre sociedades de capital y sociedades personalistas es de naturaleza técnica y se refiere al ámbito de las responsabilidades. Que hasta fecha reciente la intimidad asociativa venía doblemente protegida por el pacto estatutario y por la opacidad de la gestión, actividades y cuentas de la sociedad. En la actualidad, en países en vías de industrialización les interesa enormemente una legislación protectora del blindaje asociativo, y así, si las leyes deben interpretarse de acuerdo con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», parece indiscutible la incorrección de toda interpretación restrictiva de los pactos de vindicación. 4.º Que lo que se ha expuesto con carácter general queda aún más patente en el caso concreto que se estudia. 5.º Que la Resolución de 15 de noviembre de 1991 contempla un supuesto de hecho distinto al de este recurso.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de 27 de abril y 6 de junio de 1990, 15 de noviembre de 1991, 20 de agosto de 1993 y 7 de junio de 1994.

1. Se cuestiona si es o no escribible la cláusula estatutaria según la cual para el supuesto de que se ejercite el derecho preferente de compra que se atribuye a la sociedad y a los accionistas en caso de que alguno de ellos pretenda enajenar sus acciones, el precio de éstas no podrá ser inferior al correspondiente valor teórico contable que resulte del último balance consolidado.

2. Según la nota de calificación, dicha disposición estatutaria establece un sistema de valoración de las acciones que no puede considerarse objetivo

conforme a los artículos 1.256, 1.445 y 1.449 del Código Civil. Y en su decisión añade el Registrador que la restricción cuestionada, al remitirse al valor que resulte del «balance consolidado», impide al accionista obtener el valor real de las acciones.

3. Es cierto que el derecho de la sociedad y de los socios a impedir el ingreso de nuevos miembros no deseados no puede ser reconocido en detrimento del no menos legítimo derecho del socio a obtener el valor real de las acciones que pretende enajenar, por lo que, según la doctrina de esta Dirección General (cfr. las resoluciones citadas en los vistos), no son inscribibles las cláusulas estatutarias que para el ejercicio del derecho de adquisición preferente fijen como precio el mero valor contable, sin tener en cuenta también la indudable relevancia económica de los elementos inmateriales como la clientela y las expectativas y, en general, el denominado fondo de comercio, así como la actualización de los valores de algunas partidas.

Debe advertirse, sin embargo, que la disposición estatutaria ahora cuestionada no adolece de tal vicio. Al establecer que el precio de las acciones no podrá ser menor al valor teórico contable, no puede objetarse que la restricción impida al accionista obtener el valor real de las acciones (v. art. 123.6 RRM). El tenor de la cláusula carece de la deseable claridad, pues más que fijar el precio por el que se podrá ejercitar el derecho de adquisición preferente previene únicamente ese límite mínimo. Pero dada la necesaria concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota del Registrador (art. 68 RRM), debe concluirse que si se interpreta aquella disposición de los Estatutos en el sentido más adecuado para que produzca efecto (art. 1.284 CC) y de acuerdo con la propia configuración dada por las partes al derecho de adquisición preferente, lo que significa es que a pesar de que el socio haya manifestado su decisión de enajenar sus acciones por un precio inferior al que corresponda al valor teórico contable que resulte del balance consolidado no se podrá ejercitar aquel derecho de adquisición por dicho precio, sino por el superior que resulte de aplicar el límite mínimo constituido por ese valor contable (cfr. para un supuesto idéntico la Resolución de 20 de agosto de 1993).

Del contenido de la cláusula controvertida resulta que —a diferencia del supuesto de la Resolución de 15 de noviembre de 1991— no se atribuye a la propia sociedad el cometido de fijar el precio al que haya de sujetarse el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Y, por otra parte, aunque no puede desconocerse que el mero valor contable no se corresponde necesariamente con el valor real de las acciones, en el presente caso la fijación de un precio mínimo no equivale, según ha quedado expuesto, a la imposición al socio que desee enajenar sus acciones de un valor que no satisfaga la exigencia de esta objetividad.

Esta Dirección General ha acordado admitir el recurso, según los fundamentos de Derecho que antecede, revocando la decisión y la nota del Registrador.

Madrid, 30 de junio de 1994.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

RESOLUCION de 2 de febrero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Macario Sánchez Peláez, en nombre de la «Saher, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil número 13 de Madrid a inscribir una escritura de modificación de Estatutos sociales

En el recurso gubernativo interpuesto por don Macario Sánchez Peláez, en nombre de la «Saher, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil número 13 de Madrid a inscribir una escritura de modificación de Estatutos sociales.

Hechos.—I. El día 8 de junio de 1993, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don Alberto Ballarín Marcial, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la Junta general de la sociedad «Saher, Sociedad Anónima», en reunión de fecha 13 de noviembre de 1992, referentes a la modificación de los artículos 5 y 9 de los Estatutos sociales. Dichos artículos han quedado redactados de la siguiente forma: «Artículo 5. El capital de la sociedad se fija en 10.000.000 de pesetas, dividido en 2 000 acciones representadas por títulos, que podrán ser múltiples nominativas de 5.000 pesetas nominales cada una, numeradas correlativamente a partir del uno, totalmente suscrito y desembolsado su importe.» «Artículo 9. Transmisión de las acciones. a) El valor de las acciones se determinará por las partes de común acuerdo y, a falta de éste, el valor o precio de las acciones será el que resulte del valor que les corresponda según el balance inmediato anterior.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada de la siguiente forma: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 182 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica Defectos: Acompáñese acta notarial a que se refiere la certificación acreditativa de las deliberaciones y acuerdos de la Junta (arts. 101 y sigs. RRM). Artículo 9, letra A). El precio de las acciones debe ser el valor real (art. 123.6 RRM). En el plazo de dos meses, a contar de esta fecha, se puede interponer recurso gubernativo, de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 13 de septiembre de 1993 —El Registrador, José María Méndez Castrillón.»

III. Don Macario Sánchez Peláez, en representación de la entidad mercantil «Saher, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra el segundo defecto de la anterior calificación, y alegó: 1. Que al indicarse por el señor Registrador que el precio de las acciones debe ser el valor real, según lo establecido en el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, surge una colisión de leyes, debiendo entrar a funcionar los principios de jerarquía normativa y de legalidad. En efecto, el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas, al tratar de las restricciones a la libre transmisibilidad, no establece que el valor de las acciones debe ser el real; dicho artículo lo que pretende es evitar que existan cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción, lo que no ocurre en el caso que se estudia. La citada Ley, en su artículo 64, regula supuestos especiales, entre los que sólo hay dos excepciones, en donde preceptivamente debe considerarse el valor real, y, por tanto, no contemplándose ninguno de estos casos en el apartado a) del ar-

título 9 de los Estatutos sociales, debe considerarse válido el acuerdo adoptado por la Junta general de accionistas, y el valor, en caso de discrepancia entre socios, será el del último balance aprobado. 2. El artículo 48.1.b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, considera como valor en la transmisión de los valores no admitidos a negociación en los mercados el mayor del teórico resultante del último balance aprobado o el que resulte de capitalizar al tipo del 12,5 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo. La Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, en su artículo 16.1, la valoración se realizará por el valor teórico resultante del último balance aprobado, siempre que éste haya sido sometido a revisión por auditores de cuentas. En caso que no hubiese sido auditado, la valoración se realizará por el mayor valor de los tres siguientes: El valor nominal, el valor teórico del último balance aprobado o el que resulte de capitalizar al tipo del 12,5 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto. 3. Que si el legislador hubiera querido que en todos los casos de transmisiones de las acciones se estuviera al valor real, así lo hubiera establecido y hubiera omitido el artículo 64 de la Ley, regulando los casos excepcionales. El artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil contradice a los establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas al ampliarse a supuestos no contemplados en el artículo 64 de dicha Ley, impidiendo los acuerdos soberanos adoptados por la Junta general de accionistas que desean el valor de las acciones, en caso de transmisión *inter vivos*, fuera de los supuestos del artículo 64, se esté al establecido en el último balance aprobado. Que al aplicarse en el presente supuesto el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil se contradice el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas. En este punto hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Que el principio de legalidad viene regulado en el artículo 9.3 de la Constitución española. En este punto hay que traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984. La aplicación del artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil quebranta el principio de legalidad. 4. Que habiendo sido objeto de impugnación judicial por un accionista determinados acuerdos de la Junta general de accionistas, de fecha 13 de noviembre de 1992, entre ellos el de la valoración de las acciones, solicitándose que se valoraran por el valor real, por el Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Madrid, en autos número 1.103/1992, se dictó sentencia desestimando la impugnación del accionista y, en consecuencia, dando por válido el acuerdo de la Junta general de accionistas, que acordó valorar las acciones por el valor del último balance. Por tanto, existe una contradicción entre la resolución dictada por el señor Registrador y la sentencia antes mencionada.

IV. El Registrador Mercantil número 13 de Madrid acordó no haber lugar a la reforma de la nota de calificación solicitada, e informó. Que el Registrador Mercantil no es órgano competente para resolver sobre la ilegalidad de un precepto reglamentario en tanto no sea jurisdiccionalmente declarada la ilegalidad, y que el artículo 123 del Reglamento del Registro Mercantil forma parte del ordenamiento jurídico y, por tanto, goza de presunción de legalidad y ha de ser aplicado (art. 9 de la Constitución). Que se considera que no hay contradicción alguna entre el citado artículo 123 y el artículo 63 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, sino que, al contrario, el pre-

cepto reglamentario desarrolla lo dispuesto en la norma legal, en concordancia con todas aquellas otras de la Ley de Sociedades Anónimas que tienen por objeto hacer efectivo el principio de la participación real del socio en el patrimonio de la sociedad (arts. 38, 47, 64, 156, 157 y 159 TR). Que la cuestión planteada ya ha sido resuelta en las Resoluciones de 27 de abril y 6 de junio de 1990, 15 de noviembre de 1991 y 20 de agosto de 1993, en el sentido que se manifiesta en la nota de calificación. Que lo declarado en dichas resoluciones es doctrina incontrovertida y reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que a los fundamentos doctrinales de dichas resoluciones no puede oponerse lo dicho en una sentencia de primera instancia cuya firmeza no consta y cuya presentación mediante fotocopia junto al escrito de recurso ha de rechazarse por extemporánea (art. 69, párrafo 2.º, RRM), aparte de lo previsto en el artículo 66, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria.

V. El recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo manteniéndose en sus alegaciones, y añadió Que los artículos 38, 47, 64, 156, 157 y 159 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, citados por el señor Registrador, no prohíben que la Junta general de accionistas pueda establecer el precio de las acciones, en caso de transmisión, por su valor contable. Cuando las acciones no se transmiten en Bolsa surge un impedimento reglamentario no admitido por la Ley de Sociedades Anónimas, creándose un verdadero agravio comparativo con las que se transmiten en Bolsa, lo que conlleva una discriminación legal que puede quebrantar el principio constitucional de igualdad, protegido por el artículo 14 de la Constitución española. Que la Resolución de 20 de agosto de 1993, en su primer fundamento, en relación con la interpretación del artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, recoge como límite mínimo el del valor teórico contable, y, por tanto, se considera que el artículo 9, apartado a), de los Estatutos sociales no se contradice con la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y 123 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de 27 de abril y 6 de junio de 1990, 15 de noviembre de 1991 y 20 de agosto de 1993.

1. El único de los defectos que es objeto de impugnación en el presente recurso plantea la cuestión de si es o no admisible la cláusula estatutaria que establece un derecho de adquisición preferente a favor de los socios y de la sociedad para el caso de transmisión de acciones, las cuales se valorarán, según la letra a) del artículo 9.º, de la siguiente forma. «El valor de las acciones se determinará por las partes de común acuerdo y, a falta de éste, el valor o precio de las acciones será el que resulte del valor que les corresponde, según el balance inmediato anterior».

2. Para resolver esta cuestión no pueden ser tenidos en cuenta documentos que no han sido debidamente presentados al Registrador Mercantil para su calificación, por lo que no ha de tomarse en consideración la sentencia a la que alude el recurrente, la cual (sin perjuicio de la actuación que en su día se realice por el Registrador, arts. 66 LH, 101 y 132 de su Reglamento y 66 RRM) tampoco ofrece argumentos sobre el fondo del tema en cuanto que

reconoce que con el sistema establecido no se perjudica al interés social, pero eventualmente sí puede resultar perjudicado el accionista que vende.

3. Como ya se ha señalado por esta Dirección General, el derecho de la sociedad y de los socios a impedir la entrada de nuevos miembros no deseados no puede producirse en detrimento del no menos legítimo derecho del socio que pretende desprenderse de su condición a obtener el valor real de su participación social, debiendo rechazarse todos aquellos sistemas de tasación que no respondan de modo patente e inequívoco a las exigencias legales de imparcialidad y objetividad y garanticen debidamente la adecuación de sus resultados al verdadero valor del bien justipreciado, exigencias éstas que no pueden entenderse satisfechas por una cláusula como la debatida habida cuenta de las eventuales repercusiones cuantitativas de ciertos elementos inmateriales generalmente no contabilizados, así como la posible falta de actualización de los valores de algunas partidas.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, que procede desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

Madrid, 2 de febrero de 1995.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

RESOLUCION de 4 de julio de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Bilbao don Manuel López Pardiñas contra la negativa del Registrador Mercantil de Navarra a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Bilbao don Manuel López Pardiñas contra la negativa del Registrador Mercantil de Navarra a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos —I. El día 7 de septiembre de 1993, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Bilbao don Manuel López Pardiñas, se constituyó la compañía mercantil «Valdecantar, Sociedad Limitada». En los Estatutos de dicha sociedad se establece «Artículo 7. No actuará limitación alguna a la transmisión de participaciones sociales, en los casos de enajenación *inter vivos* a título gratuito o *mortis causa*, cuando el adquirente sea cónyuge, descendiente o ascendiente del transmitente o causante. Tampoco habrá limitación alguna con las adjudicaciones, por cualquier causa, en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales o cualquier otra comunidad económico-matrimonial. En los demás supuestos la transmisión de participaciones quedará sujeta, a favor de los demás socios, a los derechos de adquisición preferente o tanteo, de recuperación de participaciones sociales o retracto y de readquisición preferente, que actuarán de modo alternativo, en las condiciones previstas en este artículo A) Derecho de adquisición preferente o tanteo. El derecho de adquisición preferente o tanteo se registrará por las normas siguientes: ... 5. El pago del precio al socio enajenante se hará al tiempo de

formalizarse la enajenación y al contado si el número de participaciones sociales que se proponga vender sea inferior a 2.000. En otro caso recibirá el transmitente el 20 por 100 del valor real que resulte para toda la enajenación, que estará depositado en poder del órgano de administración de la sociedad, y por el resto cada socio que ejercite el derecho podrá acogerse a un aplazamiento de pago hasta el plazo máximo de un año, a contar de la fecha en que se formalice la enajenación. En caso de aplazamiento se pagarán intereses a razón del tipo convenido y, a falta de acuerdo, al tipo medio que resulte de que los tres primeros bancos nacionales, por depósitos de pasivo apliquen, en la fecha de que se trate, a los préstamos a un año. Si los socios no desearan adquirir las participaciones sociales a enajenar o no desean adquirir la totalidad de las mismas, la propia sociedad, en un último plazo de diez días, podrá adquirir la totalidad de las que aquéllos no deseen en idénticas condiciones de contraprestación a las señaladas y con exacto cumplimiento de las normas legales. El derecho de adquisición preferente regulado en este artículo estatutario únicamente podrá ejercitarse respecto a todas las participaciones sociales que el socio se propone enajenar. Si transcurriesen todos los plazos previstos para el ejercicio del derecho de adquisición preferente sin que ningún socio ni la sociedad manifiesten su propósito de ejercitarlo o cuando por acuerdo unánime de todos ellos se renunciase al mismo, el socio de que se trate quedará en libertad de consumir la enajenación propuesta, pero habrá de hacerlo en el plazo máximo de seis meses a contar desde el momento en que, por una causa u otra, haya decaído el derecho de adquisición preferente. Si transcurriese ese plazo sin que consume la enajenación, habrá de reiniciarse todo el procedimiento previsto en este artículo... Artículo 11 Podrán asistir a las Juntas generales todos los socios que figuren inscritos en el libro registro de participaciones sociales con cinco días de antelación a aquel en que la Junta va a celebrarse. Todo socio podrá hacerse representar en las Juntas por otra persona, sea o no socio, mediante delegación escrita y especial, dirigida al órgano de administración de la sociedad. No obstante, será válida la delegación general para el ejercicio del voto concedida por escrito a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio. La Junta general será presidida por el Administrador único de la sociedad, designando la Junta general, si lo considera procedente, un Secretario para que le asista. Todo ello se entiende sin perjuicio de las facultades que asisten a la propia Junta general para designar el socio que haya de presidirlas y la persona que haya de actuar como Secretario. El acta de la Junta podrá ser aprobada por la propia Junta a continuación de haberse celebrado ésta y en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el Presidente y dos Interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría. El acta aprobada por cualquiera de estas dos formas tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación. El órgano de administración podrá requerir la presencia de Notario para que levante acta de la Junta y estará obligado a hacerlo siempre que con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la Junta lo soliciten los socios que representen, al menos, el 10 por 100 del capital social. El acta notarial tendrá la consideración de acta de la Junta. Los acuerdos adoptados en la Junta general se acreditarán mediante certificaciones expedidas por el órgano de administración de la sociedad...»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Navarra, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con

los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impide/n su práctica. 1. Artículo 7.a).5 de los Estatutos. No cabe establecer en los Estatutos sociales aplazamientos en el pago del precio de las participaciones sociales (RDGRN 20 agosto 1993). 2. Artículo 11 de los Estatutos. Es contrario a los artículos 15 final de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 114.1 de la Ley de Sociedades Anónimas. Pamplona, a 23 de febrero de 1994.—El Registrador, *Joaquín Rodríguez Hernández*».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que en cuanto al primer defecto de la nota de calificación. Que el caso contemplado por la resolución alegada por el señor Registrador era de una sociedad anónima, mientras que en este caso se trata de una sociedad limitada, y tal diferencia no es irrelevante. En efecto, uno de los rasgos diferenciales entre uno y otro tipo societario consiste precisamente en la mayor o menor facilidad para la transmisión de la acción o participación social, respectivamente. En la sociedad limitada merece mayor consideración que en la anónima la idea de evitar en lo posible la entrada de terceros extraños al contrato social y, por ello, parece congruente una previsión estatutaria como la discutida, que facilita al socio el pago de las participaciones adquiridas en virtud de ejercicio del derecho de adquisición preferente. Que la Resolución de 20 de agosto de 1993 no invoca en contra de la cláusula precepto legal alguno sino lo que son consideraciones de oportunidad y prudencia dignas de tener en cuenta, pero que debe legítimamente entender que no han de prevalecer sobre la autonomía de la voluntad de las partes. 2.º En lo que respecta al segundo defecto de la nota de calificación. Que el referido defecto lleva a la debatida aplicabilidad de los preceptos de sociedades anónimas a las sociedades de responsabilidad limitada, que aquí encuentra apoyo en la previsión del artículo 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que no cabe una mecánica aplicación de los criterios de las sociedades anónimas a las limitadas y en virtud del juego de la voluntad constitutiva de los socios, recogida en el artículo 7.10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, fijar un porcentaje mayor y evitar así una posible continua obstaculización de la vida social».

IV. El Registrador Mercantil de Navarra decidió mantener íntegramente la calificación practicada a la escritura de referencia, e informó: «A) En cuanto al primer defecto atribuido a la escritura: Que la aplicación de la Resolución de 20 de agosto de 1993 a las sociedades limitadas procede en base a lo siguiente: 1. Que la razón por la que la Dirección General no admite cláusula debatida como norma estatutaria es que dicha cláusula tiene eficacia *erga omnes* y vincula a futuros socios que no han intervenido en su redacción. 2. Que tal eficacia *erga omnes* tiene el pacto estatutario debatido en una sociedad anónima como en una sociedad limitada. 3. Que no hay razón ni finalidad en la que basar que se dé menor protección a los futuros adquirentes de participaciones sociales que a los futuros adquirentes de acciones. 4. Que tan tercero necesitado de protección es el socio en la sociedad anónima como en la limitada, y 5. Que para admitir la cláusula debatida en una sociedad limitada no cabe acudir al respecto de la autonomía de la voluntad. Una norma idéntica a la contenida en el artículo 7, párrafo 10, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se encuentra para las sociedades anónimas en los artículos 10 de la Ley de Sociedades Anónimas y 115.2 del

Reglamento del Registro Mercantil. Que en cuanto a la aplicabilidad temporal de la Resolución de 20 de agosto de 1993 a la escritura calificada no se alega la existencia de norma legal o criterio jurisprudencial en virtud de los cuales dicha resolución no sea aplicable al caso en cuestión, y B) En lo que se refiere al segundo defecto atribuido a la escritura: Que al no existir hoy una cifra máxima de capital social para las sociedades limitadas no cabe establecer una distinción entre sociedades anónimas y limitadas sobre la base del importe de capital social, ni lo que el 1 por 100 del mismo puede suponer en términos absolutos. Que la reforma mercantil que entró en vigor el 1 de enero de 1990 tiene como uno de los principios básicos el de la protección del socio minoritario. Esto impide que se eleven los porcentajes establecidos por la Ley, que constituyen mínimos inderogables. Que la remisión del párrafo final del artículo 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es clara en su contenido y que el artículo 7, párrafo 10, de dicha Ley no debe convertirse en un medio de eliminar las remisiones establecidas con carácter imperativo por la propia Ley. Que la misma interpretación que se defiende es la que se desprende de la regulación contenida en los artículos 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, aplicable a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Que el artículo 104.1 del citado Reglamento hace referencia a la anotación preventiva de solicitud de levantamiento de acta notarial a instancia de los interesados por la minoría prevista en la Ley; por tanto, debe concluirse que la única minoría prevista en la Ley es la del artículo 114.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, que no puede ser modificada por pacto estatutario y rige tanto para las sociedades anónimas como para las limitadas».

V. El Notario autorizante se alzó contra la anterior decisión, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: «1. En lo referente al punto primero de la nota de calificación hay que señalar que la Resolución de 30 de agosto de 1993 contempla el caso respecto a una sociedad anónima y debe ponerse de manifiesto que ninguno de los argumentos aducidos por el Registrador desvirtúan los alegados por esta parte. En efecto, el componente personalista pesa en la sociedad limitada mucho más que en la sociedad anónima, netamente capitalista. De ello cabe deducir la validez de un pacto estatutario como el controvertido, que en la práctica lo que hace es facilitar el mantenimiento del círculo de socios y evitar la entrada de terceros extraños. Por ello, tal pacto puede resultar contrario al esquema de la sociedad anónima y perfectamente conciliable con el de la limitada, y 2.º En cuanto al segundo punto de la nota de calificación, se considera que los artículos 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 114.1 de la Ley de Sociedades Anónimas se refieren a la regulación de la Junta general, pero no al abastecimiento de los derechos de los socios, o sea, al estatuto de la condición de socio, estatuto netamente diferenciado en una y otra sociedad. Muestra de ello lo constituye la expresa mención que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hace en ese campo de los derechos del socio en cuanto al derecho de impugnación de los acuerdos sociales. Que es cierto que se ha suprimido el límite en la cifra de capital social, pero es cierto que se ha mantenido el límite del número de socios, de lo que se registrará lógicamente, en la práctica, una mayor facilidad para conseguir alcanzar un porcentaje de capital social a los efectos de instar la intervención notarial. Que parece prudente y amparable por el mayor margen en las sociedades limitadas de la autonomía de la voluntad fijar un porcentaje más elevado que la sociedad anónima, y así lo entiende también nues-

tro legislador en el proyecto de Ley de Sociedades Limitadas. Que finalmente debe tenerse presente que el porcentaje requerido en los Estatutos causa del recurso no es caprichoso, sino que repite el fijado por la propia Ley a los efectos de instar la convocatoria de la propia Junta.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 15 y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, 114.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 174.11 y 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, y las Resoluciones de 27 de abril y 6 de junio de 1990, de 15 de noviembre de 1991, de 20 de agosto de 1993, 7 y 30 de junio de 1994 y 2 de febrero de 1995.

1. En relación con el primer defecto incluido en la nota de calificación se cuestiona si es o no inscribible la cláusula estatutaria según la cual para el supuesto de que se ejercite el derecho de adquisición preferente que se atribuye a los socios y a la sociedad en caso de transmisión de participaciones sociales se establece un aplazamiento del pago del precio de éstas por un año como máximo, con devengo de intereses al tipo convenido y, a falta de acuerdo sobre éste, el tipo medio que resulte del que los tres primeros bancos nacionales apliquen a préstamos a un año.

A juicio del Registrador, no cabe establecer en los Estatutos aplazamientos en el pago del precio de las participaciones sociales por aplicación de la doctrina de la Resolución de 20 de agosto de 1993

2. El derecho de la sociedad y de los socios a impedir el ingreso en ella de nuevos miembros no puede ser reconocido en detrimento del no menos legítimo derecho del socio a obtener el valor real de las participaciones que pretende enajenar, por lo que, según el artículo 123.6 —al que se remite el art. 174.11— del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, no son inscribibles las restricciones estatutarias que impidan al socio obtener dicho valor real. Esta norma reglamentaria únicamente veda el acceso registral a todas aquellas cláusulas estatutarias cuyo contenido constituya una dificultad objetiva que de modo prácticamente insalvable priven al socio del valor real de sus participaciones.

En los casos en que la cantidad aplazada devenga intereses a un tipo notoriamente inferior al usual o de mercado se impide al socio percibir el valor real de sus participaciones (así, para supuestos de transmisión *mortis causa* de participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada, SSTs de 5 de marzo y de 5 de octubre de 1984) Por ello, como señala la Resolución de 20 de agosto de 1993, una disposición así únicamente puede ser pactada por las partes en cada caso concreto en el ámbito de la autonomía de la voluntad del artículo 1 255 del Código Civil, y no puede constituir contenido de normas de eficacia *erga omnes* como son las estatutarias (debe advertirse además que en la fijación de los intereses de mercado se toma en consideración el riesgo que implica la dilación del pago, y de ahí la referencia a este riesgo que hace la mencionada Resolución).

Desde el punto de vista cuantitativo, ningún reparo cabe oponer a la cláusula cuestionada en el presente recurso. Sin embargo, debe ahora elucidarse si es compatible con un pretendido derecho del socio a la obtención inmediata del valor real de sus participaciones. Es cierto que en vía de principio el socio

tiene derecho al reembolso de sus participaciones en el momento mismo en que deja de ostentar tal condición (cfr. respecto del reembolso del valor de la participación del socio excluido el art. 175.2 RRM). Pero es igualmente cierto que una aplicación excesivamente rigurosa de este principio puede dejar desprovisto el interés social a que responde la limitación legal y estatutaria de la transmisibilidad de las participaciones sociales (así podrá ocurrir en los casos en los cuales sea cuantioso el número de participaciones por adquirir —cfr. el art. 123.5 del citado Reglamento que impide un ejercicio parcial impuesto al socio del derecho de adquisición preferente— e insuficiente la liquidez de los titulares del derecho de preferencia). Por ello, y siempre que no exista una norma legal que imponga el pago al contado (cfr. para las transmisiones *mortis causa* el art. 32.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de SRL, que por razón de su fecha no es de aplicación al presente caso), no deben ser rechazadas aquellas cláusulas de aplazamiento que resulten compatibles con la razonable composición de ambos intereses (cfr. art. 225 CCom), como sucede con la ahora cuestionada, que se refiere al caso de que el número de participaciones que se pretenda vender sea superior a 2.000 (debe advertirse que el capital social, en este momento fundacional, está dividido en 500 participaciones), afecta únicamente al 80 por 100 del precio y no podrá exceder de un año. Ténganse en cuenta además las especiales características del tipo social de la limitada, así como el amplio margen que en su regulación se confiere a la autonomía de la voluntad.

3. Según el segundo de los defectos, el Registrador deniega la inscripción de la disposición estatutaria que condiciona la obligación del órgano de administración de requerir la presencia de Notario para que levante acta de la Junta general a la circunstancia de que ello sea solicitado por socios que representen el 10 por 100 del capital social.

Esta objeción debe ser confirmada ya que la aplicación subsidiaria de las normas sobre la Junta general de accionistas a la Junta general de socios de sociedades de responsabilidad limitada se establece dejando a salvo únicamente lo previsto por la Ley reguladora de este tipo de sociedades (art. 15, párrafo 3.º). Habida cuenta de la falta de disposición específica sobre el acta notarial de la Junta, es plenamente aplicable la norma del artículo 114.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (cfr. también arts. 100-104 RRM de 1989), que al constituir uno de los denominados derechos de la minoría tiene carácter imperativo y por ello los Estatutos no pueden elevar el porcentaje legal del 1 por 100 del capital social.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, revocando la decisión y la nota del Registrador respecto del primer defecto, y desestimarlos, confirmando aquéllas, en relación al segundo defecto.

Madrid, 4 de julio de 1995 —El Director general, *Julio Burdiel Hernández*

Sr Registrador Mercantil de Navarra.

Comentario.—Las resoluciones que a continuación vamos a comentar se dividen netamente en dos grupos. Las de 7 y 30 de junio de 1994, y la de 2 de febrero de 1995, examinan una de las fórmulas más controvertidas de determinar el valor de las acciones en caso de ejercicio del derecho de preferente adquisición por los socios en las relaciones *inter vivos*. En la Resolución

de 4 de julio de 1995 el problema es si cabe, cuando se ejercita este derecho de preferente adquisición, aplazar en perjuicio del socio transmitente el pago del valor de las acciones

Como siempre en estos casos, conviene no perder de vista la redacción actual de la Ley de Sociedades Anónimas, sus diferencias con la antigua Ley, el uso de prácticas anteriores a la reforma mercantil y las cuestiones nuevas que se han suscitado en la jurisprudencia.

La posibilidad de establecer cláusulas restrictivas a la transmisión de acciones estaba reconocida por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 en su artículo 46. El texto de aquella norma no decía nada terminante sobre el valor que deberían alcanzar las acciones en caso de transmisión —entre otras cosas porque la distinción entre cláusulas de consentimiento y cláusulas de preferencia era de índole exclusivamente doctrinal—, y tampoco lo hacía el Reglamento del Registro Mercantil de 1956. No obstante, los autores que habían estudiado el caso se manifestaban rotundamente contra las cláusulas que intentaban obstaculizar las transmisiones penalizando económicamente al socio enajenante. JOAQUÍN GARRIGUES, en su comentario a la Ley, decía que «la doctrina rechaza, con razón, que pueda dejarse la determinación del precio al arbitrio de la sociedad, y se pronuncia contra la validez de las cláusulas que no establezcan normas para determinarle (PEDROL, *La anónima actual y la sindicación de acciones*); de otra parte, el precio convenido entre el accionista y el comprador no vincula a la sociedad porque, como indicamos, estas cláusulas no contienen un derecho de tanteo en sentido técnico jurídico» (1). GARRIGUES seguía diciendo que no hay ningún inconveniente en admitir las cláusulas que dejen la fijación del precio a una persona extraña a la sociedad y señalaba como aconsejable el sistema del artículo 20 de la entonces vigente Ley de Sociedades Limitadas. Y —esta es la parte que nos interesa— añadía que «también pueden establecer los estatutos otros sistemas de valoración atendiendo, por ejemplo, a la capitalización de los dividendos repartidos durante el último ejercicio al valor de los títulos según el último balance o a cualquier otro procedimiento que permita determinar con facilidad el valor que se vaya a dar a la acción en caso de venta». No obstante, este autor reconocía que estos métodos podían desembocar en la fijación de un precio no razonable y por ello decía que «cuando el criterio señalado en los estatutos imposibilite al accionista obtener por sus títulos un precio razonable, la cláusula podrá ser impugnada judicialmente»

En alguna jurisprudencia no muy antigua las cláusulas relativas a la fijación del precio de las acciones según balance estaban lejos de ser mal vistas. Lo que en aquel momento preocupaba más a los Registradores y a la Dirección General era que el sistema de determinación del precio fuese objetivo. Por eso la Resolución de 31 de octubre de 1986, ante una cláusula que encomendaba la fijación del precio a la Junta General de la Sociedad —Junta posterior a la anual ordinaria—, decía que «no se observa confusión alguna en cuanto a la forma de valorar las acciones a efectos de su posible cesión o venta ya que adopta un sistema objetivo en cuanto a la fijación de su precio al venir determinado por el valor según balance de la última Junta». Afirmación peligrosa ya que la cláusula no decía por ninguna parte que el valor

(1) GARRIGUES, JOAQUÍN, y URÍA, RODRIGO, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976.

habría de fijarse por referencia al balance, si bien el Notario recurrente aseguraba —y la Dirección recogió el argumento— que al fijarse este precio por una Junta General posterior a la ordinaria en que debían aprobarse las cuentas anuales, ya estaba la Junta especial informada en cuanto al valor de la acción. La Dirección, por otro lado, no creyó que la atribución a la Junta de esta facultad vulnerase el artículo 1.256 del Código Civil, pues en la cláusula no se establecía en favor de la sociedad derecho de adquisición preferente.

Es interesante, por el cambio de dirección que supuso, la Resolución de la Dirección General de 6 de junio de 1990; dictada bajo la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, pero que partía de un supuesto de hecho originado bajo la Ley de 1951. En aquella ocasión se trataba de una escritura en la que se establecía que en caso de que los accionistas ejercitaran su derecho de adquisición preferente podían optar por adquirir las acciones, bien por el precio comunicado por el transmitente o, en caso de discrepancia, por el precio que fijara como árbitro de equidad y por vía de actualización y corrección de valoraciones del último balance aprobado un profesional colegiado como Economista, Censor Jurado de Cuentas o Auditor de Contabilidad. El Registrador denegó la inscripción de la cláusula por no ser de aplicación a las ventas judiciales o administrativas las normas sobre derecho de adquisición preferente por los demás socios, especialmente en lo relativo a la determinación del valor de las acciones, lo que demuestra que encontraba la redacción perfectamente aceptable para las transmisiones *inter vivos*. En esta ocasión la Subdirección General de los Registros hizo una propuesta de resolución en la que, trascendiendo del ámbito en que se había producido la calificación registral —las ventas judiciales—, se dedicó a examinar si la cláusula permitía al accionista transmitente obtener el valor real de sus acciones y pretendió que el Director general refrendase con su firma el no a la cláusula en cuestión, con el siguiente argumento: «Resulta evidente que sólo permitirán obtener el verdadero valor de las acciones aquellos sistemas de tasación que tengan en cuenta los elementos inmateriales de la empresa como son las expectativas, la clientela y, en general, el denominado fondo de comercio, pues aunque tales elementos no figuran siempre en el balance, pueden llegar a alcanzar una indudable trascendencia económica, de modo que su no consideración podría determinar, y ordinariamente determinará, la obtención de un valor inferior al real de las acciones».

Mientras lo que preocupaba al Registrador era que en una enajenación judicial el retrayente pagase al rematante una cantidad inferior a la que éste hubiere satisfecho, a la Subdirección General le inquietaba el problema de si, en términos generales, esa cláusula permitía obtener al accionista transmitente —que en la nota del Registrador no aparecía más que como ejecutado— el valor real de sus acciones. Y aunque la Subdirección había iniciado la carrera en dirección equivocada, el Director general se precipitó detrás para desautorizarla, sin darse cuenta de que por allí no había —o el Registrador no había visto— problema alguno. Pues si bien el Director admitió en la resolución que firmó que hay elementos de indudable relevancia económica que no figuran en el balance, añadió que una interpretación correcta de la cláusula hecha como manda el artículo 1.284 del Código Civil para que produzca efectos, lleva a la conclusión de que la expresión «actualización y corrección de valoraciones del balance» debe incluir las operaciones relativas a la actualización de los elementos patrimoniales inscritos en el balance y también a la afloración del valor inherente a los elementos inmateriales no contabilizados, y especialmente del fondo de comercio.

La resolución podía ser incoherente ya que resolvía una cuestión distinta a la planteada en el recurso pero no dejaba lugar a dudas acerca de la validez de la cláusula si se la examinaba desde el punto de vista del derecho de accionista transmitente a obtener el valor real de sus acciones. Derecho éste que ningún precepto positivo le otorgaba —ni siquiera el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas— hasta que entró en vigor el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil y proclamó que «en ningún caso podrán inscribirse las cláusulas que impidan obtener al accionista el valor real de sus acciones».

Aunque la Ley de Sociedades Anónimas no hablaba en ningún caso de valor real en las restricciones a la transmisibilidad *inter vivos* de las acciones, sí lo hacía en otros preceptos. El artículo 64 para las transmisiones forzosas de acciones con cláusulas restrictivas por causa de muerte o en trámite de ejecución judicial o administrativa, y los artículos 147, 149 y 225 que regulaban algunos supuestos de derecho de separación de los socios, utilizaban exactamente esta expresión y encomendaban la determinación del citado valor real al auditor de cuentas de la sociedad o, si ésta no estuviera obligada a verificar su contabilidad, al auditor nombrado por el Registrador Mercantil.

SÁNCHEZ ANDRÉS ha señalado con acierto que el valor de la acción nunca puede ser uno solo ni tampoco cada uno de los posibles es trasladable *sic et simpliciter* a otros efectos. Por eso, dice el autor, lo que con cierto reduccionismo nuestra Ley califica como valor real de las acciones no suele coincidir con el nominal ni tampoco con el valor de Bolsa o de mercado, que se ve influido muchas veces por factores ocasionales o de coyuntura. Ese valor real es, por tanto y siempre, un concepto a establecer *per relationem* con relación a la concreta finalidad que en cada caso determine cada valoración; y por eso, siempre según SÁNCHEZ ANDRÉS, hay que distinguir las valoraciones impuestas por la Ley en interés de los socios de las impuestas en garantía del capital. Y ni siquiera las valoraciones pertenecientes a un mismo grupo son de naturaleza homogénea ya que, en unos casos, el objeto directo de la valoración será la acción misma y, en otros, habrá de valorarse la propia sociedad (2).

En junio de 1994, fecha en que se dictaron las dos primeras resoluciones que ahora comentamos, había ya algunos indicios de lo que se pensaba en la Dirección General de los Registros sobre este problema. De una parte, estaba la Resolución de 6 de junio de 1990, que con gran benevolencia estimaba que la fórmula «corrección y actualización del valor» comprendía también la valoración de los elementos inmateriales no contabilizados en el balance y del fondo de comercio, y de otra, la de 27 de abril del mismo año, que aunque se centraba en el examen de los efectos patrimoniales que sobre los rematantes podía suponer el ejercicio del derecho de adquisición preferente en las transmisiones forzosas, no dejaba de advertir que «el valor contable es distinto del valor real, pues en aquel no tienen relevancia argumentos elementales inmateriales como la clientela, las expectativas y, en general, el fondo de comercio».

¿De dónde surgía esta aparente contradicción entre dos resoluciones dictadas con menos de dos meses de diferencia? Tan peligroso como leer sólo los titulares de los diarios para enterarse de lo que sucede es estudiar las resolucio-

(2) SÁNCHEZ ANDRÉS, ANÍBAL, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Tomo IV: *Las acciones*, Cívitas, Madrid, 1994.

nes por el final, perdiendo de vista el supuesto de hecho. No era lo mismo el caso de la Resolución de 6 de junio que antes comentamos extensamente, que el resuelto por la de 27 de abril, en la que se hablaba exclusivamente del «valor neto contable de las acciones según balance», sin añadiduras ni correcciones. En otra Resolución de 15 de noviembre de 1991 el supuesto era también muy distinto. Se trataba de un caso en que el valor de las acciones a efectos de transmisión era fijado por la Junta General de la Sociedad de un año para otro, cuando se produjese la aprobación del balance y cuentas, al precio que resultase de éstas. El Centro Directivo, con criterio distinto al de la Resolución de 31 de octubre de 1986, rechazó la cláusula, ya que, según declaró, ni el mero valor contable se corresponde con el valor real de las participaciones, ni el sistema de valoración tenía en cuenta las variaciones que podían producirse entre el momento de la valoración y el de la transmisión. Y por último, concluía, tampoco puede desconocerse que la fijación del precio por la propia Junta General es inadmisibles, tanto en los casos en que sea la propia sociedad la que ejerza el tanteo —por vulnerarse los arts. 1.256 y 1.449 CC— como en aquellos en los que el ejercicio del derecho corresponda a los demás socios, pues la determinación del precio queda encomendada a un acuerdo mayoritario de los socios, en cuya adopción puede haber intervenido de manera decisiva tanto la parte compradora como la vendedora.

Nada hay que objetar al último argumento de la Resolución, que la Dirección no pudo aplicar por no permitírsele el supuesto de hecho, de 31 de octubre de 1986. Más extraño es el empeño de la Dirección General en anunciar al mundo entero la doctrina de las diferencias entre el valor contable y el valor real especialmente en una sociedad como la limitada en la que el artículo 20 de la Ley de 1953 no hablaba para nada de él. Es más, si leemos ahora los comentarios de PELLETIER a la citada Ley de Sociedades Limitadas nos encontramos con un párrafo tan rotundo como éste. «La evaluación pericial (del valor de las participaciones) no resuelve la cuestión por sí sola si antes no se determinan las bases sobre las que los peritos han de proceder al avalúo (valores contables, capitalización, tasación material, etc.). La adopción de uno u otro sistema puede dar lugar a diferencias de valoración verdaderamente grandes. El problema reside, pues, en la elección del método de valoración. Como la Ley no establece nada, será recomendable que los Estatutos concreten el procedimiento que ha de servir de base para el avalúo, bien entendido que su indeterminación puede dar lugar a las mayores sorpresas. DEBE HUIRSE DE TODA APRECIACION BASADA EN TASACION FISICA O VALOR MERCADO, YA QUE, TRAS SER EL METODO QUE MAS SE PRESTA A LA ARBITRARIEDAD, ESTA REÑIDO CON EL PRINCIPIO DE UNIDAD Y CONTINUIDAD ECONOMICA CARACTERISTICA DE LA EMPRESA. El procedimiento más extendido, y a la vez el más sencillo y recomendable, es el basado en el balance contable, aconsejando operar por razones de facilidad práctica sobre el últimamente aprobado. Su manifiesta falta de efectividad, casi siempre determinada por infravaloraciones de activo y por efecto de la depreciación monetaria, si bien en ocasiones puede llegar a motivar situaciones injustas, en otras puede considerarse más bien como una virtud encaminada a defender los intereses de la empresa» (3).

(3) PELLETIER, ALEJANDRO, *Interpretación práctica de la Ley de Sociedades Limitadas* Publicaciones Técnico Mercantiles, Madrid, 1978

La cita es larga pero necesaria para comprobar que en el ámbito de las sociedades limitadas —que la Reforma de 1989, salvo en cuestiones marginales, no alteró— no había ninguna norma sustantiva que reconociese al socio transmitente su derecho a obtener el valor real de las participaciones que enajenaba, y la práctica se inclinaba por establecer métodos de determinación del precio que situaran a éste lo más lejos posible del valor del mercado.

Pero si bien la Reforma legislativa de 1989 no profundizó en esta cuestión, sí lo hizo, y de manera tan radical como discutible, la reforma reglamentaria (4). El artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, que antes hemos citado, extendió su influencia al ámbito de las sociedades limitadas por obra y gracia del artículo 174.11 del mismo texto. Y esto explica, al menos en parte, la nota del Registrador que dio lugar a la Resolución de la Dirección General de 7 de junio de 1994.

Después de transformarse una sociedad anónima en limitada, se decía en los Estatutos de ésta que para el caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente «el valor de la participación será determinado por el cedente, y en caso de discrepancia será fijado por tres peritos de acuerdo con el balance de la sociedad, nombrados uno por cada parte y un tercero de común acuerdo, o si éste no se lograra, por el Juez». El Registrador denegó la inscripción de la cláusula por entender que ese valor no coincidía con el valor real exigible dada la remisión que hacía el artículo 174.11 del Reglamento del Registro Mercantil al artículo 123.6 del mismo Reglamento, y citó la Resolución de 15 de noviembre de 1991. El recurrente, entre otras cosas, dijo —y dijo con razón— que el supuesto resuelto por la mencionada Resolución era completamente distinto al de este recurso. Pero la cláusula era tan sencilla, tan poco susceptible de ser interpretada, que la Dirección no pudo perfilar bien una doctrina que ha ido simplificándose en exceso desde la matizada Resolución de 6 de junio de 1990. Si en aquella ocasión entendía que una interpretación propicia para salvar la validez de una cláusula debía incluir, además de la revalorización de los elementos patrimoniales inscritos en el balance, también la valoración de los elementos inmateriales no contabilizados y del fondo de comercio, ¿no cabe en algún supuesto de valoración de acciones o participaciones presumir lo mismo? Pensemos en algunas cláusulas que encomiendan la determinación del valor de las acciones al auditor de cuentas de la sociedad, o en su defecto al nombrado por el Registrador Mercantil, y que consideran valor real «el que resulte del balance real y objetivo de la sociedad, con inclusión de los elementos inmateriales del activo y la actualización a valor real de las partidas del activo y del pasivo» (5).

Lo cierto es que, como la cláusula no daba pie para ello, la Dirección General prefirió dejarse de sutilezas y despacharla en dos escuetos párrafos, remitiéndose a las resoluciones citadas en los vistos a las que antes nos hemos referido y que, como se recordará, o bien se referían a supuestos heterogéneos

(4) No está de más recordar lo que escribía DE CASTRO en su *Derecho Civil de España*: «Los Reglamentos no establecen ni definen sus derechos, sino solamente fijan las reglas para su aplicación y cumplimiento de los declarados por la Ley a que los mismos se refieren, y como por su naturaleza adjetiva la califican, con ella deben ser también aplicados».

(5) Este ejemplo está tomado de unos estatutos extensos y farragosos que utilizan algunas Notarías vizcainas

(RR. de 27 abril de 1990, 15 de noviembre de 1991 y 20 de agosto de 1993), o mantenían una doctrina diferente (R. de 6 de junio de 1990).

En la Resolución de 30 de junio de 1994, aunque el Notario autorizante de la escritura era el mismo, la redacción de la cláusula variaba radicalmente. Para los supuestos de ejercicio de derecho de adquisición preferente en caso de transmisión de acciones se decía que «el precio no podrá ser menor al correspondiente al valor teórico contable que resulte del balance consolidado. Dicho valor teórico vendrá determinado por el resultado de dividir la cifra de capital más reservas más remanentes que figuren en dicho balance por el número de acciones que tuvieran emitidas y en circulación la sociedad».

El Registrador puso como defecto a este artículo estatutario y que el sistema de valoración de acciones no era objetivo, y citó los artículos 1.256, 1.445 y 1.449 del Código Civil y la Resolución de 15 de noviembre de 1991. Lo que no señaló, y tampoco hizo el representante de la sociedad en ninguno de sus dos recursos, de reforma y de alzada, es que ese precepto estatutario, en lugar de señalar el valor de las acciones, fijaba tan sólo el mínimo que el accionista enajenante debía percibir. La Dirección General, en cambio, sí se dio cuenta de ello y por esta razón, después de reiterar su ya clásica doctrina sobre las diferencias entre el valor real y el valor contable, dijo que «la disposición estatutaria ahora cuestionada no adolece de tal vicio». Al señalarse un precio mínimo, seguía diciendo, no puede objetarse que la restricción impida al accionista obtener el valor real de las acciones. Lo que sí podía achacarse a esta disposición estatutaria era que carecía de la deseable claridad, pues no fijaba la forma en que había de determinarse el valor de las acciones, pero dada la necesaria concreción del recurso a las cuestiones planteadas por el Registrador en su nota —aquí la Dirección fue más escrupulosa que en la Resolución de 6 de junio de 1990— e interpretada la cláusula en el sentido más favorable para que produzca efecto, lo que quería decir era que «a pesar de que el socio haya manifestado su decisión de enajenar sus acciones por un precio inferior al que corresponda al valor teórico contable no se podrá ejercitar aquel derecho de adquisición por dicho precio sino por el que resulte de aplicar el límite mínimo constituido por ese valor contable».

Esta Resolución es una muestra más de la afición de nuestra Dirección General a interpretar, lo permita el caso o no, el sentido de algunas normas estatutarias y a extraer de ellas consecuencias y resultados a veces ni imaginados por los que las redactaron. Como ha señalado aquí NOEMÍ MUÑOZ MARTÍN en su comentario a la Resolución de 20 de agosto de 1993 —igual, en este extremo, a la que ahora comentamos—, si bien es verdad que esta cláusula no impide la obtención del valor real de la acción, sí permite su valoración por debajo de éste al establecerse como valor mínimo el valor contable de las acciones (6). Los estatutos están garantizando un precio mínimo pero posible y la interpretación que hace la Dirección cuando dice que esta cláusula «significa» que el socio no podrá ejercitar el derecho de adquisición preferente por ese precio sino por el superior que resulte es, según la citada profesora, simplemente inadmisibles.

Con la Resolución de 2 de febrero de 1995 volvemos a un supuesto de hecho muy elemental en el que la cláusula se limitaba a decir que el valor de

(6) NOEMÍ MARTÍN MUÑOZ, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, año II, 1994, núm. 3.

las acciones, a falta de acuerdo, sería el que resultase del balance inmediato anterior. No había cuestión de actualizaciones implícitas o explícitas, ni de precios o valores mínimos. La diferencia más importante con los otros casos examinados es que en esta ocasión el recurrente trajo a colación la legalidad o, por decirlo más suavemente, la oportunidad de la norma contenida en el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil y aportó además una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 24 de Madrid en la que se declaraba la validez del acuerdo de la Junta General que acordó valorar las acciones según el último balance. Como es natural, ni el Registrador ni la Dirección General se prestaron a este peligroso juego; el primero alegando que no es el Registrador el órgano competente para decidir sobre la ilegalidad de un precepto reglamentario, y la segunda recordando que no pueden ser tenidos en cuenta documentos no presentados al Registrador Mercantil para su calificación como la referida sentencia. Y añadiendo además que la sentencia no ofrece argumentos sobre el fondo del tema en cuanto que reconoce que con el sistema establecido no se perjudica el interés social, pero eventualmente sí puede resultar perjudicado el accionista que vende.

Con esta doctrina ha quedado definitivamente cerrado el acceso al Registro a aquellas cláusulas que tratan de establecer el valor de las acciones exclusivamente de acuerdo con el que resulta del balance de la sociedad, al menos en el ámbito de las sociedades anónimas. Aunque no es el momento de estudiar el problema, creo que con la nueva redacción del artículo 29 de la Ley de Sociedades Limitadas, de carácter claramente dispositivo, y la enumeración en el artículo 30 de las cláusulas estatutarias prohibidas, la determinación del valor según balance en las transmisiones *inter vivos* es ahora admisible, sobre todo si se tiene en cuenta la desaparición en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil de la remisión que al artículo 123.6 hacía el artículo 174.11.

La cuestión que nos queda por examinar es la relativa al aplazamiento, estudiada por la Dirección General el 4 de julio de 1995, y que tiene un antecedente en otra Resolución —a la que antes nos referimos incidentalmente— de 20 de agosto de 1993.

En la escritura que motivó este recurso se establecía que cuando el número de participaciones sociales fuera inferior a dos mil el transmitente sería pagado al contado. En los demás casos recibiría el veinte por ciento del valor real que resultara para toda la enajenación y por el resto cada socio podría acogerse a un aplazamiento hasta el plazo máximo de un año, a contar desde la fecha de formalización de la enajenación. En tal caso habrían de pagarse intereses a razón del tipo convenido, y a falta de acuerdo al tipo medio que resulte del que los tres primeros balances nacionales por depósito de pasivo apliquen en la fecha de que se trate a los préstamos a un año.

El Registrador rechazó la cláusula señalando que no cabe establecer en los estatutos sociales aplazamientos de pago como ya declaró la Resolución de 20 de agosto de 1993, y el recurrente la defendió diciendo que mientras la Resolución de 1993 se refería a una sociedad anónima, los presentes estatutos regulaban una sociedad limitada, en la que debe prevalecer el principio de autonomía de la voluntad.

La Resolución de 20 de agosto de 1993 se refería, como sucede siempre, a un supuesto de hecho no idéntico a la de 1995. En lugar de señalar un criterio objetivo para que pudiera decidirse el aplazamiento haciéndolo más potable, lo dejaba al arbitrio del Consejo de Administración de la sociedad en

vista de la situación de su tesorería. Además, los pagos aplazados habrían de realizarse en un plazo no superior a cinco años, incrementados con un interés al diez por ciento anual, o al que en ese momento fuera el tipo de interés básico del Banco de España. La Dirección rechazó la cláusula diciendo que nada habría que objetar si fuera fruto de un pacto que las partes estipularan en cada caso concreto en el ámbito del principio de autonomía de la voluntad, pero que debía ser rechazada como norma estatutaria con eficacia *erga omnes* y destinada a vincular a futuros socios, sobre todo si se toma en consideración la posibilidad de frecuentes situaciones del valor de las acciones en el mercado, así como los riesgos que lleva consigo la sustitución de la persona del comprador.

Puede comentarse incidentalmente que más fluctuantes que el valor de las acciones en el mercado son en ocasiones los criterios de la Dirección General. En una Resolución de 6 de junio de 1992 en la que quien esto escribe suspendió parcialmente la inscripción de una escritura que establecía en algunos supuestos de transmisión restringida de participaciones una cláusula penal por entender que dicha pena no era el resultado de la libre determinación de los contratantes en un supuesto concreto, sino que se establecía con carácter general por los socios constituyentes de una sociedad, el Centro Directivo revocó la nota por entender, entre otras cosas, que la adquisición de las participaciones lleva inherente la adhesión a la normativa rectora de la sociedad en que se integra y, consiguientemente, la adquisición de los derechos y asunción de las obligaciones en ellos previstos (7).

Pero volvamos a la Resolución de 1995. Después de las consideraciones que antes se transcribieron la Dirección General se adentró resueltamente por un sendero plagado de trampas y que es el de la justicia o injusticia de la cláusula en cuestión. Las razones que el Centro Directivo maneja en este recurso para convencerse a sí misma de la bondad de la cláusula son unas veces sensatas y otras involuntariamente cómicas. No es disparatado decir que desde un punto de vista cuantitativo la cláusula no es lesiva para el socio, aunque es más cuestionable que sea la Dirección General la que deba hacer ese pronunciamiento; pero entrar en disquisiciones sobre si el número de participaciones que pueden dar lugar al aplazamiento es elevado o razonable cuando el capital social sólo consta de quinientas y los estatutos hablan de la venta de dos mil, y dejar caer para rematar la argumentación que el aplazamiento afecta «únicamente» al ochenta por ciento del precio, es el mejor modo de sembrar el desconcierto entre los destinatarios próximos y remotos de las resoluciones.

Sólo le faltaba a la Dirección un buen argumento para justificar su cambio de criterio con relación a la Resolución de 20 de agosto de 1993. Y creyó encontrarlo diciendo que cuando la cantidad aplazada devenga intereses a un tipo notoriamente inferior al usual o de mercado (jun diez por ciento anual

(7) Este es también, por cierto, el criterio de NOEMÍ MARTÍN MUÑOZ en su comentario a la Resolución de 20 de agosto de 1993. El tercero que adquiera acciones a la sociedad puede y debe conocer estas limitaciones a través de la obligatoria inscripción de las mismas en el Registro Mercantil (...) Es esta inscripción en el Registro Mercantil de las limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad, y en este caso también de la posibilidad de un pago aplazado, la que produce que la adquisición de las acciones implique el consentimiento del adquirente a las limitaciones estatutarias establecidas a la libre transmisibilidad de las acciones y a la cláusula de aplazamiento».

en aquel supuesto!) se impide al socio percibir el valor real de sus participaciones, por lo que una disposición así sólo puede ser pactada por las partes en el ámbito de la autonomía de la voluntad y no puede constituir contenido de normas de eficacia *erga omnes* como son las estatutarias. En cambio, según diciendo la Resolución de 1995, siempre que no exista una norma legal que imponga el pago al contado —como ahora sucede en las sociedades limitadas— no deben ser rechazadas las cláusulas de aplazamiento que resulten compatibles con la razonable composición de ambos intereses. Y aquí venían las reflexiones sobre la venta de dos mil participaciones en una sociedad de quinientas y sobre el aplazamiento de tan solo el ochenta por ciento del precio. Mucho mejor hubiera sido aludir al carácter arbitrario o discrecional con que en el supuesto de 1993 se configuraba el aplazamiento al hacerlo depender de una decisión del órgano de administración en vista de la tesorería de la sociedad y al distinto carácter que se le daba en esta escritura. En cuanto a la referencia a las especiales características de la sociedad limitada y el amplio margen que en su regulación se concede a la autonomía de la voluntad, es uno de esos argumentos comodín que lo mismo sirven para tirar de la Resolución en una dirección o en otra.

Esta Resolución tiene un estrambote sobre el que apenas merece la pena extenderse. En los estatutos de esta sociedad se regulaba la obligación del órgano de administración de requerir la presencia del Notario para levantar acta de Junta cuando ello fuera solicitado por los socios titulares del diez por ciento del capital social, cuando la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 114, aplicable en este extremo a las sociedades limitadas, otorga este derecho a los socios titulares del uno por ciento. La Dirección estimó que no podía ser de otro modo, que los derechos de la minoría tienen carácter imperativo y que por ello los estatutos no pueden elevar el porcentaje legal al que antes hacíamos referencia.

J. T. G. M.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

POR ELENA MÚGICA ALCORTA

PROPIEDAD HORIZONTAL: NATURALEZA JURIDICA. OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—Apertura en el muro que separa un local privativo del patio de luces del edificio para instalar un aparato de aire acondicionado

Doctrina de la Sentencia.—Conformada la propiedad horizontal como un dominio separado sobre cada piso o local y un condominio especial sobre los elementos comunes, las facultades del propietario, tanto las que recaen de manera singular y exclusiva sobre el espacio privativo delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente como las que hacen sobre los elementos comunes, están sometidas a ciertos límites para conjugar la concesión a cada titular de las máximas posibilidades de actuación con el ejercicio de los derechos de igual clase de los demás y el interés general que se encarna, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de 21 de julio de 1960, en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de propiedad horizontal. Estos límites, en cuanto a la facultad de realizar obras, aparecen regulados en los artículos 7, 11 y 16.1.

De conformidad con lo expuesto, es claro que las obras realizadas en el supuesto litigioso produjeron la alteración de un elemento que es común y son contrarias a lo dispuesto en los mencionados artículos 7 2 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal si no están respaldadas por el consentimiento unánime de todos los propietarios dado que la alteración de un elemento común sin la dicha unanimidad constituye acto antijurídico por sí solo.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DERECHO EXCLUSIVO DE USO SOBRE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—La escritura de obra nueva y división horizontal de un edificio autoriza a los propietarios de determinados pisos al uso y disfrute exclusivo que crean conveniente de la terraza existente encima de la cubierta

Doctrina de la Sentencia.—Tal autorización no comprende la posibilidad de edificar en las terrazas unas viviendas porque ello, al alterar el régimen de contribución a los gastos comunes, contraviene lo consignado en los estatutos.

ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO.—TRADICION: «TRADITIA FICTA» Y TRADICION REAL. LA ENTREGA DEL ARTICULO 1.490 DEL CODIGO CIVIL ES LA ENTREGA REAL. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Dada la naturaleza consensual y meramente obligacional del contrato de compraventa (arts. 1.445 y 1.450 CC), el mismo no produce por sí solo la transmisión del dominio de la cosa vendida del vendedor al comprador, pues para que tal transmisión dominical se produzca, de acuerdo con la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 609 y 1.095 CC), el contrato de compraventa (título) ha de ser seguido de la entrega o *traditio* (modo), pudiendo ésta consistir en una entrega real y física de la cosa vendida (art. 1.462, párrafo 1.º) o en cualquiera de las formas espiritualizadas de la llamada *traditio ficta*, una de las cuales es la tradición instrumental del artículo 1.462, párrafo 2.º, del Código Civil (otorgamiento de la escritura pública de venta si la misma no resultare o se dedujere lo contrario), con las que queda cumplido el requisito de la entrega a los referidos efectos traslativos del dominio; pero esta última (*traditio ficta* en cualquiera de sus formas espiritualizadas) no es la entrega a que se refiere el artículo 1.490 del Código Civil cuando dice que los seis meses del plazo de caducidad de las acciones edilicias se contarán «desde la entrega de la cosa vendida», pues dicha entrega sólo puede ser la real y física (no la *ficta* o instrumental), ya que ella es la única que posibilita que el comprador, a través del contacto inmediato y físico con la cosa comprada, pueda comprobar *de visu* si ésta adolece o no de algún vicio oculto.

ACCESION INVERTIDA: NO ES APLICABLE EN LA CONSTITUCION DE SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS. (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—Un propietario construye en suelo propio un edificio cuyas ventanas contravienen las prescripciones del artículo 582 del Código Civil. El dueño del solar vecino ejercita acción negatoria de servidumbre de luces y vistas. El constructor reconviene invocando la adquisición de la franja de terreno necesaria del predio colindante y la aplicación al supuesto de la accesión invertida, con apoyo en la Sentencia de 10 de diciembre de 1980.

Doctrina de la Sentencia.—A salvo el caso contemplado por la Sentencia de 10 de diciembre de 1980, en general ha prevalecido en la jurisprudencia un criterio contrario a la apreciación de la accesión invertida en relación con la servidumbre de luces y vistas, haciéndose hincapié en la inexistencia del requisito de buena fe, pero no sin exponer otras razones. Especialmente la Sentencia de 1 de octubre de 1984 trata de objetivar el problema apoyándose asimismo en argumentos no dependientes de la buena o mala fe, sino en la sumisión del Juez al imperio de la Ley. Y es sobre este último planteamiento desde donde ha de enfocarse y resolverse el problema, ya que la doctrina de la accesión invertida, tal como creación jurisprudencial, dentro de la tarea de prestar complemento al ordenamiento jurídico que interpreta, se explica en tanto en cuanto viene a dar respuesta a una laguna legal surgida cuando la construcción no se hace toda ella en terreno propio, esto es, cuando se construye parcialmente en terreno ajeno (y se tiene buena fe). Pero si el caso concreto halla pleno y claro encaje en el supuesto normativo, por más que resulten penosas las consecuencias del restablecimiento de la situación jurídica lesionada, no hay otra alternativa que la del respeto riguroso de la norma en cuestión; y ninguna duda deja al respecto el artículo 582 del Código Civil, que claramente ordena que no se abran ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad.

COMUNIDAD DE BIENES: DIVISION DE LA COSA COMUN. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—Local comercial común cuya división en varios locales exigiría el mantenimiento de la comunidad sobre los elementos necesarios para el uso y disfrute de los nuevos locales.

Doctrina de la Sentencia.—La facultad de instar la división de la cosa común no es absoluta sino que, además del posible pacto de indivisión temporal reconocido en el artículo 400, párrafo 2.º, del Código Civil, se ve afectada por lo dispuesto en el artículo 401, párrafo 1.º, del Código Civil, que la excluye cuando la división haga inservible la cosa para el uso a que se destina; y en lo que hace a la división material de la cosa, cuando ésta fuere esencialmente indivisible (art. 404).

En el supuesto de autos la división del local en varios locales conllevaría que además de los gastos necesarios para la adaptación, que bien pudieran hacer ésta antieconómica, persistiría el estado de comunidad respecto a los elementos necesarios para el uso y disfrute de los nuevos locales, por lo que ni siquiera se llegaría a una estricta y completa extinción de la situación de copropiedad, lo cual no se ve afectado por la realidad de que voluntariamente y estando conformes todos los copropietarios del local pudieran llevar a efecto esta adecuación; pero lo que se niega es que pueda imponerse como medio de obtener la división material del local, algo que se desprende también del artículo 401, párrafo 2.º, del Código Civil cuando permite la división y considera que la cosa sigue sirviendo a su uso propio «si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan», o sea, que originariamente se dé tal circunstancia y no, como sucede en el caso analizado, si es necesario adaptarlo para que disponga de elementos comunes.

ADQUISICION DE DOMINIO: POR TITULO DE APORTACION SOCIAL.—INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: CARACTER DECLARATIVO.—ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOLO OTORGA PREFERENCIA SOBRE LOS ACTOS DISPOSITIVOS O POSTERIORES. EL TITULAR NO TIENE LA CONDICION DE TERCERO HIPOTECARIO.—LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL TIENE CARACTER «IURIS TANTUM» —TERCERIA DE DOMINIO: SENTENCIA INCONGRUENTE. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—Aportación de inmuebles, inscritos en el Registro de la Propiedad a favor del marido, a una sociedad anónima unifamiliar que aquél constituyó con su esposa e hijos. Posteriormente los bienes son embargados por deudas del marido y la sociedad anónima interpone tercería de dominio alegando como título de adquisición la aportación social.

Doctrina de la Sentencia.—Según Sentencia de 13 de diciembre de 1982, «discutido en la doctrina —por su trascendencia económica y jurídica— el tema y efectos de la llamada fundación cualificada de la sociedad al no aportarse dinero sino bienes, es decir, tanto la forma como los defectos o eficacia de la aportación *in natura*, es conclusión más común y generalizada la de que con la aportación del bien se transfiere a la sociedad la propiedad, y así ya lo declaró antigua jurisprudencia (SS. 12 junio 1883 y 23 febrero 1884) al establecer la presunción del paso de la propiedad de las cosas a favor de la sociedad»; doctrina que es reafirmada, si cabe, con más firmeza en la última jurisprudencia, expresiva de que si bien la aportación social no puede ser equiparada totalmente a una compraventa, sí constituye un negocio jurídico transmisivo (S. 11 noviembre 1970), un negocio de enajenación verdaderamente dispositivo que por su semejanza ha permitido la expresión tradicional *apport en société vaut vente*; en tanto que la Sentencia de 2 de abril de 1990, con cita de la anterior, afirma: «Aportación que, por otra parte, no necesita inscripción registral ya que tal inscripción no es constitutiva en nuestro Derecho, pues los derechos se adquieren y pierden fuera del Registro y en caso de discrepancia prevalecerá la realidad extrarregistral acreditada frente a la registral (SS. 26 octubre 1981 y 21 junio 1982)».

Asimismo tiene declarado constantemente la Sala Primera del Tribunal Supremo (por todas, S. 30 diciembre 1993) que el embargo sólo puede realizarse sobre bienes que pertenezcan al deudor; que si han sido objeto de disposición con anterioridad (cumplida la tradición, se entiende), haya tenido o no acceso al Registro la transmisión, no pueden ser objeto de agresión, debiéndose levantar el embargo que se hubiese decretado indebidamente, que el acreedor embargante no goza de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque nada adquiere del titular registral al no modificar el embargo la naturaleza de su derecho convirtiéndolo en derecho real; que la presunción de exactitud registral que sienta el artículo 38 de la Ley Hipotecaria no es más que una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario; y que la anotación de embargo traslada la carga de éste al nuevo adquirente cuando el deudor embargado le transmite el bien, pero no cuando antes de la anotación ha efectuado la disposición (con título y *traditio*).

No obstante, la doctrina jurisprudencial expuesta no puede llevar en el caso de autos a la estimación de la tercería de dominio ejercitada y ello por aplicación de la también doctrina jurisprudencial elaborada en torno al levan-

tamiento del velo de las personas jurídicas, ya que si bien los bienes embarcados formalmente fueron aportados a la entidad tercerista, existe una sustancial confusión e identidad entre la persona física del deudor ejecutado y la persona jurídica de la entidad tercerista, lo que implica un ejercicio abusivo y antisocial del derecho a constituir sociedades mercantiles aprovechando su personalidad jurídica diferenciada para eludir la responsabilidad personal de su fundador en perjuicio de los derechos de terceros, con la consecuencia de permitir al ejecutado incumplir sus obligaciones frente a sus acreedores mediante la aportación al ente social de todos sus bienes

La solución particular dada en una Sentencia dictada de dominio reconociendo la propiedad del tercerista pero sin levantar el embargo y anulando la subasta, no es una respuesta judicial congruente por la contradictoriedad que encierra y por la falta de claridad que denota al impedir la vía de apremio no obstante la desestimación de la tercería. Se produce en definitiva una incongruencia por contradicción en las disposiciones del fallo.

USUFRUCTO: ABUSO DEL DERECHO. EXTINCION POR RENUNCIA DEL USUFRUCTUARIO. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El abandono y deterioro de los bienes por falta de las reparaciones ordinarias de cuenta del usufructuario y el perjuicio que ello ocasiona para los nudo propietarios permiten la aplicación del artículo 520 del Código Civil cuando no concurre fuerza mayor que hubiese impedido cumplir al usufructuario con sus obligaciones (art. 1.105 CC) ni renunciar al usufructo unilateralmente, consolidándose entonces automáticamente la plena propiedad en los nudo propietarios, pues como renuncia al derecho real no necesita para su validez y eficacia el consentimiento de estos últimos.

Comentario.—La renuncia del usufructuario (art. 513.4.º CC) es causa de extinción del derecho de usufructo, como lo es con las condiciones exigidas por el artículo 6.2 del Código Civil para cualquier otro derecho. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 1927 señaló que la renuncia abdicativa aparece como una manifestación de voluntad unilateral en su forma e independiente en sus efectos de la causa que no necesita ni siquiera ser comunicada a la parte beneficiada cuando el renunciante levanta una traba impuesta al dominio en atención a que por la natural expansión de este derecho, que se extiende a todas las facultades sobre las cosas no concedidas a otras personas, el dueño adquiere el pleno ejercicio de la propiedad que antes se hallaba limitada por el derecho renunciado.

COMUNIDAD DE BIENES: DIFERENCIAS CON LA SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

El contrato de sociedad civil se presenta dinámico al entrar en el ámbito de entidades negociables o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios, que también así asumen las pérdidas. En cambio, la comunidad de bienes tiene una proyección más bien estática ya que tiende a la conservación y disfrute aprovechado de los bienes pertenecientes a plurales titulares dominicales.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA
(SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Está identificada suficientemente la finca reivindicada, sin que sea obstáculo a esta declaración el error padecido en la descripción de un lindero de la finca contigua. Esta clase de errores no impide la identificación de la finca a través de otros medios probatorios. En ejecución de Sentencia y previas las peritaciones que fuesen necesarias, se determinará el número de metros cuadrados que corresponden a la finca reivindicada, utilizando en su caso la proporcionalidad que se describe en el artículo 387 del Código Civil

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO.—LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL TIENE CARACTER «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—Embargado un inmueble por la Tesorería General de la Seguridad Social, una sociedad anónima no inscrita en el Registro Mercantil invoca en tercería de dominio los títulos de aportación y compraventa respecto de cada una de las mitades indivisas del bien trabado.

Doctrina de la Sentencia.—Lo que en la tercería de dominio fundamentalmente se discute es si en el momento de producirse los embargos y anotarse éstos preventivamente se había operado la transmisión dominical en favor de la entidad tercerista, por lo que, obviamente, resulta inaceptable la pretensión de ampararse en una presunción derivada de la titularidad registral cuando ésta no existía, a más de que, en cualquier caso, la naturaleza de la presunción de que se trata impone que pueda ser desvirtuada si en definitiva no se justifica el dominio en la fecha de los embargos, todo ello conforme a reiterada jurisprudencia

Las aportaciones realizadas en la escritura de constitución de una sociedad anónima que no ha sido inscrita en el Registro Mercantil carecen de efectividad hasta que la sociedad adquiera personalidad jurídica (art. 6 LSA 17 julio 1951). La inscripción en el Registro Mercantil es constitutiva de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, que no se obtiene hasta el momento de realizarse aquélla, sin que permita su consideración como sociedad irregular, concepto inadmisibles dentro de la normativa de la Ley de 1951, lo que hace inaplicable al caso el artículo 1.669 del Código Civil por imposibilidad de convertir en sociedad civil irregular la sociedad anónima no constituida legalmente por falta del requisito esencial de la inscripción.

En lo que respecta a la adquisición por título de compraventa antes de la inscripción de la sociedad compradora en el Registro Mercantil, el principio básico del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 es la subordinación de la validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción registral a este requisito y a la aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses, que conduce a la consideración como inválidos de aquellos contratos no obstante la posibilidad de su eficacia posterior si llegan a cumplirse las exigencias legales.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. ASISTENTES NO DISCREPANTES. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—En Junta de Propietarios se acordó la notificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Algunos propietarios asistentes se reservaron la manifestación de su voto en un plazo durante el cual no hicieron declaración alguna.

Doctrina de la Sentencia.—Tal situación no se encuentra prevenida en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que la admisibilidad del recurso al procedimiento análogo se funda en el artículo 4 del Título Preliminar del Código Civil. En la situación referida se tiene:

- a) unos propietarios enterados del acuerdo que toman los demás, asistentes como ellos a la Junta,
- b) una manifestación de voluntad por la que se comprometen a dar su voto en el plazo de un mes, y
- c) transcurso de ese plazo sin hacerlo, estado en el que incluso seguían al entablarse el pleito.

Y en el presupuesto del artículo 16, regla 1.ª, párrafo 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal:

- a) unos propietarios enterados del acuerdo que toman los demás, que se les notifica por no haber estado presentes en la Junta, y
- b) transcurso del plazo legal sin manifestar discrepancia.

Así las cosas, la identidad de razón que exige el artículo 4 del Código Civil es manifiesta y nada dice contra ella el detalle accesorio de la presencia o ausencia de la Junta

ASIENTO DE PRESENTACION: FINALIDAD, NATURALEZA Y EFECTOS.—PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: NOTIFICACION DEL ARTICULO 131, REGLA 5.ª, PARRAFO 2.º, DE LA LEY HIPOTECARIA A TITULARES DE DERECHOS INCLUIDOS EN ASIENTOS DE PRESENTACION POSTERIORES A LA HIPOTECA. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—En procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria se omitió la notificación ordenada en el artículo 131, regla 5.ª, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria al presentante de una escritura de hipoteca cuyo asiento de presentación fue posteriormente cancelado por caducidad.

Doctrina de la Sentencia.—Si la finalidad del asiento de presentación no es otra que garantizar la prioridad registral haciendo constar el instante de ingreso con eficacia limitada dado su carácter preparatorio de la inscripción y, por ende, su naturaleza provisional, no cabe duda de que mientras subsista, en tanto no se extienda la inscripción, produce por regla general los efectos que corresponden al asiento principal. De donde claramente se infiere que quien figura como titular de un asiento de presentación de escritura de hipoteca para dar vida a una inscripción posterior a la de la hipoteca que provoca la ejecución tiene derecho, conforme al artículo 131, regla 5.ª, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, a ser notificado de la existencia del procedimiento.

Mas cuando se constata con posterioridad que la vocación a la inscripción ínsita en el asiento de presentación se frustra y el asiento caduca, con la correspondiente cancelación de oficio del mismo, y asimismo que dicha caducidad se produce con anterioridad a la celebración de la subasta, los derechos del notificado a intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas asegurados con la hipoteca de la finca para subrogarse en los derechos del actor decaen en cuanto falta el soporte jurídico que los sustentaba, sin perjuicio de que al margen de la posición que mantenía puede actuar con los mismos derechos y obligaciones que un tercero cualquiera. Consecuentemente, la omisión de la notificación carece de significado para fundar en ella una indefensión, pues mal cabe que se produzca ésta cuando su apoyo —el derecho que tenía— se frustra.

Comentario.—Explica JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su libro *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria* que la certificación registral de la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria debe incluir los asientos de presentación en el Diario de títulos que estén pendientes de despacho y por lo tanto la notificación judicial del párrafo 2.º de la regla 5.ª ha de extenderse a los titulares de derechos incluidos en asientos de presentación posteriores a la hipoteca. Así resulta, *a contrario sensu*, del artículo 226, regla 2.ª, del Reglamento Hipotecario, que la Sentencia comentada olvidó citar: «La notificación ordenada en el párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 no será necesaria respecto de las personas que hayan inscrito, anotado o *presentado en el Diario* los títulos justificativos de su derecho con posterioridad a la extensión de la nota marginal que dispone el párrafo penúltimo de la regla 4.ª y que, por tanto, no pudieron ser mencionados en la certificación del Registro». En idéntico sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de agosto de 1981 declaró «ser necesario el realizar la notificación prevenida en la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria a la persona que tenga presentado un título en el Libro Diario con anterioridad a la fecha de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas que previene la regla 4.ª del mencionado artículo».

Sin embargo, la omisión de la notificación puede subsanarse. *a)* Si se trata de asientos como el de presentación o el de anotación preventiva que caducaron en el momento de inscribirse el testimonio del auto de adjudicación (RDGRN 23 abril 1969), y *b)* Por el conocimiento directo que tenga el presentante de la existencia del procedimiento judicial sumario (por ejemplo, a través de la certificación de cargas de otro procedimiento, según la RDGRN 24 agosto 1981, cuya doctrina en este punto considera errónea GARCÍA GARCÍA porque dicha certificación tiene su respectiva función en el juicio para el que se expide y no puede suplir unas notificaciones específicas dirigidas a una finalidad concreta como son las de la regla 5.ª del art. 131 LH).

Finalmente, permítasenos recordar que tratándose del juicio ejecutivo ordinario regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil —así como de otros procedimientos a los que resulte supletoriamente aplicable el art. 1.490 Ley ritual— el artículo 353, apartado 1, párrafo 4.º, del Reglamento Hipotecario, redactado por Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, adopta distinta solución respecto a las comunicaciones registrales: «El Registrador no habrá de hacer comunicaciones a los titulares de los derechos de los que solamente conste el asiento de presentación, pero si llegan a inscribirse o anotarse habrá de consignar en la nota de despacho el estado de ejecución según resulte del

Registro». Exigencia que reitera el párrafo 3 ° del artículo 434 del Reglamento Hipotecario insertado en la misma reforma reglamentaria de 1992: «... si consta la expedición de la certificación de cargas prevista en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la nota de despacho se hará relación circunstanciada del procedimiento o procedimientos para los que se expidió la certificación».

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISION MATERIAL DE ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—El titular de un local comercial, amparándose en la cláusula estatutaria que le autoriza a dividirlo sin aprobación de la Junta de Propietarios, constituye un altillo o entreplanta, menoscabando la seguridad del edificio y vulnerando las Ordenanzas municipales.

Doctrina de la Sentencia.—Una autorización que no provenga de la Junta de Propietarios no puede en modo alguno ignorar los límites del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal ni, en su caso, los del artículo 11. Una cosa es que la cláusula estatutaria permita una agregación, división o segregación utilizando (no alterando) elementos comunes, y otra que pueda obrar sin ningún respeto a los límites legales.

ACCION REIVINDICATORIA. REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

La identificación de lo reivindicado es un requisito esencial para que prospere la acción reivindicatoria.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO Y REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR —ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS.—LEGITIMACION REGISTRAL: LA INSCRIPCION REGISTRAL NO CONFIERE PODER DISPOSITIVO. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Hechos —Determinada Administración Pública ejercita acción solicitando la declaración de dominio de finca adquirida por expropiación y la consiguiente declaración de nulidad de la donación efectuada por el expropiado.

Doctrina de la Sentencia —Los elementos probatorios implicados en la existencia del título dominical del actor como requisitos de las acciones reivindicatoria y declarativa de dominio deben ser apreciados por el Tribunal de instancia y respetados en casación

La inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad a favor del sujeto expropiado ni es incompatible con la que le fuera expropiada en el momento ni precisaría un procedimiento previo sobre la invalidez de la inscripción, sino que el planteamiento de la demanda solicitando la declaración de la propiedad en virtud del título expropiatorio y la consiguiente declaración de nulidad de las donaciones posteriores, así como la cancelación de los asientos

registrales causados por éstas, es perfectamente correcto y ajustado a lo dispuesto en el artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, pues la inscripción a favor del expropiado no era inválida.

No ofrece la menor duda que el expropiado se vio privado de su derecho dominical por la expropiación forzosa y, por tanto, carecía de disposición sobre la finca desde que se operó aquélla, sin que sea aceptable que la subsistencia de la inscripción registral a su favor le confiera el poder dispositivo que invoca, sino que sólo daría lugar a una presunción *iuris tantum* que desaparece al no justificarse el dominio.

Comentario.—Resulta de interés la última afirmación de la Sentencia aquí recogida en relación con el llamado **poder dispositivo** o **facultad de disponer** del titular registral que ha sido objeto de debate en la doctrina. Algunos autores, invocando especialmente el artículo 20, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, consideran quizá la consecuencia sustantiva más importante del principio de legitimación registral que quien aparece como titular en el Registro puede válidamente disponer de derecho inscrito. Esta es la postura de JERÓNIMO GONZÁLEZ, COSSÍO, LA RICA, SANZ FERNÁNDEZ y, recientemente, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.

En contra de esta facultad dispositiva cabe citar a VALLET (el poder dispositivo está limitado a los efectos registrales), LACRUZ (la condición de titular lleva consigo la presunción de titularidad material, así como la posibilidad de dar acceso al Registro a otras personas que limiten su posición libraria o le sustituyan en ella total o parcialmente, pero no la facultad de disponer del derecho inscrito), LADARIA CALDENTEY, TRIAY, JORDANO BAREA o ROCA SASTRE (la facultad de disponer del derecho inscrito sólo corresponde al *verus dominio* y si dispone el titular registral sin ser dueño incurre en responsabilidad incluso criminal, sin perjuicio de que el adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria realice una adquisición inatacable). Igualmente PAU PEDRÓN, quien para evitar que se atribuya un carácter sustantivo a la expresión «poder de disposición» prefiere hablar, como hace la doctrina extranjera, de un poder *formal* de disposición (*formelle Verfügungsbefugnis*, *pouvoir formel de disposer*), encuadrado dentro de los efectos operativos, no sustantivos, de la legitimación registral.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se inclinó por una *presunción «iuris tantum» de poder dispositivo* del titular registral en la Resolución de 18 de septiembre de 1989, que negó la inscribibilidad de una escritura de compraventa en la que como consecuencia de una ejecución judicial el titular registral vendía una finca y manifestaba haberla transmitido con anterioridad en documento privado. Dice el fundamento de Derecho 2.º: «No puede accederse a la inscripción pretendida amparándose en la legitimación registral del disponente y prescindiendo, contra las exigencias del tracto sustantivo, de las vicisitudes anteriores a la ejecución. Al Registro de la Propiedad sólo han de acceder actos válidos (art. 18 LH) y la validez no viene determinada por el pronunciamiento registral legitimador, sino con la verdadera existencia de poder dispositivo en el transmitente; cierto que éste se presume a todos los efectos legales (art. 38 LH) cuando así resulta del contenido tabular (y que dicha presunción puede mediante el mantenimiento de la adquisición cuando fuere inexacta), pero el Registrador que ha de calificar no sólo por lo que resulte presentado (art. 18 LH) no puede desconocer la afirmación de la inexactitud de tal presunción cuando es verificada por quien

aparece favorecido por ella; la incertidumbre consiguiente en torno a la validez del acto, la doctrina de la no contradicción de los actos propios, así como la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7 CC) determinan la denegación del acceso registral a la operación calificada».

ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS.—TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—El demandado en tercería de dominio reconvino ejercitando acciones revocatoria o pauliana y de nulidad de los títulos invocados por el tercerista.

Doctrina de la Sentencia —La más reciente y ya consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, matizando las consecuencias en la esfera del principio de legitimación registral, tiene declarado que superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria que exigía el ejercicio previo o, al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical

Es consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que en el juicio de tercería de dominio es admisible aquella reconvención que se enderece a obtener la declaración de ineficacia (nulidad o rescisión) del título esgrimido por el tercerista.

ACCESION INVERTIDA. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Al propietario del terreno invadido que pide cantidad concreta de dinero ha de reconocérsele el derecho a que se le satisfagan los metros de solar ocupados, que si no se han probado plenamente permite el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acrediten en ejecución de Sentencia y se valoren a precios actuales. A dicha suma ha de añadirse el perjuicio inherente a la minusvalorización que la privación de metros haya producido en el solar residual tras la enajenación de la parte invadida. Pero no cabe tener en cuenta otros perjuicios derivados de la construcción y apoyados en las expectativas negociables de la posible edificación. Consecuencia natural de lo anterior es que el dueño del terreno ocupado contrae la obligación de transmitir los metros invadidos correlativa al derecho a percibir la indemnización que resulte, de cuyo pago sólo podría liberarse el constructor optando por hacer volver a su costa la parcela contigua al ser y estado anterior a la extralimitación de la construcción.

HIPOTECA. NULIDAD (EX ART. 878, PAR. 2.º, CCOM). HIPOTECA UNITARIA DEL ARTICULO 217 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. INDIVISIBILIDAD. IRRETROACTIVIDAD DEL ARTICULO 10 DE LA LEY 2/1981, DE 25 DE MARZO, DE REGULACION DEL MERCADO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Los efectos de la retroactividad de la declaración de quiebra alcanzan a la escritura de hipoteca otorgada en el período de retroacción, aunque registralmente las fincas hipotecadas figuren en sus dos terceras partes a nombre de otras personas también demandadas por los síndicos de la quiebra al postular la petición de nulidad de aquélla. A la indivisibilidad del derecho de hipoteca, que llevaría aparejada la nulidad de todo el contrato si uno de los otorgantes es declarado inhábil para contratar, ha de añadirse la propiedad exclusiva de las fincas en favor del quebrado por compra de las dos terceras partes indivisas de los condóminos con anterioridad al otorgamiento de la hipoteca.

El artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, viene a modificar en cierto sentido la legislación y la jurisprudencia mercantil, en la que la nulidad radical opera *ipso legis* en estos supuestos de retroacción de los efectos de declaración de quiebra. Por este carácter y por las disposiciones generales de los artículos 9 de la Constitución y 2.3 del Código Civil el citado precepto no tiene carácter retroactivo y no es, por tanto, aplicable a un contrato de hipoteca anterior a la entrada en vigor de la citada Ley 2/1981 a virtud de los efectos retroactivos de una quiebra que se fijaron a partir de fecha precedente.

SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1995.)

En el artículo 583 del Código Civil se preceptúa la manera de contar las distancias que marca el artículo 582. Cuando el constructor de un edificio no respeta dichas distancias sin tener constituida servidumbre alguna y vende los pisos resultantes con terrazas-balcones que podrían ser inutilizados de hecho en el futuro sin advertirlo a los compradores, ha actuado con un dolo incidental que le hace acreedor a la imputación de responsabilidad contractual.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDAD DE GARAJES. ALTERACION DE ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1995.)

La Ley de Propiedad Horizontal no prohíbe expresamente la constitución de una subcomunidad de garajes, aunque tampoco la regula con precisión, salvo la referencia que parece contener en su artículo 6 y en relación al 9.5.º. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas agrupaciones (S. 16 febrero 1971), habiendo declarado que no resulta ni ilógico ni desorbitado que se puedan establecer tantas comunidades parciales como portales tiene el bloque.

El artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal prohíbe al propietario de un local llevar a cabo alteración alguna, por lo que no procede el cambio de destino de los locales conforme a lo que consta en el título en virtud de actos

dispositivos materiales realizados en forma unilateral que desnaturalizan el servicio de las cosas.

RETRACTO DE COMUNEROS. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—Transmisión de cuota indivisa sobre un solar por un precio inicial y un importe restante que podía pagarse en efectivo o mediante la atribución de determinada vivienda en construcción.

Doctrina de la Sentencia.—Se dan las circunstancias básicas y fundamentales del contrato de compraventa, esto es, la transmisión de cosa mediante precio; en caso alguno se trata de una figura atípica, por completo independiente o distinta del arquetípico contrato de compraventa, que consideran los artículos 1.521 y 1.522 del Código Civil como base para determinar la existencia del ejercicio de un derecho de adquisición preferente cuando el titular, siendo comunero, lo enajena a un tercero.

ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS: LA CANCELACION DEL ASIENTO REGISTRAL PUEDE PEDIRSE EN EJECUCION DE SENTENCIA —LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL TIENE CARACTER «IURIS TANTUM».—TERCERIA DE DOMINIO: NATURALEZA Y OBJETO. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Es ya doctrina pacífica de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que la cancelación del asiento registral puede pedirse en ejecución de Sentencia, pues una formalidad como ésta no puede impedir el ejercicio de un derecho.

El juicio de tercería tiene naturaleza completamente distinta de un juicio declarativo sobre la titularidad del bien, ya que aquél, por su propia naturaleza, no tiene más finalidad que la de juzgar sobre si procede o no el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo. En el caso de autos se hace más imperioso el recuerdo de esta finalidad puesto que el demandado se allanó a la demanda de tercería, quedando reducido el pleito a una cuestión de propiedad, impropia ella sola para estimar que puede ser ventilada en el juicio de tercería de dominio y no en el declarativo que proceda, ejercitando las acciones reales que defienden el dominio.

LIMITACIONES DEL DOMINIO RELACIONES DE VECINDAD.—SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE VISTAS: CONSTITUCION POR SIGNO APARENTE O POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1995)

Los colindantes son libres de regular su colindancia a voluntad y sólo en defecto de pactos entran en juego las relaciones de vecindad legales.

El artículo 541 del Código Civil es aplicable cuando ambas fincas provienen del mismo dueño, que las enajena con los signos patentes de servidumbres y sin que nada se haga constar en las escrituras.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA,
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

DISTINCION ENTRE PROTOCOLIZACION DE UN DOCUMENTO PRIVADO Y OTORGAMIENTO DE ESCRITURA. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Resulta argumento fútil que habiéndose otorgado documento privado no precisaba celebrar otro contrato constatado en escritura pública. Se confunde lo que es protocolizar un documento con otorgamiento de la escritura pública, pues en el primer caso ha de constar expresamente convenido por las partes conservando el documento privado su integridad e intensidad jurídica, que se blindo y asegura con la intervención del fedatario notarial y facilita el acceso al Registro de la Propiedad. En el segundo supuesto, las partes lo que llevan a cabo de esta manera es la celebración de un contrato público en el que por lealtad contractual deben de acomodarse al precedente, aunque puedan efectuar las modificaciones y condiciones que tengan por conveniente, pero sin dar lugar precisamente a un nuevo contrato, pues ya los compradores ostentan el dominio de lo que se adquirió en el contrato privado precedente.

EL ASEGURADOR NO INCURRE EN MORA HASTA QUE NO SE CONSTATA QUE DEBE PAGAR LA COBERTURA. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se trate de causa justificada no cabe ese elemento de reprobabilidad determinante del recargo, y cuando habida cuenta las circunstancias concurrentes en el hecho del siniestro concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la aseguradora ha existido o no existe responsabilidad para su cobertura, es evidente que hasta que ello no se constate no podrá indicarse que acontece la mora por parte del asegurador y del defecto agravatorio del recargo; por ello, salvo que esté contractualmente previsto el evento o cuando no sea procedente la necesidad de una resolución judicial que determine dicha responsabilidad, no cabe entender, pues, que se ha producido la conducta morosa tendente del recargo

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. MODERACION POR CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Según doctrina reiterada y constante de esta Sala, existiendo comportamiento culposo tanto en el causante como en el perjudicado, tal concurrencia, si bien no excluye la obligación de indemnizar, determina la equitativa moderación en el montante económico a satisfacer a la víctima (SS. de 13-10-1981 y 25-4-1988), pudiendo ser apreciada la compensación de responsabilidades por concurrencia de culpas sin necesidad de que la pida la parte demandada, es decir, de oficio (S de 18-10-1992).

NO HAY DAÑO POR LA CESACION DE UNA RELACION JURIDICA POR CAUSA LEGAL. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1995.)

Hechos.—Una casa fue declarada en estado de ruina. La arrendataria de un local comercial demanda a la propietaria del mismo para que le indemnice por tener que cesar en el arrendamiento. La demanda se desestima.

Doctrina de la Sentencia.—No puede condenarse a un resarcimiento de daños, ya derivados de contrato, ya de acto ilícito, si los daños no han sido probados, y esta prueba de los daños incumbe al actor reclamante.

No existe jurídicamente «daño» al no poderse estimar como tal la cesación de una relación jurídica por causa legal perfectamente determinada y no discutida, con mera pérdida de las expectativas derivadas de los derechos excepcionales de prórroga y subrogación.

EL QUE HIPOTECA BIENES PROPIOS EN GARANTIA DE UNA DEUDA AJENA NO PUEDE SER CONSIDERADO FIADOR. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El pacto de hipoteca genera, partiendo del derecho de dominio, un nuevo derecho real de menor entidad y cuyo contenido es la adquisición del derecho de realización del valor de la cosa hipotecada para el supuesto de que el obligado principal no cumpla la obligación.

El acreedor hipotecario adquiere, pues, un derecho real que disminuye el derecho del propietario de la cosa. Cuando el deudor es dueño de la cosa hipotecada, además de haber enajenado el poder de realización del valor de la cosa, responde con todos sus bienes presentes y futuros en virtud de la responsabilidad patrimonial universal. El hipotecante-dueño es, pues, deudor principal y además ha sujetado bienes concretos al pago de la deuda principal, pero de tal modo que si al realizar el valor no se obtuviera dinero suficiente para cumplir la obligación sería posible perseguir el cumplimiento con otros bienes de su patrimonio.

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 la responsabilidad, porque el artículo 140 de la Ley Hipotecaria no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes.

Lo mismo sucedería en caso de pérdida o destrucción de la cosa sin culpa del hipotecante que determinaría la extinción de la hipoteca, sin que su patrimonio quede sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada.

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 (si no es solidario) 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*.

Ha de analizarse si el artículo 1.843 1.º del Código Civil es aplicable a las hipotecas. El artículo 1.843 permite, en los supuestos por él contemplados,

ejercitar una acción para obtener la relevación de fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Es, en definitiva, una acción cautelar de utilidad difícil de imaginar porque la relevación de fianza requiere consentimiento del acreedor afianzado y la garantía frente a los procedimientos del acreedor no parece razonable extenderla a la hipoteca en que precisamente el titular dominical ha enajenado el poder de realización y disminuido el contenido natural de su propiedad en virtud del contrato de constitución de la hipoteca, cuya causa puede incluso ser onerosa y que en todo caso se presume.

La *ratio legis* de la norma contenida en el artículo 1.843.1º no se da en la ejecución hipotecaria en que no se conoce la cantidad que podrá reclamarse hasta la celebración de la subasta, es posible hasta discutir si el propietario es demandado en el sentido de dicho precepto, y no parece que deba tenerse en cuenta el *periculum in mora*, propio de las medidas cautelares, cuando el propietario conscientemente constituyó el gravamen.

ABSOLUCION DE INSTANCIA. VENTA DE BIENES CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La Sentencia que entrando a conocer del fondo del asunto desestima la demanda, resuelve definitivamente la cuestión litigiosa y, una vez firme, produce la excepción de cosa juzgada. En cambio, la Sentencia que por estimar la concurrencia de algún defecto en la constitución de la relación jurídico-procesal no entra a conocer del fondo del asunto, lo único que puede y debe hacer es un pronunciamiento llamado «absolutorio en la instancia», dejando totalmente imprejuizada la cuestión litigiosa, y por lo tanto, en modo alguno puede desestimar la demanda y absolver de los pedidos de la misma a los demandados.

El vendedor de unos bienes, sean muebles o inmuebles, con pacto de reserva de dominio hasta que le sea totalmente pagado el precio de los mismos, puede oponerse a que el comprador, antes de haber completado el referido pago, disponga de los bienes de forma voluntaria o forzosa, en cuyo supuesto el vendedor, con base en el citado pacto de reserva de dominio, podrá ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercera de dominio) para obtener la recuperación o el alzamiento del embargo sobre dicho bien)

EL EJERCITAR UNA ACCION CONTRADICTORIA DEL DOMINIO LLEVA IMPLICITA LA SOLICITUD DE CANCELACION DEL ASIENTO (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La más reciente y ya consolidada doctrina de esta Sala (contenida, entre otras, en las SS. 5-5-1987, 26-1-1989 y 30-9-1991) matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que exigía el ejercicio previo o al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que

el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical.

LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL TIENEN CARACTER SOLIDARIO. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1995)

Doctrina de la Sentencia.—La Sentencia de 19 de febrero de 1909, referida a un supuesto de reparación por ruina, estableció que: «...la ejecución de tales obras envuelve una obligación indivisible por el contenido de la prestación que es un todo resultante de una actividad conjunta de ambos obligados, sin que por ello pierda el propio carácter de mancomunada, de tal suerte que llegado el caso del incumplimiento por parte de los dos, la indemnización subsiguiente correspondería dividirse por mitad».

Del propio contenido del artículo 1.591 del Código Civil se desprende la solidaridad de las obligaciones que impone, y tal aspecto ha sido destacado en la consolidada doctrina de la Sala existente sobre la aplicación y mecanismo de dicho precepto, sin que las consecuencias y efectos derivados de la expresada solidaridad puedan quedar desvirtuados por la concreta declaración jurisprudencial derivada de la Sentencia dictada. Por otro lado, la regulación contenida en los artículos 1.088, 1.098, 1.137, 1.139 y 1.151 del mencionado texto legal viene comprendida en el título primero, que dentro del libro cuarto dedica el Código Civil a la materia de obligaciones, por lo que sus disposiciones no permite aplicarlas en su total integridad a la específica obligación solidaria que dimana del artículo 1.591 ni éste perdería su función y carácter de tal por las dificultades que pudieran originarse al ejecutar el fallo que la establece, siendo de decir asimismo que el indicado artículo 1.139 está pensando en las denominadas «obligaciones mancomunadas o comunes», estableciendo una regla especial, complementada por la del artículo 1.150 para el caso de que la obligación no admita división

EL DEDICAR UNOS PISOS DE UN EDIFICIO DIVIDIDO EN PROPIEDAD HORIZONTAL A HOSTAL CONSTITUYE ACTIVIDAD INCOMODA, PROHIBIDA EN LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Siendo principio doctrinal pacífico en materia de propiedad horizontal que los derechos de propiedad exclusiva y singular que a cada propietario se otorga sobre un piso o local deban interpretarse bajo el prisma de las limitaciones tendentes a lograr una convivencia normal y pacífica. Precisamente la abusiva implantación hotelera realizada por los demandantes se encuadra, sin necesidad de prueba concreta, en la prohibición que establece el artículo 7.º, párrafo 3, de la Ley de Propiedad Horizontal a todo propietario de desarrollar en el piso actividades no permitidas por los Estatutos incómodas para la finca, pues del hecho demostrado de que en un edificio de catorce pisos destinados a vivienda tres aparezcan destinados a

hostal es dato concluyente en enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que cabe presumir la consecuencia de la incomodidad dañosa para los moradores de las restantes once viviendas ante la innovación perjudicial para la comunidad que se traduce en hechos concretos, como el desorden de horario de entrada y salida en el edificio, uso intensivo de luz de escaleras y ascensor y otras incomodidades.

ES DEBER DEL DAÑADO ABSTENERSE DE CONDUCTAS QUE AGRAVEN SU SITUACION (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si es clara la conducta de la recurrente como productora del daño, también lo sería la del recurrido al agravar el mismo. Entonces el daño sería imputable a ambas partes, pues es deber del dañado impuesto por la buena fe (art. 71 CC) abstenerse de conductas que agraven su situación en un cálculo de previsibilidad normal según la naturaleza de aquella (SS. 3-11-1985 y 15-11-1994).

EL ARRENDADOR DE FINCAS RUSTICAS QUE DENIEGUE LA PRORROGA NO HA DE CULTIVAR «PERSONALMENTE» LA FINCA, SINO «DIRECTAMENTE». (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo sostiene la tesis de que la causa alegada para oponerse a la prórroga es un fraude de Ley para obtener una denegación de la prórroga forzosa, pues la arrendadora no va a dedicarse a explotar la finca, lo que basa en que tiene más de 65 años, por lo que es imposible que se destine a tales menesteres. Pero el artículo 26.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos no habla nada de que el arrendador que deniegue la prórroga ha de cultivar «personalmente» la finca, sino sólo «directamente», lo que descalifica las alegaciones del recurrente sobre las condiciones de la arrendadora. Además, como dice la Sentencia recurrida, el cultivo directo supone asumir la responsabilidad económica de la explotación, perfectamente compatible con su edad, lo que ha sido acreditado en el pleito explotando directamente otras fincas de su propiedad.

LAS FACULTADES DEL SUSPENSO NO TIENEN OTRO LIMITE QUE LA INTERVENCION DE LOS ADMINISTRADORES. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La declaración de suspensión del pago no produce limitación alguna de la capacidad jurídica del suspenso y no queda incapacitado para obrar como sucede con los quebrados. Las facultades del suspenso no tienen otro límite que la intervención del órgano de control que constituyen los interventores.

La intervención no alcanza a tener que concurrir los interventores al otorgamiento de poderes a pleito. Que los interventores tengan atribución para proponer y aun ejercitar acciones convenientes al patrimonio del suspenso no priva a éste de ejercitarlas por sí mismo, sin perjuicio de que los interventores informen de ello al Juez.

Que en el Convenio se dicten normas de actuación para la suspensión y se cree y regule la actuación de una comisión liquidadora, sólo a la comisión o a los acreedores les incumbe exigir de la suspensión el cumplimiento del Convenio. No a los terceros frente a los cuales ejercita sus derechos el suspenso convenido.

ACTOS PROPIOS: NO ES APLICABLE ESTA DOCTRINA CUANDO SE TRATE DE INDEMNIZAR DAÑOS CORPORALES. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se trata de indemnizar daños corporales o personales, el perjudicado se halla en libertad de criterio para mantener o elevar la expresión numérica de los conceptos indemnizables que interesa, sin que con ello viole el principio de respeto a los actos propios, y menos aún cuando lo sometido a indemnización sea un bien tan valioso y tan imposible de evaluar económicamente como lo es la vida misma de una persona acerca de la cual la mayor petición indemnizatoria que los perjudicados por la muerte formulen en vía civil con respecto a la que inicialmente habían formulado en el proceso penal terminado por Sentencia absolutoria no puede considerarse conculcado el principio de los «actos propios».

LA RECLAMACION PREVIA A LA ADMINISTRACION NO ES CONDICIONANTE ABSOLUTO DEL EJERCICIO DE LA ACCION. ES RESPONSABLE EL AYUNTAMIENTO DE LA RUINA DE UN EDIFICIO PARTICULAR POR NO EJECUTAR LAS OBRAS CON CARACTER SUBSIDIARIO. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia más reciente (SS. 27-3-1992 y 3-7-1995, entre otras) ha puesto de relieve que aun reconociendo la vigencia del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la fecha de interposición de la demanda, este precepto debía ser interpretado conforme a los criterios contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil, y así se ha declarado que la falta de reclamación previa en la vía gubernativa es un defecto subsanable y que suprimida en 1984 la obligatoriedad, en algunos casos, del acto de conciliación, se ha debilitado todavía más cualquier interpretación radical de los efectos de la reclamación previa como requisito necesario para el ejercicio de determinadas acciones frente a la Administración, por lo que no existe en nuestro ordenamiento jurídico actual base alguna para que la exigencia del artículo 138 opere como condicionante absoluto del ejercicio de la acción que ha devenido un requisito puramente formalista sin fundamentación procesal alguna que debe ser obviado en aras de la efectividad de la tutela judicial consagrada constitucionalmente.

El Ayuntamiento de ..., no obstante haber acordado la ejecución de las obras y apercibir a los propietarios que transcurridos los plazos se incoaría expediente sancionador y procedería a la ejecución subsidiaria, no llevó a efecto dicha ejecución subsidiaria, lo que supuso el incumplimiento de su propio acuerdo. La omisión de la ejecución subsidiaria de las obras denota la existencia de culpa o negligencia por cuanto no sólo se hallaba vinculado al cumplimiento de lo acordado, sino que las circunstancias que hacían neces-

rias las obras y el riesgo ínsito en su inejecución, así como la posibilidad de un resultado final dañoso y evitable, configuran una típica situación culposa.

El nexo causal entre la omisión del Ayuntamiento y el resultado lesivo es evidente, en efecto, aunque originariamente el resultado se deba a la conducta omisiva de los propietarios, es claro que la imputada al Ayuntamiento operó como concausa natural, adecuada e incluso determinante, ya que, lógicamente, no ofrece duda que el derrumbamiento no se hubiera producido de haberse realizado las obras en ejecución subsidiaria de lo acordado.

COBRO DE LO INDEBIDO: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Tres requisitos son necesarios para que alcance buen resultado la acción de repetición derivada del cobro de lo indebido: primero, pago efectivo; segundo, falta de causa, y tercero, error por parte de quien hizo el pago.

No puede estimarse distinta la prestación derivada del negocio principal que la prestación garantizada por el negocio accesorio de fianza cuando los sujetos obligados putativamente por este último negocio se confunden con los deudores principales. La circunstancia de tener o no carácter solidario las obligaciones asumidas por los deudores principales o supuestos fiadores, una vez descartado que tengan la consideración de avalistas (solidarios o mancomunados), carece de mayor trascendencia, pues no se ha probado exceso en los pagos por encima de lo que hubiera debido satisfacerse por los deudores conforme a un reparto en forma mancomunada de la deuda. No puede en ningún caso compararse la situación descrita a la que hubiera resultado del pago por obligación sometida a condición suspensiva ni con el supuesto de las prestaciones alternativamente debidas.

EN LA COMPENSACION JUDICIAL NO SON EXIGIBLES TODOS LOS REQUISITOS DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—En la llamada «compensación judicial» no son exigibles todos los requisitos que la normativa del Código Civil fija para que proceda la compensación legal, entre ellos que las dos deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, ya que este extremo puede referirse en la concreción del montante de la deuda a la decisión judicial que establezca en el correspondiente pronunciamiento de condena los conceptos claros de lo que la demandada adeuda a la actora, aunque la determinación de su importe cuantitativo quede para ejecución de Sentencia y aunque una de las deudas compensables provenga de la indemnización de daños y perjuicios cuya procedencia declare la Sentencia recurrida.

J. Q. S.

AL SER PATENTE LA CONDUCTA CULPOSA DE LA PEATON NO ES POSIBLE ALEGAR LA PARTICIPACION CULPOSA DEL CONDUCTOR, YA QUE NO CABE APRECIAR ANTIJURICIDAD ALGUNA EN SU COMPORTAMIENTO VIAL Y, POR CONSIGUIENTE, NO ES APLICABLE EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

No cabe aplicar la doctrina de tendencia objetivista de la peligrosidad que representa la circulación de automóviles, para lo cual es necesario que concurra culpa ajena como causadora directa del daño, ni la aplicación de la teoría del riesgo o la inversión de la carga de la prueba, pues la inaplicación que en materia de culpa extracontractual derivada de la circulación de vehículos de motor se debe a la concurrencia de culpa exclusiva de la víctima.

EL CONTRATO DE SEGURO CONCERTADO CON EL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS TIENE UN CARACTER COMPLEMENTARIO CUYO PRESUPUESTO PREVIO ES EL CONTRATO REALIZADO CON EL ASEGURADOR PRIVADO. (SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Entre los objetos del Consorcio de Compensación de Seguros se encuentra la cobertura en régimen de compensación en los ramos no personales de los siniestros que afectando a los bienes asegurados no sean susceptibles de garantía mediante póliza de seguro privado ordinario, de donde el Consorcio resulta ser un asegurador complementario de asegurador privado, si bien el seguro entre el Consorcio y el asegurado sea distinto del concertado entre éste y el asegurador privado, llevándose a cabo la concertación de aquel seguro a través o por un intermediario del asegurador privado en el momento de contratar un seguro en cualquiera de las modalidades permitidas por la Ley Complementariedad importante a efectos de determinar los objetos asegurados, su situación, la suma asegurada, el alcance de la cobertura, el importe de la prima, recargos e impuestos, la duración del contrato con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos.

ES VALIDO EL ALZAMIENTO DEL EMBARGO REALIZADO SOBRE BIENES MUEBLES CUANDO CONSTA CON ANTERIORIDAD A LA TRABA LA INSCRIPCION REGISTRAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1996.)

El pacto de reserva de dominio es una de las garantías que válidamente pueden establecer los contratantes y que será oponible a terceros si los contratos en que se inserten se inscriben en el Registro especial, teniendo el vendedor así mismo la acción de tercería de dominio para obtener el alzamiento del embargo trabado sobre los bienes muebles vendidos siempre que la inscripción sea anterior al embargo trabado. Pues el pacto de dominio no atribuye al vendedor un crédito preferente frente a los terceros acreedores del comprador, sino que es una garantía del cobro del precio aplazado cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada.

INCLUIR EN UN SOLO MOTIVO PRETENDIDAS INFRACCIONES DE DIVERSOS Y HETEROGENEOS ARTICULOS QUE NO TIENEN RELACION ENTRE SI CONDUCE A LA INADMISION DEL RECURSO Y, EN FASE DE DECISION, A QUE SEA DESESTIMADO. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Plantear un motivo casacional como infringidas una conjunción de normas del ordenamiento jurídico sin la adecuada separación lo tiene vedado la doctrina jurisprudencial por cuanto proyecta confusión en el razonamiento de la pertinencia y fundamentación del motivo que es obligación insoslayable de la parte recurrente.

AL EXISTIR UNA CONDENA PENAL NACE SIN MAS REQUISITO LA RESPONSABILIDAD CIVIL «EX DELICTO». (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La responsabilidad civil *ex delicto* nace directamente del delito y queda concretamente definida y consumada su existencia por el solo hecho de la condena penal, sin necesidad de ninguna otra justificación o prueba, y este nacimiento se produce aunque después conozca de la misma el Juez civil por no haberse sustanciado en el proceso penal; o dicho de otro modo, es una consecuencia obligada nacida directamente del delito.

COMPATIBILIDAD DE LA INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA DERIVADA DE LA CULPA EXTRACONTRACTUAL (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Es competente la jurisdicción civil ordinaria para resolver cuestiones aunque entre los litigantes medie relación laboral, pues existe compatibilidad de las indemnizaciones que puedan corresponder por accidente de trabajo y las que puedan dimanar de los actos encuadrables en culpa extracontractual, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales civiles. Procede la dualidad de pretensiones por no ser irreconciliables, pues la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, sino que reconoce expresamente que puedan derivarse del hecho otras acciones distintas a las regidas por las leyes laborales, y así lo dicen los artículos 97.3 y 93.9 de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974.

EFFECTOS DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996)

La relatividad del contrato significa que tiene eficacia directa, refleja o mediata para los terceros, los cuales han de respetar la situación jurídica creada si la conocen, lo que les obliga a no celebrar con ninguna de las partes otro contrato incompatible con el anterior que frustre su cumplimiento o el interés del otro contratante. El principio de relatividad del contrato no es

principio tan absoluto que permita a un tercero desconocerlo, pues le obliga el principio general de derecho de la buena fe que, con mayor razón, ha de afectar a quien es parte en ambos contratos, de manera que es quien se aprovecha en beneficio propio del trabajo realizado por el otro contratante en el primer contrato quien infringe los artículos 7.1 y 1.258 y, en relación con éste, 1.283 del Código Civil.

LOS INTERESES MORATORIOS Y PROCESALES SURGEN «OPE LEGIS» SIN NECESIDAD DE PETICION Y HAN DE SER CONTABILIZADOS EN BASE A LA CANTIDAD CIERTA A QUE SE CONDENÓ. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1996.)

Una interpretación finalista del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite afirmar que el precepto pretende aminorar los efectos del retraso en el pago efectivo, máxime si la cantidad principal tiene una finalidad reparadora como ocurre en aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, finalidad que no conseguiría si no se toma en cuenta la devaluación o pérdida del poder adquisitivo.

Los intereses del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se devengán desde la fecha de la Sentencia, aunque en caso de revocación parcial el Tribunal resolverá conforme su prudente arbitrio.

NO CABE LA RECTIFICACION DEL SUPPLICO DE LA DEMANDA EN UN MOMENTO PROCESAL IMPROPIO COMO ES EL DE LA COMPARECENCIA DEL JUICIO DE MENOR CUANTIA. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1996.)

En la comparecencia no se pueden hacer modificaciones sustanciales en la súplica de los escritos rectores del pleito en razón del principio de economía procesal. Pero tampoco es posible que la Sala acceda a declarar la nulidad de actuaciones, pues el fallo de la Sentencia de la Audiencia se daba en base de lo que tanto la antigua súplica de la demanda como la nueva tenían de común, desechando lo que se pedía por primera vez en la última. La nueva súplica no era más que la antigua pero mejor redactada para su más fácil comprensión, que debe entenderse permitida.

REQUISITOS DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1996.)

El artículo 1.504 del Código Civil exige que el vendedor haya efectuado previamente el requerimiento judicial o notarial en el que se manifieste su voluntad de dar por resuelto el contrato; igualmente, la jurisprudencia ha dicho repetidamente que no tiene el carácter de requerimiento previo el efectuado mediante la presentación de la demanda. Máxime si como ocurre en el caso de autos es la propia demanda la que expresamente señala que «tiene lugar mediante esta demanda, resolviendo de modo definitivo el contrato de compraventa».

INAPLICACION DE LEYES POSTERIORES AL CONTRATO DE AGENCIA.
(SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

No es posible la aplicación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia ni la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes independientes (86/653/CEE) a una relación contractual constituida y resuelta con anterioridad a la vigencia de las misma. En el caso de autos se reclamaba una cantidad por un agente comercial contra la sociedad en que trabajaba que sólo fue estimada en relación con las comisiones debidas en el ejercicio del período de tiempo en que trabajó, rechazándose las indemnizaciones solicitadas al apreciarse que el contrato fue rescindido por la sociedad al concurrir causa justificada.

SUMISION A ARBITRAJE PRIVADO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1996.)

En un contrato de transacción extrajudicial suscrito en 1984 las partes acuerdan la sumisión a arbitraje privado. Fecha anterior a la publicación de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, de manera que cuando fue promovido el proceso era competente para conocer del litigio el Juzgado de Primera Instancia, jurisdicción que se extiende a los órganos jurisdiccionales que hubieran de intervenir en las sucesivas instancias procesales en virtud del principio *perpetuatio jurisdictionis* en base a la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953.

ES IMPROCEDENTE LA CONSIGNACION DEL PRECIO MEDIANTE EL DEPÓSITO DE CHEQUES CRUZADOS NO CONFORMADOS. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1996.)

Los cheques depositados —barrados o cruzados en el *argot* bancario— ni tienen la garantía propia del aval bancario ni, menos aún, valor como cheques bancarios conformados. Instrumentos de pago que aunque cumplen la función del dinero efectivo no cumplen las funciones en materia de retracto como obligación de pagar por otro que contrae el fiador, bien de forma subsidiaria o bien de forma solidaria con el deudor. La Ley resulta previsoramente respecto a la exigencia de consignación del precio conocido a fin de evitar demandas temerarias y procesos inútiles. Actúa como refuerzo que decide y apuntala la voluntad del retrayente de su recta intención y deseos de querer y poder ejercitar su derecho de retracto. El término consignación no debe entenderse como depósito en metálico sino como garantía, en forma tal que el adquirente, si prospera la demanda de retracto, tenga la seguridad de que recibirá el precio de la adquisición. El aval bancario cumple perfectamente esta función, que es la *ratio legis* del establecimiento del requisito legal.

LA CUANTIA LITIGIOSA RECLAMADA NO SUPERA LOS LIMITES DEL ARTICULO 1.687, APARTADO 1, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PROCESAL. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Las Palmas de Gran Canaria en Sentencia de 9 de mayo de 1990 estima la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en Sentencia de 14 de diciembre de 1991 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

En el presente caso se dilucida la repercusión o no de la Ley 10/1992, de 30 de abril, que en esos momentos transcurre en un intervalo del procedimiento en base a que los efectos procesales de la decisión que recaiga se retrotraigan al día siguiente de la notificación de la Sentencia y que en la resolución entonces pendiente o en la diligencia de notificación se hiciese constar que sobre la misma cabía la interposición del recurso de casación en los términos y condiciones regulados por el ordenamiento vigente cuando se dictó la Sentencia mencionada, a lo que ha seguido, en 17 de julio de 1992, auto en el que exclusivamente se aclara la Sentencia y se desestima el recurso de súplica; más tarde, por escrito de 31 de julio de 1992 se solicita se tenga por preparado el recurso de casación contra la Sentencia de 14 de diciembre de 1991 y previa comunicación a la otra parte por cinco días para que manifieste lo que a su derecho convenga. Pero el Ministerio Fiscal se opone en dictamen de 30 de septiembre de 1993 a la admisión de este recurso de casación por razón de que la cuantía litigiosa no supera los límites que establece el artículo 1.687.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En resumen, se evidencia que tanto la *resolución de la preparación* como la *admisión* se produjeron después de la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 30 de abril.

DECLARACION DE PERFECCIONAMIENTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE FINCA. LOS ARTICULOS 1.091 Y 1 504 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid en Sentencia de 12 de abril de 1991 estima la demanda principal. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18) en Sentencia de 10 de noviembre de 1992 desestima el recurso de apelación y confirma la Sentencia dictada.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Don Evaristo García Gómez en escritura pública suscrita el 4 de mayo de 1984 a «Tarkes, Sociedad Anónima», compró una participación individual equivalente a doce enteros cinco centésimas de finca; en dicha escritura se hizo constar que la participación transmitida daría derecho al adquirente en su día a la adjudicación de un local comercial en la planta baja del edificio; se pacta el precio de la compra en treinta millones de pesetas, de las que se pagan catorce millones de pesetas, se había satisfecho ya un millón y se suscriben por el comprador doce letras de cambio de un millón doscientas cincuenta mil pesetas cada una; dichas letras fueron satisfechas, a excepción de una por recibir el demandante un escrito en el que se ve seriamente perjudicado.

Doctrina de la Sentencia —En la presente litis no hay voluntad manifiestamente rebelde al cumplimiento. El impago de una sola letra de un precio total pactado no puede dar lugar a resolver el contrato. En el concreto supuesto de autos, la realidad fáctica que estimó el Tribunal *a quo* establece que ni existió un impago duradero ni dicho retraso estuvo previsto de justificación y motivación. No se desconoció por el Tribunal la exigencia formal de requerimiento ni se infringió doctrina jurisprudencia por la sociedad recurrente. No existió tampoco en el comprador una voluntad de incumplimiento y, por tanto, no se infringen los artículos 1.091 ni 1.504 del Código Civil.

La cuestión objeto del debate se centra exclusivamente en determinar si el impago de la letra, ya mencionada, constituye o no un motivo de resolución del contrato de compraventa. Hemos de aludir en este momento al tenor explícito de la cláusula 4ª del mismo contrato, la cual constituyendo LEY ENTRE PARTES, según lo determinado en el artículo 1.091 del Código Civil, dispone la siguiente condición resolutoria. «A falta de pago por la parte compradora de la cantidad aplazada o de una cualquiera de las letras de cambio de vencimiento, se le confiere el carácter de condición resolutoria explícita de esta compraventa. Para que la entidad vendedora pueda volver a inscribir a su favor la retransmisión del dominio de la participación indivisa de la finca vendida bastará el acta notarial en que se notifique al comprador la resolución, constando en ella el transcurso de las cuarenta y ocho horas siguientes, sin el pago de la parte del precio vencido y los gastos producidos. La entidad vendedora recuperará en tal caso el pleno dominio y la posesión del derecho de la parte indivisa de la finca vendida, libre de cualquier carga o gravamen impuesto por la parte compradora, incluso de arrendatarios u otros ocupantes; y la parte compradora perderá además como pena el cincuenta por ciento de la parte del precio ya satisfecho hasta el momento de la resolución, así como la totalidad del importe de los gastos y mejoras hechos en la finca cuya participación indivisa se transmite o por cualquier otra consecuencia de esta compraventa. A pesar de lo estipulado en esta cláusula literalmente reproducida, hemos de decir que es muy reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara que el requerimiento resolutorio del artículo 1.504 del Código Civil es obstativo al pago del deudor y que una vez practicado por el vendedor al comprador éste ya no puede pagar ni consignar para evitar su consecuencia y que el Juez tiene vedada la posibilidad de concederle nuevo término para pagar; y a este respecto habrán de tenerse en cuenta las Sentencias de 26 de enero de 1988, 2 de junio de 1989, 9 de marzo de 1990, 7 de junio, 20 de marzo, 13 y 4 de abril de 1992. Al amparo de la libertad contractual a que aluden los artículos 1.255 y 1.256 del Código Civil, los que contratan pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, cuyo entramado obligacional, a tenor del artículo 1.091 del Código Civil, tiene fuerza de Ley entre las partes contratantes; pero aunque así se reconoce por la Sentencia, es también cierto que en materia interpretativa de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia que ha de prevalecer *su criterio* a menos que careciera de lógica y razonabilidad, lo que es doctrina consolidada de la Sala; y no es menos cierto que en el caso concreto que analizamos el precipitado artículo 1.091 no puede ser considerado de forma aislada, sino integrado en el contenido de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil. Así, es evidente que la aplicación de las prescripciones contenidas en estos preceptos, y más en concreto la referente a la resolución

contractual, se encuentra supeditada al factor material del pago del precio en tiempo convenido, generando la falta del mismo un incumplimiento del contrato por el comprador; pero no se puede olvidar que la cuestión de cumplimiento o incumplimiento es de índole fáctica y está sujeta a la apreciación del Juzgador, y el incumplimiento del artículo 1.504, impago del precio en el tiempo convenido, no puede estar representada por un simple retraso en el cumplimiento de semejante obligación pues requiere la concurrencia de una voluntad inequívocamente obstativa al respecto que venga a frustrar el fin económico del contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor, es decir, la existencia de un impago prolongado en el tiempo y carente de justificación razonable.

A pesar de lo dicho, la tesis jurisprudencial a la que se acogen las dos sentencias recurridas es a la que mantiene que la aplicación de la facultad resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil requiere no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el comprador, sino que *es necesario que exista una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento por parte del comprador.*

RECLAMACION DE CANTIDAD. EJERCICIO DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Orense en Sentencia de 15 de octubre de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Orense (Sección 1.ª) en Sentencia de 22 de abril estima en parte el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Muerte por electrocución de Benito Segúin Veiga, de 14 años de edad, que se había subido a una columna de línea de alta tensión.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso el único motivo del recurso —al amparo del art. 1.692.4 LEC, por infracción de los arts. 1.968 2 y 1.969 CC y de la jurisprudencia— aplicable a *causa* de la prescripción de la acción ejercitada por la presentación de la demanda fuera del plazo de un año se desestima porque los actos efectuados en el proceso se consideran procesalmente necesarios para la efectividad de la decisión del Juzgado, siendo a partir de la última actuación cuando comienza para la recurrida la posibilidad de ejercitar las acciones del artículo 1 902 del Código Civil.

VULNERACION DEL PRINCIPIO DE QUE NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS («VENIRE CONTRA FACTUM PROPIM») INFRACCION DE LOS ARTICULOS 1.256 Y 1.257 DEL CODIGO CIVIL, ENTRE OTROS. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Zaragoza en Sentencia de 20 de enero de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) en Sentencia de 23 de noviembre de 1992 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

Nos encontramos ahora ante un supuesto claro de novación extintiva, de ahí la infracción a los artículos 1.203, 1.205 y siguientes del Código Civil. Además, se analiza la vulneración del principio de creación jurisprudencial del enriquecimiento injusto o sin causa y del artículo 1.157 del Código Civil en el sentido de que no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiera entregado la cosa o hecho de la prestación en que la obligación consiste; de ahí la también vulneración del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Se alude en dicha litis a la infracción de los artículos 1.256 y 1.257 del Código Civil, así como muy particularmente a la *vulneración* frontal del *principio de que nadie puede ir contra sus propios actos*; ante esto hemos de decir que la Sentencia recurrida no tiene en cuenta que la Caja no fue parte en el otorgamiento de la escritura de 19 de julio de 1988 (subrogación y asunción de deuda) de «Fridetesa», ni intervino en la tasación de la finca hipotecada, ni tomó parte en la subasta del inmueble hipotecado, ya que fue el Banco Vitalicio quien como acreedor de «Fridetesa» reclamó la nueva deuda y quien adjudicó la finca hipotecada. La Sentencia recurrida reconoce que el Banco Vitalicio tiene pendiente una obligación de pago con la Caja derivada de las pólizas de las que la Caja era beneficiaria-cesionaria, pero incomprensiblemente cuantifica la cantidad a percibir por la Caja equiparándola con lo que la aseguradora ofreció en subasta como precio de la finca. La Caja tiene derecho a exigir que se le haga entrega de las cantidades que se le adeuda por Banco Vitalicio —infracción del art. 1.257 CC— que hace referencia a la eficacia relativa de los contratos.

La Sentencia admite la formalización del préstamo de la escritura de 13 de junio de 1988 con la garantía de tres pólizas de seguro, de las que era beneficiaria y cesionaria la Caja de Ahorros, habiendo suscrito Banco Vitalicio todos los pactos de dicha escritura y obligándose abonar a la cesionaria cualquiera de las cantidades que le pudiera corresponder como consecuencia del ejercicio de sus derechos en su doble condición de CESIONARIA y BENEFICIARIA. Y si esto resulta claro, Banco Vitalicio no puede alegar posteriormente el impago de las primas de los seguros cuando de las propias pólizas resulta lo contrario, habiendo inducido a que la Caja celebrase un contrato de préstamo cuya formalización tiene base en la garantía de esas pólizas, siendo incuestionable que el apoderado del Banco Vitalicio no hubiera firmado la escritura de préstamo ni embargado las pólizas si las primas no hubiesen estado pagadas —infracción de los arts. 1.256 y 1.257, ya aludidos, del Código Civil—. La inequívoca conducta de Banco Vitalicio configura lo que la doctrina y la jurisprudencia califican como «*actos propios*» que obligan a aceptar las consecuencias vinculantes derivadas de los mismos, sin que sea lícito desconocer el efecto jurídico que se desprende (SS. de 23-12-59, 13-6-60, 16-10-65, 22-4-67, 11-3-78 y 27-2-81, entre otras); y es evidente que *Banco Vitalicio al no hacer efectivas las obligaciones pendientes con la Caja y derivadas de las pólizas no respeta sus propios actos*, de ahí la vulneración del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos («venire contra factum proprium»). Se ha de añadir que Banco Vitalicio tenía pendiente con la Caja el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción de las pólizas frente a los que la Caja ostentaba el doble carácter de beneficiaria y cesionaria, es decir, la subsistencia y eficacia obligacional de la escritura de 13 de junio de 1988, y esto por tener la Caja la referida condición de tercero en relación con lo establecido en la escritura de 19 de julio de 1988. Al no haber reconocido la Sentencia

recurrida la tan reiterada condición de tercero y la subsistencia de la obligación de pago dimanada de la escritura de 13 de junio de 1988, vino a infringir los preceptos citados y que deben ser acogidos.

RECLAMACION DE PRECIO POR MAYOR OBRA. EL ARTICULO 1.593 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Murcia en Sentencia de 21 de noviembre de 1992 estima la demanda parcialmente. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª) en Sentencia de 28 de octubre de 1993 estima el recurso de apelación también parcialmente.

No ha lugar al recurso de casación

Hechos.—Se celebra contrato de arrendamiento de obra para la reforma, adaptación y decoración de dos locales comerciales sujetándose a los presupuestos ofertados y aceptados; al margen de dichas obras convenidas se produjo un aumento aceptado de las mismas.

Doctrina de la Sentencia—En este caso la demanda no contiene un reconocimiento explícito que autorice la aplicación inevitable de los precios iniciales concertados, y al no haber pacto alguno al respecto ni acuerdo entre los litigantes corresponde su fijación por vía judicial; al haberse promovido contienda procesal al respecto, el importe de las obras modificativas como consecuencia de la valoración de las pruebas suministradas es correcta, los precios de las obras constructivas no se mantienen estáticos al ser de continuo sometidos a variación, por lo que la subsistencia y aplicabilidad de unos precios iniciales requiere el necesario consenso de los interesados, cosa que en nuestro caso no sucede

El artículo 1.593 del Código Civil se interpreta en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra como precio tasado por ajuste alzado no ha de aplicarse a los supuestos de obras no presupuestadas que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto inicial, lo que se conoce como aumento de obra, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente, recibéndolas y aceptándolas. En el presente caso la discrepancia de los que litigan se concreta precisamente no sobre la realidad de los incrementos de obra separados, sino sobre su valoración económica

CONTRATO DE SUBASTA POR ADHESION. LOS DERECHOS DE LOS ADJUDICATARIOS SELECCIONADOS. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 32 de Barcelona en Sentencia de 14 de enero de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) en Sentencia de 7 de junio de 1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia—El caso de autos trata de la observancia y cumplimiento de las condiciones establecidas y hechas públicas por la vendedora que integraron la reglamentación contractual del acto jurídico de subasta

notarial que pretendía llevar a cabo con independencia y sujeción en todo caso de las mismas, a las que se adhirieron los licitadores por el solo hecho de concurrir a la puja y cumplir los presupuestos establecidos para adquirir tal condición y poder hacer efectiva de esta manera su participación en la compra de la finca ofertada; de ahí que no sean efectivos terceros

En el caso de autos, llegado el día señalado para otorgar la escritura de venta, si el primer oferente no se presenta o no hubiera aportado la cantidad que conforma el precio que ofertó, aparte de hacer suya la fianza, debía de llevar a cabo comunicación al segundo subastador seleccionado en igual forma que para el primero y convocarlo a fin del otorgamiento de escritura notarial. La recurrente no concurrió al acto de la firma de la escritura y menos abonó el precio ofertado, con lo que decayó en sus derechos dada la literalidad de las condiciones bajo las que tendría lugar la puja, las que proyectan su oferta para privar de perfección blindada e inatacable la venta posterior, pues con este proceder se vinieron a causar perjuicios al negarle derechos que ya habían accedido a su patrimonio; como consecuencia de lo antedicho resurgió el derecho del adjudicatario provisional en la reserva que permanecía en tanto en situación de espera y que sólo habían de extinguirse de haberse celebrado la compraventa, con sujeción y cumplimiento de su regulación específica, la que presenta lícita y ajustada a las previsiones del artículo 1.258 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; estamos, pues, en presencia de un vinculante contrato de subasta por adhesión que se proyecta al previsto y posterior contrato de compraventa, produciéndose relaciones jurídicas exigibles que autorizan el ejercicio de las acciones que de ellas pueden derivarse en cuanto quedaron perfectamente definidos los derechos y obligaciones de los interesados, llegando con ello a su perfección.

En nuestro caso las bases de la subasta fijaban dos plazos: el primero, se refería al de cuarenta y ocho horas desde la subasta y obligaba a la vendedora a convocar al adjudicatario del concurso para el otorgamiento de la escritura. El segundo se presenta como una convocatoria directa y con efectos decisivos para el adjudicatario, ya que una vez citado para el día determinado la escritura se otorgaría pasados el plazo mínimo de ocho días, a contar desde la comunicación hasta el día señalado para la firma. Dichos plazos fueron cumplidos. No se estableció ningún plazo máximo, sino uno esencial, y es que el día señalado para la escritura de compraventa el adjudicatario seleccionado debería comparecer ante el Notario designado y pagar el precio que integró su oferta. Esta condición es la que no cumplió la recurrente, ocasionando la pérdida de su situación prioritaria, que había adquirido por razón del mayor precio ofertado y haber cumplido los requisitos previos para participar en la subasta notarial de referencia.

VICIOS EN LA CONSTRUCCION. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS RECURRENTES EN EL PROCESO CONSTRUCTIVO CUANDO NO ES POSIBLE LA INDIVIDUALIZACION DE RESPONSABILIDADES (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid en Sentencia de 20 de marzo de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14) en Sentencia de 3 de diciembre de 1992 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

La sentencia analiza la «complejidad a la hora de discriminar conductas». Se aprecian las relaciones existentes entre la promotora-vendedora constructora y técnicos intervinientes en la ejecución de la obra contratada. Se desgaja una especie de coautoría de todos aquellos que intervinieron en la posición que en su momento asumieron y que intervinieron en su negociación y desarrollo. Existe responsabilidad por parte de todos los intervinientes en el proceso constructivo, en concreto los demandados en la litis, responsabilidad que se configura como solidaria conforme al sentir jurisprudencial en supuestos como el presente que nos ocupa de ruina acreditada.

NULIDAD DE CONTRATO PRIVADO DENOMINADO PROMESA DE VENTA. LA EFECTIVIDAD DE LAS ARMAS PENITENCIARIAS QUE CARECEN DE PACTO EXPRESO. (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid en Sentencia de 5 de abril de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20) en Sentencia de 5 de noviembre de 1992 revoca la anterior y dicta otra acogiendo parcialmente la demanda.

No prospera el recurso de casación.

Nos atañe ahora analizar en este asunto que los actores del pleito peticionaron en forma principal la devolución por duplicado de la cantidad entregada, que en el contrato se especifica como arras o señal, y el Tribunal de Instancia en el ejercicio de sus facultades de interpretación de las relaciones obligacionales alcanzó la decisión de que no se daba el supuesto facultativo que prevé el artículo 1.454 del Código Civil, que autoriza al vendedor a rescindir el contrato devolviendo el doble de las arras recibidas, sino que atendió a la reglamentación contractual del documento privado suscrito al producirse a cargo del vendedor la resolución pactada.

La jurisprudencia reiterada de la Sala al efectuar interpretación del artículo 1.454 del Código Civil, ya citado, ha declarado que para atribuir condición penitencial a las cantidades abonadas como arras es del todo preciso que la voluntad de los contratantes resulte clara y esté rotundamente expresada en el convenio, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipados entregados conformando pacto arral al efecto —entre otras hemos de citar las Sentencias de 6-2, 31-7, 28-9 y 24-12-92; 11-12-93; 15-3 y 11-4-94, y 4 y 28-3-93—, en nuestro caso la imputación de incumplimiento contractual que se hace a los compradores no se concretó con la petición de resolución del contrato, que se llevó a cabo en vía reconvenzional, al amparo del artículo 1.124 del Código Civil, y ni siquiera se alegó como oposición en el escrito de contestación de la demanda.

El recurrente no planteó judicialmente la cuestión de resolución del contrato por incumplimiento de los compradores, toda vez que requeridos aquellos para satisfacer el resto del precio convenido y otorgar escritura no pagaron; por tanto, se encontraban en la situación prevista de poder apartarse del negocio al no haber tenido lugar el pago total del precio del negocio. El recurrente no probó llevar a cabo actividad alguna para obtener la perfección y consumación definitiva de la compraventa, ya que el telegrama que remitió citando a los adquirentes ante el Notario lo fue en fecha posterior fuera de los plazos con-

tractuales, que de esta manera no respetó ni cumplió, llevando a cabo una actuación de cumplimiento arbitrario que no autoriza el artículo 1.256 del Código Civil y que la Sentencia de apelación califica como de apartamiento de la buena fe, apreciación que resulta consecuente pues no se probó que hubiera sufrido perjuicios al verse obligado a vender la finca a otras personas. Al separarse del contrato conforme a lo autorizado recobró la plena disponibilidad del inmueble y las facultades de especulación consecuentes.

El clausulado del contrato no contiene pacto condicional alguno; se aporta infracción del artículo 1.123 del Código Civil, que comprende las condiciones que tienen por objeto resolver las obligaciones de dar e impone a los interesados, cumplidas aquéllas, el deber de restituirse lo que hubieran percibido.

CONTRATO DE OPCION DE VENTA. RECLAMACION DE CANTIDAD PACTADA ENTRE PARTES. (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao en Sentencia de 20 de mayo de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 2^a) en Sentencia de 7 de septiembre de 1992 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda por el actor, señor Rojas, contra su hermana en reclamación de lo convenido por un contrato entre el mismo y la demandada, junto a sus otros tres hermanos, al suscribir «un singular» (*sic*) contrato de opción de venta en el que se reconocía al actor la quinta parte de los inmuebles y fincas aportadas a la mercantil «Sugrosa».

Doctrina de la Sentencia.—En este caso el actor tiene indudablemente un crédito contra los demandados que le adeudan la parte correspondiente que se le reconoció, y la obligación de pago no puede condicionarse al hecho de que los demandados transmitan a su vez las acciones puesto que el espíritu del contrato habla claramente *de resarcir al demandante* aprovechando la ocasión de la transmisión de las acciones, pero que los socios que no han transmitido se beneficiaron igualmente sin compensar al demandante.

En este contrato de opción de venta se reconoce un derecho personal de crédito a favor del actor, consiste en una quinta parte del importe que se obtenga por la venta de las acciones al actor; es a él al que pertenecía la quinta parte indivisa de su conjunto, por lo que nos encontramos ante el reconocimiento de un derecho de crédito a favor del actor de sus cuatro hermanos, que asumen la deuda con el compromiso de abonarle una quinta parte del precio; que si bien el actor no figura como accionista en el documento analizado, expresamente se recoge que los bienes aportados a esta sociedad aparentemente pertenecían a sus hermanos, pero que a él pertenecía una quinta parte; por lo tanto no se trata de una acción u acto de liberalidad, sino un reconocimiento de deuda. Los recurrentes han adquirido la totalidad de las acciones mediante su compra a los demás hermanos, por lo cual deben pagar la cuarta parte restante de esa quinta parte reconocida.

No se puede alegar vicio de incongruencia, razón: no sólo por lo aducido sobre que la cantidad a abonar por la recurrente a la parte recurrida ha de ser la misma que la que satisficieron el resto de sus hermanos, sino porque tampoco el hecho que se expone de que por el actor se afirmó que la opción

inserta en dicho contrato había quedado caducada contraviene lo proclamado en la Sentencia porque el vicio de la incongruencia supone, sin más, una alteración entre la declaración judicial y los términos del *petitum* tanto en calidad como en cantidad.

Es además insuficiente que la reclamación se presente contra la parte demandada en concreto, ya que ésta ha sido la que no sólo suscribió el documento y la que se obligó a sus consecuencias, sino la única que no ha cumplido el compromiso de pago; y ello no puede afectarle ni a la propia empresa ni a los demás accionistas, ni a los hijos de los mismos. El actor no reclama una cantidad que pudiera en su caso diferir de la abonada por sus hermanos, sino que reclama el derecho reconocido en el documento en cuestión; y por lo que respecta a la parte demandada, se concreta en que abone ésta exclusivamente a lo que se obligó, esto es, al pago de la cuarta parte de la quinta parte del valor de los inmuebles aportados a dicha sociedad.

En definitiva, hemos de decir que está perfectamente calificado el documento en cuestión y el contenido de la obligación asumida por los suscribientes en correspondencia con el reconocimiento de la quinta parte del valor de las aportaciones verificadas, siendo inconsistente la denuncia de que dicho contrato carece de la causa preceptiva que se intercala y se exige en el artículo 1.275 sobre la existencia de contrato y sus requisitos que son facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, bien denunciando la existencia de error de hecho con cita concreta del documento que la evidencia, bien alegando error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida.

ACUMULACION DE ACCIONES. RESOLUCION CONTRACTUAL CON EFECTOS «EX TUNC». CULPA EXTRA CONTRACTUAL (ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL). (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia de Cazorla en Sentencia de 26 de diciembre de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén en Sentencia de 1 de junio de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia—Las partes en la presente litis subordinan la eficacia del negocio a la producción del evento como la resolutoria, con lo que el negocio produce inmediatamente sus efectos, aclarando que de su cumplimiento depende la resolución o pérdida de los derechos ya adquiridos, admitiendo consiguientemente que la realización del evento produzca la resolución con efecto retroactivo (*ex tunc*) o bien la pérdida del derecho *ex nunc*, dejando subsistente todo lo que se ha producido durante la pendencia, ocurriendo en el caso que nos ocupa que la Audiencia optó por el primer supuesto, tomando como efecto de la resolución extinguir retroactivamente las obligaciones recíprocas, con desaparición de la eficacia del contrato y el retorno a la situación existente antes de su celebración, con la consecuencia de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones, cual sucede en los casos de nulidad y rescisión y en la condición resolutoria expresa del artículo 1.123 del Código Civil. La resolución produjo efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos, de manera que

los actores, en cuanto propietarios del inmueble dañado, están plenamente legitimados para ejercitar la acción reparadora del artículo 1.902 del Código Civil, lo que hace perecer el motivo en el que se pretende analizar la prueba.

En el caso que nos ocupa el acto ilícito consistió en la omisión de las medidas de aseguramiento necesarias en el vaciado y destierre del edificio y destierre del edificio colindante al objeto de realizar en ella una nueva construcción; y al realizar tales operaciones sin entibación ni apuntalamiento, especialmente teniendo en cuenta la rampa o desnivel del solar, se produjo un corrimiento de tierras que originó tal quebranto en el edificio de los actores que fue necesario declararlo en estado de ruina. De este párrafo transcrito se desprende: la omisión culposa, el resultado dañoso y el nexo causal por el desprecio a la *lex artis* exigible al técnico director de la obra, sin que sea procedente volver a relacionar lo que antecede con la ineficacia del contrato ni con un nuevo examen de la prueba.

En base a lo preceptuado en el artículo 1.902 del Código Civil, el mismo comprende el daño moral, referido hoy día no sólo al ataque de los derechos de la personalidad y sí al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales; pero ello no ha de producirse en todo caso y cuando, como aquí ocurre, no se dan por probados tales daños, la valoración probatoria había de combatirse adecuadamente.

Se elega también la infracción del artículo 1.902 del Código Civil por denegarse el importe de los honorarios correspondientes a los técnicos que emitieron informes acompañados a la demanda sobre naturaleza y cuantía de los daños sufridos. Tiene razón la Audiencia cuando considera que tales gastos fueron innecesarios y que las pericias pudieron producirse dentro del proceso y seguir el régimen de las costas procesales, pues ni siquiera pueden incluirse en éstas las partidas de las minutas que se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito, y menos afirmarse que tales pericias se crearon de forma «necesaria» para cumplir el mandato del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (acompañar a la demanda los documentos en que la parte funde su derecho), ya que la prueba pericial puede y debe practicarse dentro del proceso para que tenga plena eficacia. La reclamación de cantidad por invasión del edificio construido sobre el solar nada tiene que ver con la acción por ineficacia del contrato ni con la reparadora por culpa extracontractual, que fueron las acumuladas, por lo que correspondería sólo la acción reivindicatoria.

LA ACCION INDEMNIZATORIA QUE EXIGE LA PRUEBA CUMPLIDA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. (ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL). (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona en Sentencia de 29 de noviembre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) en Sentencia de 12 de febrero de 1993 desestima el recurso de apelación y confirma la Sentencia dictada en autos.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia—Se reclama en concepto de indemnización de los daños y perjuicios que se dicen causados al actor por la resolución unilateral por la aseguradora demandada del contrato de agencia en virtud del cual el actor ejercía «las funciones propias de un corredor de seguros para dicha

compañía aseguradora». Las causas o razones de los daños-perjuicios cuya indemnización se deriva son:

- Ser inútil la infraestructura creada por la falta de trabajo a realizar
- Pérdida de comisiones por la anulación de la cartera.
- Empobrecimiento en el patrimonio del actor por la anulación de la cartera, independientes o no de que la demanda mantenga o no las pólizas contratadas.
- El desprestigio del demandante de la conducta de la aseguradora frente a los asegurados.

En realidad el corredor de seguros es un mediador de seguros privados no vinculado a las compañías aseguradoras por un contrato de agencia de seguros, al modo que está el agente de seguros, debiendo calificarse la relación jurídica que le liga con las entidades aseguradoras y como lo hace la Sentencia de primera instancia, como contrato de mediación que es de duración indefinida y referida a operaciones futuras, contrato atípico que se regirá por los pactos establecidos voluntariamente y que no vulneren los límites que a la autonomía privada señala el artículo 1.255 del Código Civil y por las normas generales de las obligaciones y los contratos. La falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiera producido de forma abusiva.

En el caso que nos ocupa no se prueba:

- Que el demandante haya tenido que desmontar su organización a consecuencia de la resolución del contrato ni que tal organización la tuviese dedicada a la gestión de su cartera.
- Que el demandante haya perdido su cartera por la repetida resolución unilateral.
- Que exista un enriquecimiento injusto por la aseguradora.
- Que haya existido desprestigio sufrido por el recurrente a consecuencia de la resolución del vínculo que la ligaba con la aseguradora recurrida.

En el presente caso no se puede afirmar que la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona viniese obligada a plantear la cuestión prejudicial en base a lo establecido en el artículo 177.2 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, ya que la Sentencia que se había de dictar resolviendo el recurso de apelación era «susceptible de ulterior recurso judicial de derecho interno», es decir, el recurso de casación. Además, el Tribunal no está vinculado por la petición de las partes, sino que corresponde al mismo la decisión de si es necesario para emitir su fallo el planteamiento de la cuestión, como entiende la doctrina sobre la pertinencia de las cuestiones planteadas. En nuestro caso las cuestiones suscitadas en apelación eran innecesarias para que la Sala de la Audiencia resolviese la cuestión litigiosa, versando ésta sobre una resolución unilateral de un contrato de mediación de seguros, entendiendo por agente comercial a toda persona que como intermediario independiente se encargue de forma permanente de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo «empresario», la venta o compra de mercancías; y esas operaciones es evidente que no constituyen el objeto de la actividad de un mediador de seguros como es el demandante.

El demandante recurrente cambia su posición jurídica de mantener en su demanda la existencia de un contrato de agencia, que pasa a reconocer en el acto de la vista del recurso de apelación que era y es corredor de seguros y no fue agente de la demandada, si bien su relación tiene matices propios de la agencia, como era el pago de una subvención fija, alegando que tiene derecho el demandante no sólo a las comisiones de cartera, sino a las indemnizaciones previstas en la Directiva de la Comunidad; tal planteamiento supone la introducción en el recurso de apelación de una cuestión nueva no alegada en la primera instancia, ya que en la demanda se instaba indemnización de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, causados al actor por la improcedente resolución por la demandada del contrato de agencia que alega existir entre las partes, pero sin que en la demanda se formulase reclamación alguna en relación a los derechos que al corredor de seguros corresponda sobre las comisiones de cartera, y se introduce así una cuestión nueva.

SIMULACION ABSOLUTA DE CONTRATO. NULIDAD DE CANCELACION DE SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Molina del Segura estima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª) en Sentencia de 30 de noviembre de 1992 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

En la demanda no se alude como causa de nulidad del contrato a la simulación del mismo y sí se describe en el fallo la inscripción del demandado y, con todo detalle, la inscripción a cancelar; tratándose de una sola finca nada importa que su descripción se ajuste a la del demandante, error meramente material que, ciertamente, pudo corregirse en aclaración de Sentencia, pero igualmente en ejecución de la misma, de manera que tal extremo no pueda fundamentar la casación.

La compraventa entre los demandados carece de *causa* verdadera y *conduce* a la declaración de nulidad del negocio por falsedad de aquélla, quedando desvirtuada la presunción legal de su existencia. La existencia de la causa es una cuestión de hecho y la determinación de su existencia es de orden fáctico, e incluso la existencia o no del contrato y la concurrencia o no de sus requisitos esenciales es cuestión fáctica reservada a la instancia, que ha de mantenerse en casación salvo que se impugne por vía adecuada.

RECLAMACION DE CANTIDAD. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Sevilla en Sentencia de 13 de febrero de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) en Sentencia de 22 de septiembre de 1992 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia—Es doctrina mantenida por la Sala que el concepto jurídico procesal de la congruencia implica una correlación entre las pre-

tensiones deducidas en el juicio y la parte dispositiva de la Sentencia a fin de que, correspondiéndose, queden resueltas las cuestiones controvertidas, circunstancia ésta que se da en nuestro caso. En realidad se discute la aplicación al litigio del artículo 1.124 del Código Civil. La Sentencia de instancia condena a los demandados al reintegro a la demandante de la parte del género vendido y no entregado por la demandada vendedora, que fue lo pedido en la demanda, como consecuencia de la petición implícita de resolución del contrato y que resulta de la interpretación del suplico a la luz del relato fáctico de la demanda y de su fundamentación jurídica. La Sala *a quo* entiende que los firmantes del documento en conflicto se constituyeron en fiadores del cumplimiento de los acuerdos adoptados por las personas jurídicas a quienes representaban.

Es doctrina reiterada de la Sala que la suscripción de un documento supone la aceptación de todo su íntegro contenido por quien pone su firma en él.

A lo largo del expositivo se determina que en el contrato de compraventa mercantil la obligación de entregar la cosa vendida por el vendedor queda cumplida con la puesta a disposición del comprador, ha de tenerse en cuenta que la declaración de si se ha producido o no esa puesta a disposición, cumplimiento por el vendedor de su obligación de entrega es una cuestión de hecho cuya apreciación es facultad privativa de la Sala *a quo* que sólo puede ser combatida en casación a partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, alegando error de derecho en la valoración de la prueba.

CULPA COMPARTIDA DE DEUDOR Y ACREEDOR. EL ARTICULO 1.182 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid en Sentencia de 28 de diciembre de 1990 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.ª) en Sentencia de 10 de noviembre de 1992 confirma la Sentencia antedicha.

Triunfa el recurso de casación.

La imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación fue debida a la culpa compartida de ambas partes contratantes, es decir, que en el presente caso la Sentencia recurrida no declara probado que la imposibilidad de cumplimiento de la obligación no fuera debida a culpa del deudor/demandado, sino que de dicha imposibilidad de cumplimiento son responsables los dos, infringiendo la Sentencia el artículo 1.182 del Código Civil al no declarar la responsabilidad del demandado. Para que se produzca la extinción total de la obligación es necesario que la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación, pérdida de la cosa debida, no sea imputable sin culpa al deudor. En nuestra Sentencia se declara probado que en dicha imposibilidad de cumplimiento de la prestación intervino la culpa del deudor, pero no es sólo debida a la culpa exclusiva del deudor, sino también a la culpa compartida del acreedor; y la concurrencia de esta culpa da lugar a una moderación de la responsabilidad del deudor en lo referente al *quantum*, al equivalente económico que ha de sustituir a la prestación incumplida en función de la proporción en que se entienda que ha intervenido dicha culpa compartida del acreedor.

NO PUEDE PEDIR LA RESOLUCION DE UN CONTRATO LA PARTE QUE SE HALLA EN SITUACION DE INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES.
(SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid en Sentencia de 21 de febrero de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21) en Sentencia de 26 de octubre de 1992 estima parcialmente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

La recurrente incumple sus obligaciones como vendedora de la nave industrial hasta el punto que los compradores recurridos tuvieron que realizar a su costa los gastos necesarios para remediar las insuficiencias sin que fuesen abonados por la primera. Está claro que se encontraba en una situación e incumplimiento contractual que le imposibilita para resolver el contrato de compraventa, y de ahí queda que la recurrida se haya acogido a la *exceptio non adimpleti contratus* (opuesta por los demandados a la pretensión de resolución por impago del precio de venta que la actora ejercitó en la demanda rectora del procedimiento y la demanda reconventional en la parte que significan los gastos a los vendedores para dotar a la nave de la salida de emergencia).

FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA POR EL DEMANDANTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AYUNTAMIENTO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Játiva en Sentencia de 5 de junio de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª) en Sentencia de 25 de noviembre de 1992 estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación

Hechos.—Se produjo un accidente en el complejo acuático deportivo «Albufera de Anna» cuando la barca en la que viaja la víctima hizo agua a la mitad del recorrido hundiéndose en pocos segundos junto a uno de los amigos que le acompañaban; el otro había sido arrastrado por la embarcación hasta el fondo, no acudiendo nadie ni existiendo ninguna clase de medios para llevar un mínimo de asistencia que le hubiese auxiliado.

Doctrina de la Sentencia.—Existe falta de legitimación activa de la demandante por existir un interés opuesto entre las hijas y su madre en la herencia del padre. La Sentencia es congruente tanto con lo solicitado en la súplica como su *causa petendi*.

Se ejercita una acción de responsabilidad sin ninguna específica de si es de naturaleza contractual o extracontractual, por lo que el órgano judicial pudo hacer uso del principio *iura novit curia*. Ni siquiera en los fundamentos de derecho de la demanda se dice nada sobre la naturaleza de la responsabilidad.

Es inaceptable el que la acogida de la teoría objetiva para invertir la carga de la prueba le haya supuesto indefensión al demandante. Ello hubiera ocurrido si sobre él pesasen las consecuencias jurídicas de una falta de prueba de

los hechos y tal inversión probatoria no fuese procedente porque al supuesto litigioso no se le pudiera aplicar la teoría objetiva. La invocación de la teoría objetiva en la Sentencia no pasa de ser un *obiter dicta*, innecesario por inoperante, que nada añade ni quita a la decisión judicial.

RECLAMACION IMPROCEDENTE POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN SINIESTRO ASEGURADO POR NO ACREDITAR LA PREEXISTENCIA DE LAS MERCANCIAS DAÑADAS (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid en Sentencia de 11 de abril de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.ª) en Sentencia de 5 de noviembre de 1992 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Reclamación por la compañía de seguros «Winter» de indemnización por los daños sufridos en el conjunto de las instalaciones aseguradas por el incendio ocurrido el 28 de julio de 1989, más el incremento del 25 por 100. Tras la existencia de las pólizas de seguros que cubrían garantías hipotecarias básicas y responsabilidades por la penalización de la explotación del actor, la demandada se opuso a la cobertura del siniestro tanto porque el incendio fue provocado como por la negativa del actor de facilitar documentos fiables, que «fueron valorados provisionalmente en el acto de arreglo amistoso»; este acta fue aceptada por el asegurado y en ella, efectuada la tasación de los daños, se establece valoración de común acuerdo, según detalle que obra en poder de ambos, quedando pendiente de determinar la partida de desescombros y sometiendo todo ello a la consideración de la compañía.

Doctrina de la Sentencia.—Se analiza en la presente litis el hecho de que es al asegurado, a la vista de los hechos expuestos, al que le incumbe la prueba de la preexistencia de los objetos, en el asunto que se enjuicia el asegurado ofreció a la aseguradora la estimación del daño sufrido por las existencias mediante un simple detalle de entradas y salidas en base al cual se hizo la estimación pericial aceptada por el asegurado, no existiendo justificantes ni directos ni indirectos tendentes a la demostración de la existencia y cuantía del daño, por lo que no es dable considerar desproporcionado exigir su aprobación al asegurado ni sólo, en consecuencia, el equilibrio contractual al haberlo estimado así el Juzgador; se está así en el caso de desestimar el recurso y confirmar la Sentencia apelada; por lo demás, el sistema de intervención pericial que diseña la póliza no es aplicable «cuando lo que se discute es la existencia misma del daño y no la cuantía, y que resulta improcedente el recargo indemnizatorio».

ARRENDAMIENTO DE OBRA PAGO DE UN PRECIO. NO HAY INCONGRUENCIA OMISIVA. CAUCE PARA SU DENUNCIA.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella en Sentencia de 29 de octubre de 1991 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial

de Málaga (Sección 5.^a) en Sentencia de 5 de octubre de 1992 desestima el recurso de apelación.

No ha lugar el recurso de casación.

En el caso que ahora se analiza se sienta el principio de que toda Sentencia de casación ha de partir de la base fáctica sentada en las de instancia cuando éstas son conformes de toda conformidad. En realidad, es doctrina legal establecida por la Sala la encaminada a dilucidar los límites espaciales de la jurisdicción española en relación con la extranjera y, en general, a los conflictos con órganos jurisdiccionales de órdenes distintas. No existe reconvencción como demanda de sentido contrario ni puede tomarse como tal una admisión parcial de hechos o un allanamiento parcial de la demandada. Con la concreta petición de lo que «resulte de la prueba» o «se determine en ejecución de Sentencia», así como añadir que en el escrito de resumen de prueba es improcedente hacer alegaciones. Y si lo único que aparece probado es la existencia de un presupuesto aceptado, la realización de los trabajos, su entrega y recepción sin reparos, así como la falta de pago, es llano que la condena al abono del precio resuelve toda cuestión planteada, pues es también doctrina de la Sala que siempre que se estima la acción se entienden desestimados por el mismo hecho las excepciones del demandado.

CULPA EXTRACONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sabadell en Sentencia de 18 de mayo de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.^a) en Sentencia de 9 de diciembre de 1992 desestima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—El esposo de la demandante junto con otro empleado de la empresa demandada realizaron un viaje por orden de la empresa, que iniciaron una vez finalizada su jornada laboral; a consecuencia del cansancio sufrieron un accidente, del que resultó el fallecimiento del esposo de la actora que conducía la furgoneta.

Doctrina de la Sentencia —Se alude ahora a una posible infracción de las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1981, 11 de mayo de 1983 y 16 de febrero de 1988, pues, según ellas, el resultado de una conducta debe ser previsible para ser generador de responsabilidad; así, en nuestra litis, siendo imprevisible que un conductor profesional conocedor de los riesgos del cansancio no se pone a descansar en el viaje, no puede atribuirse el resultado dañoso a la empresa que le encomendó el servicio en el que se produjo el accidente. En nuestro caso la Audiencia tuvo en cuenta la concurrencia de causas productoras del accidente y entendió que la empresa al encomendar el servicio, largo viaje tras una dura jornada de trabajo, estaba poniendo en riesgo a su trabajador, celoso del deber de cumplimiento de las órdenes de la empresa, y contribuyó así al accidente. No obstante, y atendiendo a los criterios de diligencia debida, el trabajador también pudo y debió descansar. En definitiva, resultó probada la *orden de trabajo* y la *creación de riesgo*.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

DESAHUCIO.—LA LEY DE 1980 CONSAGRA LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL LUGAR EN QUE SE HALLA LA FINCA AUNQUE MEDIE SUMISION EXPRESA A OTRO JUZGADO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Alcalá estimó parcialmente la demanda y la Audiencia de Madrid rechazó la apelación.

No prospera la casación. La Ley de 1980 consagra la competencia del Juez del lugar en que se halle la finca aunque medie sumisión expresa a la jurisdicción de otro Juzgado, sin que la Ley de 1984 introdujera modificación alguna. El principio de libertad de sumisión territorial, expresa o tácita, de las partes tuvo siempre la limitación de que sólo podrá hacerse a Juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de la misma clase de negocios. La Sentencia apelada acoge en su primer fundamento el correlativo de la de primera instancia, que contiene el rechazo de la excepción con razonamientos que incluyen la cita del artículo 123.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, lo que constituye fundamento más que sobrado habida cuenta de la claridad del precepto cuyo mandato opone el Juzgador a la endeble tesis de falta de jurisdicción, articulada y rechazada en el bloque desestimativo que en ambas sentencias se contienen, sin que aparezca por ninguna parte la indefensión de la demandada.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL ARRENDAMIENTO PARA EL CULTIVO DE MAIZ ES DE TEMPORADA Y QUEDA EXCLUIDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, POR LO QUE SE PRODUCE LA EXTINCION DEL CONTRATO POR FINALIZACION DEL PLAZO CONVENIDO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 5 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. El arrendatario lo era de una finca del Patrimonio Nacional para una siembra de maíz en la temporada de 1985 como contrato de temporada. La Ley de Arrendamientos Rústicos en su artículo 6 dice que no están comprendidos en la misma los arriendos de temporada inferiores al año agrícola. El recurrente dice que el cultivo del maíz no es de ciclo corto, inferior al año agrícola y requiere unos trabajos precisos que ocupan el año agrícola, sobrepasando el ámbito temporal; pero esto no ha sido probado debidamente y, además, el recurrente accedió a la finca por concurso, es decir, con pleno conocimiento de las condiciones en que se ofertaba al público, admitiéndolas el recurrente sin reserva alguna. La Sentencia de 2 de julio de 1991 mantiene la consideración de ser temporal el arriendo enjuiciado. En consecuencia, al regir la normativa civil, una vez finalizado el plazo de arriendo sin que el arrendatario hubiera dejado la finca, lo que debió tener lugar el 15 de noviembre de 1985, es decir, hace más de siete años, es correcta la aplicación del artículo 1.569 del Código Civil.

ACTUALIZACION DE RENTA —ES VALIDA LA CLAUSULA ADICIONAL DEL CONTRATO POR LA QUE SE ACTUALIZA LA RENTA AUNQUE NO SE HAYA HECHO DE FORMA CONJUNTA COMO SE PREVE EN AQUELLA, SIN QUE HAYA TRANSCURRIDO EL PLAZO DE PRESCRIPCION DEL ARTICULO 1.964 DEL CODIGO CIVIL PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION PERSONAL. (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1993)

El Juzgado de Puertollano admitió la demanda y la Audiencia de Albacete rechazó la petición.

No prospera la casación. Arrendada una finca rústica por la renta anual de cuatrocientas mil pesetas, se estipuló una cláusula adicional en la que se decía que el precio convenido se aumentaría o disminuiría anualmente según el índice de coste de la vida del INE u organismo estatal correspondiente. En el mes de enero de cada año procederían, una vez conocido el porcentaje oficial del índice del coste de la vida, a la liquidación correspondiente. El error de interpretación no pudo extrapolarse a la de los contratos, que en caso de no ser correctos ha de argumentarse por la vía del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es doctrina reiterada de la Sala que, salvo pacto en contra, ha de seguirse el criterio acumulativo, es decir, que sin perjuicio de operar en la primera actualización sobre la renta pactada, en las sucesivas ha de hacerse sobre la renta precedente, ya incrementada. Se previó para actualizar la renta una actuación conjunta de ambos que no se ha probado que hubiera tenido lugar ni que el recurrente hubiera adoptado los medios adecuados para su cumplimiento. Se produce así una concurrencia de conductas pasivas que no alcanzan la consideración de renuncia o dejación expresa de los derechos de cada uno, incluso el de revisión de renta que contiene el artículo 40 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, ya que el plazo de prescripción para incrementar la renta es de quince años, conforme al artículo 1.964 del Código Civil. El arriendo se celebró con anterioridad a la Ley de 1980 y al amparo de la libertad contractual que establecían la Ley de 1935 y el Reglamento de 1959, acomodándose al artículo 1.255 del Código Civil y actualizada legalmente conforme a la disposición transitoria 1.ª de la referida Ley especial. El artículo 38 opera si efectivamente los interesados hubieran acordado que el proceso de actualización del precio arrendaticio se acomodase al precepto, lo que no ha ocurrido pues ningún pacto se llevó a cabo en tal sentido.

ADQUISICION DE FINCA RUSTICA —EL CULTIVADOR DIRECTO NO SOLO HA DE SER PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA, SINO QUE HA DE LLEVARLA POR SI O POR FAMILIARES SIN UTILIZAR ASALARIADOS MAS QUE EN CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1993.)

El Juzgado de Durango estimó parcialmente la demanda declarando el derecho a adquirir la finca rústica, pero la Audiencia de Bilbao estimó parcialmente la apelación.

Triunfa la casación. El motivo tercero se funda en que el criterio de la Sentencia de apelación que consideraba a los demandantes, padre e hijo, cultivadores directos, sosteniendo por el contrario que por haber subrogado el padre al hijo en la relación arrendaticia es éste el que debe reunir las condiciones requeridas para ser cultivador directo, lo que no ocurre pues

trabaja a tiempo completo en jornada de mañana y tarde en una empresa. Ha de triunfar, pues el padre en uso de derecho que otorga al arrendatario el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Rústicos subrogó a su hijo, notificándolo notarialmente al arrendador. La subrogación no precisa el consentimiento del arrendador, pero éste dispondrá de la acción resolutoria si se hace sin las prevenciones legales del artículo 73. El cultivador directo no sólo ha de ser un profesional de la agricultura, sino que ha de llevar la finca por sí o con la ayuda de familiares que con él convivan, sin utilizar asalariados más que en circunstancias especiales. En este caso consta que el arrendatario trabajaba en una empresa en jornada completa y afiliado a la Seguridad Social. Cultivador personal no puede ser quien en el tiempo libre que le deja su jornada industrial de mañana y tarde se ocupa de actividades agrarias, por lo que no puede hacer uso del derecho de adquisición forzosa de la finca arrendada (DT 1.ª LAR)

RETRACTO.—EXTINGUIDO EL CONTRATO SE CONCEDIO LA CONTINUACION EN EL USO DE LA FINCA AL APARCERO POR GRACIOSA CONCESION DEL PROPIETARIO. NO PROCEDERIA TAMPOCO AL AMPARO DE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY DE 1980 POR HABER TRANSCURRIDO TREINTA Y UN AÑOS DESDE LA PERFECCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Mataró desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona estimó la apelación.

No ha lugar a la casación. Realizado un contrato de aparcería con un plazo de sucesivos años, con sucesivas prórrogas anuales si no se notificaba la resolución con un año de antelación. En 1973 se notificó la resolución al aparcero, dándose un plazo de gracia que acababa el 21 de diciembre de 1976, satisfaciendo una cantidad anual en concepto de indemnización, por lo que, según el recurrente, en este momento se debía dar por extinguido el contrato ya que la continuación en la posesión se hacía por graciosa concesión del propietario, constituyendo un uso meramente tolerado sin que exista la voluntad tácita de las partes de prorrogar el contrato, ya que existe la declaración documentada y firmada por el arrendador y arrendatario de todo lo contrario. No hay fraude de Ley y sí un arrendamiento extinguido por la voluntad de las partes en la forma convenida contractualmente. Extinguido el contrato antes de entrar en vigor la Ley de 1980, no le son de aplicación sus disposiciones ni la disposición transitoria 1.ª ya que no es cultivador personal el arrendatario ni aun con la prórroga que allí se establece de 21 años desde la iniciación del contrato, pues la acción de retracto nacería en 1988, 31 años después de la perfección del contrato.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SE PRODUCE UNA INCONGRUENCIA ENTRE LA DEMANDA QUE SOLICITA EL ACCESO A LA PROPIEDAD DEL ACTOR Y LA SENTENCIA QUE DETERMINA EL ACCESO DEL ACTOR Y DE SU ESPOSA. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1993.)

El Juzgado de Durango estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Bilbao.

Triunfa la casación. En el suplico de la demanda se solicita el acceso a la propiedad de la finca del actor, en tanto que en la Sentencia se acordó el acceso del actor y de su esposa, con lo que se produce un supuesto de incongruencia que debe ser corregido, dando lugar a la casación parcial de la Sentencia y dictándose otra que limite las facultades de acceder a la propiedad al actor.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA PRORROGA VOLUNTARIA SE HIZO DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO, POR LO QUE NO PROCEDE LA RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1993.)

El Juzgado número 1 de Carmona estimó la demanda, pero triunfó la apelación.

No procede la casación. No infringe la Sentencia el artículo 6, apartado 4, del Código Civil ya que la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 1980 dice que se regirán por la legislación anterior, en cuanto a su duración, los contratos existentes a la entrada en vigor de esta Ley, por lo que no prohíbe que los contratos puedan prorrogarse voluntariamente y sí lo hace la regla 2.ª de la misma disposición transitoria para otra cuestión distinta del plazo de duración; ni la legislación vigente hasta entonces contenía prohibición de prórroga al haber perdido el arrendatario el derecho a la prórroga legal y al no haber cumplido lo establecido en el artículo 10.4 del Reglamento de 1959. Por tanto, se excluye la posibilidad de fraude ya que éste exige que la Ley en que se ampare el acto no lo proteja suficientemente; de lo contrario habrá concurrencia o choque de leyes, que ha de decidirse conforme a la jerarquía que tengan según los principios generales. La prórroga se hizo durante la vigencia del contrato, ya que se hizo el 31 de diciembre de 1982, último día de vigencia del contrato de 30 de diciembre de 1975, y esa prórroga no era la legal porque el arrendatario había perdido derecho a la misma. Por tanto, el 31 de diciembre de 1984 no nació un nuevo contrato sujeto a la Ley de 1980 como pretenden los recurrentes.

ADQUISICION FORZOSA DE FINCA.—DADA LA CONDICION DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA DEL ARRENDATARIO HA DE ADMITIRSE LA SUBROGACION EN EL ARRENDAMIENTO DEMOSTRADO EL CARACTER DE TALES DE SUS ASCENDIENTES. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1993.)

El Juzgado de Durango estimó parcialmente la demanda y la Audiencia de Bilbao desestimó la apelación.

No se admite la casación. Acreditada la existencia desde fecha anterior a la publicación del Código Civil del arriendo a favor de los ascendientes del actor y luego el hecho de la sucesión del mismo en la posesión con anterioridad a la notificación formal de la subrogación al propietario por escrituras de 19 de julio y 24 de octubre de 1988, no puede decirse que falta la condición de arrendatario en el actor, sin que sea óbice al carácter de profesional de la agricultura el que durante dos años residiese en Bériz, ya que ello no conlleva la imposibilidad de laborear o ayudar la labor de las fincas del caserío en cuyo contrato aparece formalmente subrogado, sino que, por el contrario, se ha demostrado que así era antes de aquellos años y después de los mismos en que se notificó la subrogación.

Arrendamientos urbanos

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—EL CONTRATO ERA DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA COMO AFIRMARON LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Cuenca estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No procede la casación. La recurrente argumenta que se trata de un contrato mixto en el que la prevalencia que el apartado 2 del citado artículo 3 de la Ley establece a favor de la consideración de local de negocio obliga a considerar comprendido en el ámbito de la Ley especial, mezclándolo con la existencia de un contrato anterior entre las partes al ahora resuelto cuya calificación se hace sin base alguna en que apoyarse a título puramente gratuito y por primera vez en este pleito en el que no es posible observar la más leve referencia al supuesto fraude, ya que el único contrato objeto de examen y controvertido entre los interesados es el aportado con la demanda de 10 de enero de 1978, cuya naturaleza de arrendamiento de industria es clara.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—CONCERTADO UN ARRENDAMIENTO POR LA USUFRUCTUARIA, CONTIENE UNA PATENTE INFRACCION DE LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 467 DEL CODIGO CIVIL (TEMPORALIDAD DEL USUFRUCTO) (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1993)

El Juzgado número 8 de Barcelona declaró la nulidad del arrendamiento y la Audiencia estimó parcialmente la apelación.

No se admite la casación. El arrendamiento hecho por la usufructuaria vulnera el principio *salva rerum substantia*, que es esencial en el usufructo ya que autoriza al arrendatario a celebrar obras que alteran la configuración de la finca. Por lo demás, se trata de un contrato de arrendamiento nulo *ab initio* en cuanto concertado por tiempo indefinido, contiene una patente infracción de lo dispuesto en el artículo 467 del Código Civil (violación de la temporalidad del usufructo) en relación con el artículo 63 del mismo Código. Consiguientemente, aun cuando no es ciertamente estimable la concurrencia de la causa 12 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos de que las condiciones pactadas por la usufructuaria sean gravosas para la nuda propiedad, lo cierto es que verdaderamente ha jugado para declarar la nulidad radical del contrato, que no su resolución, la ilicitud de la causa. No se infringe el artículo 480 del Código Civil en relación con el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

DERECHO A DESIGNAR ARRENDATARIO.—NO EXISTE EN EL CONTRATO LA POSIBILIDAD DE CAMBIAR LA TITULARIDAD DEL MISMO A FAVOR DE UNA SOCIEDAD ANONIMA QUE NO EXISTIA AL FIRMARSE EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1993.)

El Juzgado número 1 de Huelva desestimó la demanda, lo que también hizo la Audiencia Provincial.

No prospera la casación. El actor postuló el cambio de titularidad del arrendamiento a favor de una sociedad anónima y la Sentencia de la Audiencia Provincial rechazó tal pretensión. En 1983, al formularse el arriendo, la entidad recurrente no existía ya que la citada entidad no se constituyó hasta el 9 de julio de 1984, por lo que el único firmante como arrendatario no pudo suscribirlo en representación de una sociedad no nacida, por lo que el único arrendatario es el suscribiente del mismo. Tampoco puede admitirse que la sociedad recurrente se constituya, como afirma la demanda, para dar cumplimiento a la legalidad dicha que exige que las máquinas recreativas del tipo B adopten la forma societaria puesto que se constituyó antes de la entrada en vigor de la Ley del Juego de Andalucía, sin que pueda hablarse de transformación de la empresa individual suscribiente del contrato en la anónima, ya que el contrato no ha acreditado la titularidad y ni siquiera su condición de socio de la misma.

RETRACTO.—NO EXISTE EL RETRACTO EN LAS TRANSMISIONES POR SUBASTA DADO SU CARACTER DE TRANSMISION INVOLUNTARIA. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1993.)

El Juzgado número 4 de Murcia desestimó la demanda, rechazando la apelación la Audiencia.

No procede la casación. El actor es arrendatario de una vivienda y una plaza de garaje, ejercitando la acción de retracto, a consecuencia de la adjudicación en subasta pública a la ejecutante Banco Popular Español con facultad de ceder, de la que hizo uso en favor de los demandados y recurridos, debiendo significar que la demanda no especifica la independencia de los arrendamientos de las dos fincas; lo cierto es que se subastaron como independientes y que la plaza de garaje está excluida del ámbito territorial por no ser vivienda ni local de negocio. El actor no tiene derecho de retracto, que trae su causa del incumplimiento de las condiciones o requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que, obviamente, refleja la intención del legislador de no ser utilizable en las subastas; por su condición de enajenación forzosa e involuntaria y por sus especiales características no pueden ser aplicables los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para las transmisiones voluntarias.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—SE PRODUCE LA RESOLUCION PORQUE LAS OBRAS HAN ALTERADO LA CONFIGURACION DEL LOCAL Y HAN DEBILITADO LA RESISTENCIA DE LA PARED. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1993.)

El Juzgado número 5 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. La demanda se basa en obras incontestadas, lo que no apreció la Sentencia de primera instancia pero sí la Audiencia, y consistían en dotar el local de calefacción y cuya maquinaria producía vibraciones, así como grietas y fisuras en la fachada. Otro era la abertura de una ventana y la construcción de una escalera desde el sótano al bajo que debilitaba la resistencia de la pared. Las obras han modificado la configuración

del local y han debilitado la naturaleza y resistencia de los materiales empleados, sin que obste la autorización del arrendador, ya que se condicionaba a que las obras no afectaran a las paredes maestras y de sustentación del inmueble, sus vigas y los actuales huecos de la fachada, limitaciones que no se han respetado. Aunque el juicio de valor sobre lo que suponga alterar la configuración del local sea revisable en casación, la línea tradicional de esta Sala mantiene que la configuración es algo contingente y circunstancial, atendiendo a las circunstancias peculiares de cada caso, constituyendo una circunstancia fáctica reservada al estudio, análisis y apreciación de la Sala de instancia (S. de 28 abril de 1988). En cualquier caso las obras necesitaban la autorización del propietario, que no existió.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO —LAS OBRAS NECESITABAN EL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR YA QUE HABIA PASADO EL PLAZO DE SEIS MESES FIJADO EN EL CONTRATO PARA REALIZAR OBRAS DE ADAPTACION DEL LOCAL SIN DICHO CONSENTIMIENTO.
(SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1993.)

El Juzgado número 1 de La Coruña desestimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó la anterior, dando lugar a la resolución.

No procede la casación. El recurrente centra su impugnación en que las obras realizadas en el local arrendado sin consentimiento del arrendador no necesitaban esa autorización dado que una como la instalación de un retrete vienen impuestas por disposiciones administrativas, y otras como los tabiques de separación están implícitamente autorizadas para adaptar la cosa arrendada a la finalidad arrendaticia convenida; pero olvida que el artículo 110 de la Ley de Arrendamientos Urbanos obliga a requerir al propietario para realizar las obras administrativamente impuestas antes de llevarlas a cabo el propio arrendatario y que las obras de adaptación debían llevarse a cabo en el plazo de seis meses desde la fecha del contrato, debiendo contar para la realización de cualquier otra o fuera del plazo previsto, con la previa autorización escrita de la propiedad, convenio cuya vulneración determinó la Sentencia resolutoria por aplicación del artículo 114.7.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como pone de relieve la Sentencia impugnada, cuyo ajuste a derecho tampoco puede objetarse desde el supuesto abuso del derecho que argumente la entidad arrendataria.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA ENTIDAD ARRENDATARIA NO OBTUVO LA PERTINENTE AUTORIZACION PARA HACER LAS OBRAS, SIN QUE LA AUTORIZACION DE 1975 SIRVIERA PARA AMPARAR LAS REALIZADAS CATORCE AÑOS DESPUES. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1993)

El Juzgado número 7 de Zaragoza desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial la anterior.

No procede la casación. La entidad arrendataria no obtuvo la pertinente autorización para realización de obras que modificaron la configuración del local. La autorización del contrato cubría las obras que se realizaron en 1975 pero no las realizadas catorce años después, siendo ilógico que si tenía auto-

rización para realizar los trabajos solicitara el oportuno permiso del dueño mediante carta certificada. En la Memoria se decía que las obras se ajustarían al plano adjunto, cuyo plano no se ha encontrado por lo que no puede servir de referencia, sino como indicativo de que no se corresponden las obras al contrato y a la Memoria. Las obras que alteran la configuración deben ser de las llamadas fijas o de fábrica, empotradas en el suelo y techo y practicadas con materiales de construcción, sin que quepa cuando se trata de obras móviles no adheridas a las paredes, suelo y techo. En realidad el plano determinaba las obras a realizar y éste no se ha aportado. Es a los catorce años cuando se derriban los tabiques, operación no incluida en la autorización, por lo que no puede ampararse en ella ya que tan larga dilación desnaturaliza los fines de esa autorización o motivación de la misma.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO HA HABIDO CESION INCONSENTIDA YA QUE FIGURABA IMPLICITAMENTE EN EL CONTRATO COMO ARRENDATARIA LA MISMA ENTIDAD A QUIEN SE IMPUTA LA CONDICION DE CESIONARIA. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1993.)

El Juzgado número 2 de Leganés desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

No prospera la casación. El Tribunal *a quo* entiende que el contrato fue celebrado en nombre de la entidad mercantil y por esta causa no se puede admitir la tesis de la posterior cesión incontestada a esta mercantil por parte de las personas que suscribieron el arrendamiento. El recurrente entiende que la mencionada en el contrato como sociedad en constitución no es la ocupante del local, pues ésta se constituyó dos años después, y sólo una de las personas intervinientes en el contrato resultó ser partícipe de la sociedad. La primera regla hermenéutica que impone el Código Civil es la de la literalidad y sólo cuando ésta sea evidentemente contraria a la intención de los contratantes debe acudir a las demás reglas interpretativas. Según ellas, resultó que el dueño del local tuvo conocimiento pleno de que estaba arrendando su propiedad a una sociedad en trámites de constitución. El recurrente pretende que esta sociedad no era la ocupante del local con base en los dos años transcurridos y el hecho de que sólo una persona de las intervinientes en el contrato sea socio; pero la realidad es que no hay plazo señalado para la constitución de la misma y la ausencia de una persona de las suscribientes del contrato entre los órganos de la sociedad tampoco afecta a la validez. Otros actos posteriores ratifican lo mismo, ya que cuando se otorga la escritura de constitución se fija el domicilio social en el local arrendado, el objeto social coincide con el único negocio pactado y durante esos dos años se ha venido ejerciendo este negocio en el mismo local. Todo ello induce a pensar que no existe cesión al figurar implícitamente como arrendatario la misma persona a quien se imputa la condición de cesionaria.

C. R. R.

2. DERECHO MERCANTIL

POR RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) ANONIMAS

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR NO CONSTAR EN LA CONVOCATORIA LA MENCIÓN NECESARIA DE QUEDAR A DISPOSICION DE LOS ACCIONISTAS LA DOCUMENTACION QUE HA DE SER SOMETIDA A APROBACION (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

La expresión contenida en el anuncio de la convocatoria de que «quedan a disposición de cualquier accionista los documentos indicados en el punto primero de esta convocatoria» no cumple los requisitos exigidos por el artículo 212.2 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, pues las cautelas legalmente establecidas para hacer efectivo el derecho de información de los socios no pueden ser eludidas por la sociedad dado su carácter imperativo. Es obligatorio que en la convocatoria de la Junta se haga mención del derecho a la obtención de los documentos que cita y en la forma prevista en dicho artículo 212.2, inciso final.

CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL; COMPUTO DEL PLAZO. REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL CON CARGO A RESERVAS LIBRES. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El cómputo del plazo de los quince días «antes» que fija el artículo 53.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 respecto a los anuncios ha sido abordado por esta Sala en Sentencia de 29 de marzo de 1994, con apoyo en la de 31 de mayo de 1983, integrando así jurisprudencia interpretadora y vinculante del precepto, pues se vino a declarar que el cómputo del plazo se ha de llevar a cabo teniendo en cuenta como día inicial del mismo el correspondiente al de la publicación de la convocatoria, pues desde esta misma fecha los socios pueden ejercitar los derechos que le concede la Ley y para cumplir las previsiones del adverbio «antes», que refiere el repetido precepto 53.1; excluyéndose el de la celebración de la Junta.

Interpretación que no contradice el artículo 5.1 del Código Civil, que se refiere a los plazos señalados por días, pero a contar de uno determinado, como ratifica también en su artículo 1.130.

El artículo 101 de la Ley de 17 de julio de 1951 autoriza la reducción del capital social, bien por vía de amortización con cargo a los beneficios o a las reservas libres, lo que exige en este último supuesto que dichas reservas libres existan y tengan consistencia legal.

Comentario.—Sin duda, la claridad en la interpretación del cómputo del plazo de la convocatoria hecha por el Tribunal Supremo del artículo 53.1 de la Ley de 17 de julio de 1951 motivó que en la redacción del Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989 su artículo 97.1 empleara una fórmula análoga a la de aquel precepto.

LA CONVOCATORIA DE LAS JUNTAS GENERALES CORRESPONDE AL CONSEJO DE ADMINISTRACION. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1995.)

Aunque el artículo 14 de los Estatutos sociales faculte al Presidente del Consejo de Administración para convocar Juntas Generales, los artículos 49 y 56 de la Ley de Sociedades Anónimas ordenan que sean los administradores lo que convoquen las Juntas, bien sean ordinarias o extraordinarias, y por nadie más; y como quiera que cuando sean varios administradores las personas que los encarnen se constituirán en Consejo de Administración, es patente que es el Consejo de Administración quien tiene la facultad de hacerlo y no el Presidente, como tiene establecido la Sentencia de esta Sala de 13 de mayo de 1976 y confirma la de 25 de abril de 1986, de las que se infiere que si los Estatutos facultan al Presidente para hacerlo será a los solos y exclusivos fines de firmar el anuncio de convocatoria, pero sin que él personal y unilateralmente pueda acordarla, por lo que si no consta ni se ha acreditado la existencia de tal acuerdo previo del Consejo de Administración en orden a la convocatoria de la constitución en Junta General Extraordinaria queda evidente que la convocatoria adolece de un defecto de nulidad por no proceder al anuncio de celebración de Junta General Extraordinaria el acuerdo del Consejo de Administración en que tal disposición se adopte

CONVOCATORIA JUDICIAL DE JUNTA GENERAL PROCEDIMIENTO ADECUADO: JURISDICCION VOLUNTARIA O PROCEDIMIENTO ORDINARIO. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1995.)

Es incuestionable que el artículo 101 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas, como el artículo 57 de la anterior de 17 de julio de 1951, establecen la posibilidad de hacerse la convocatoria («podrá serlo», dice la Ley) a petición de los socios; que ordinaria y comúnmente ha de hacerse —aunque la Ley citada no lo señale específicamente— por los cauces de la jurisdicción ordinaria, ya que en principio no hay empeñada ni se promueve cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas (art. 1.811 LEC), como señalan, entre otras Sentencias, las de 26 de febrero de 1971, 13 de mayo de 1975 y 11 de diciembre de 1976. Pero es evidente la eventual posibilidad de recurrir al declarativo ordinario como prevé la Sentencia de 1971 ya invocada, como también la propia Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1.817 si hubiere oposición; pues bien, por razones de economía procesal tanto como por el principio de conservación de actuaciones (arts. 238 *a contrario sensu* y 242 y 243 LOPJ), es patente que con las circunstancias fácticas del caso (negativa reiterada de los otros dos Consejeros delegados del Consejo de Administración, siendo preciso el acuerdo de dos Consejeros o administradores para la convocatoria, según la escritura y los Estatutos sociales), estando enfrentados como están los dos demandados con el actor, era algo más que previsible la oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria, lo que forzosamente desembocaría en el contencioso.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: REQUISITO DE FIGURAR EL NOMBRE DE LA SOCIEDAD (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1995.)

La publicación de la convocatoria a Junta General en el periódico carecía de un requisito de tanta importancia como el de no figurar el nombre de la sociedad convocante, con lo cual se privaba a los socios del conocimiento de la celebración de la Junta; y aunque fue rectificadla omisión, en su publicación no medió el plazo de quince días que exigen tanto la Ley como los Estatutos, lo que constituye un evidente defecto de la convocatoria que vicia de nulidad absoluta su celebración y los acuerdos adoptados.

DERECHO DE ASISTENCIA A LAS JUNTAS GENERALES. NO DEBEN EXTREMARSE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA ELLO. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995.)

Si el artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 subordinaba la posibilidad de asistir a la Junta a los accionistas al hecho de haber efectuado el depósito bancario de sus acciones con una antelación de cinco días en la forma prevista en los Estatutos, y consta acreditado que el accionista compareció en el Banco en el que dejó las acciones, entregándosele las tarjetas correspondientes para asistencia a la Junta, no cabe duda de que, aun cuando los Estatutos imponían la exigencia del depósito de las acciones en la sociedad o, en su caso, la de acreditar con el oportuno resguardo el depósito de los títulos en un establecimiento, debe concluirse que aun cuando no se deduce con claridad en qué concepto fueron recibidas las acciones, que no fueron entregadas a la sociedad para cuya asistencia a la Junta se entregaban, ni tampoco se extendió el resguardo a que aluden los Estatutos, el hecho de que se hubieran entregado las acciones en el Banco con la debida antelación aun cuando éste no hubiese extendido los oportunos resguardos, no precisos para la identificación de los interesados que eran sobradamente conocidos de todos, resulta suficiente para entender que se cumplió en lo fundamental lo requerido en la Ley y en los Estatutos para la asistencia a la Junta, sin que proceda una interpretación maximalista de requisitos formales que pudiera impedir que, en el supuesto que nos ocupa, la falta de extensión de los repetidos resguardos de la acciones acarree la pérdida de un derecho tan fundamental para los accionistas como es el de la asistencia a la Junta General de la sociedad a la que pertenece.

PARA LA APROBACION DE CUENTAS EN JUNTA GENERAL ES PRECEPTIVO EL INFORME DEL CENSOR, A QUIEN DEBEN NOTIFICAR SU DESIGNACION LOS ADMINISTRADORES AUN CUANDO HUBIERE SIDO NOMBRADO POR UN ACCIONISTA. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1955)

En relación con el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en supuesto prácticamente idéntico en la Sentencia de 5 de febrero de 1972, que dice: «... es doctrina de la Sala Primera que la misión de unos y otros censores es la de examinar las cuentas formuladas y relatar su informe...; y para cumplir estas condicio-

nes se impone a los administradores el correlativo deber de someter a examen dichas cuentas para que esas facultades investigadoras las puedan ejercitar en el plazo fijado en el artículo 108, máxime cuando los Censores no pueden saber cuándo han formulado las cuentas los administradores hasta que los mismos no les recaben su revisión y censura; y como tal informe preceptivo no se solicitó ni por ello se pudo poner a disposición de los accionistas minoritarios (privados así de su derecho de información), ha de declararse la nulidad del acuerdo social impugnado» y, por tanto, hay que considerar que se ha infringido el artículo 108 y la jurisprudencia que le interpreta al establecer que la falta de comunicación por parte de los administradores al Censor de su nombramiento solicitando la emisión de su informe no es causa de nulidad del acuerdo por el que se aprobaron las cuentas.

El artículo 108 no especifica a quién corresponde dar cumplimiento del nombramiento del Censor Jurado de Cuentas y de que las cuentas están a su disposición para ser examinadas, si a los administradores o al socio que nombró el Censor; pero atendiendo a los términos de su redacción y poniéndole en conexión con el contenido del artículo 110, la conclusión a la que se llega a través de una valoración racional y lógica de los mismos es la de corresponder a los administradores la observancia de tales obligaciones y llevarlas a cabo, sin perjuicio de que a tenor de los principios de buena fe y leal colaboración que deben presidir las relaciones societarias el socio que hubiere propuesto el nombramiento de Censor debería haberle participado la designación e instarle incluso en su momento que ejercitara sus funciones y facultades fiscalizadoras. La conclusión que se acaba de indicar se encuentra en línea con la doctrina establecida en la Sentencia de 5 de febrero de 1972 en cuanto que, de acuerdo con la anterior de 23 de abril de 1966, se expresó así. «Que la misión de unos y otros censores es la de examinar las cuentas formuladas por los administradores y redactar su informe por escrito sobre su exactitud y veracidad o haciendo los reparos que estimen convenientes para situar a los accionistas en condiciones de poder emitir su voto con conocimiento de causa; y para cumplir estas atribuciones de impone a los administradores el correlativo deber de someterles a examen e informe dichas cuentas con tiempo suficiente para que esas facultades investigadoras las puedan ejercitar en el plazo fijado en el citado artículo 108, máxime cuando los censores, sean o no accionistas, no pueden saber cuándo han formulado las cuentas los administradores dado que éstos tienen un plazo máximo de cuatro meses para ello hasta que los mismos no les recaban su revisión y censura».

AUDITORIA DE CUENTAS. DEBE PREVALECER LA SOLICITADA POR UN ACCIONISTA CON ANTERIORIDAD A LA REALIZADA A INSTANCIA DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1996.)

Un accionista minoritario que cubría el porcentaje legal había solicitado el nombramiento de un auditor por el Registrador Mercantil, habiéndose dado las circunstancias de que el balance cerrado por la Junta fue aprobado sin la revisión por el auditor nombrado por el referido Registro Mercantil, y como muy bien dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1993 los administradores no deben proceder a

la designación directa de otro auditor (se trataba de una *operación acordeón*), y aún menos pretender que el informe emitido por el mismo designado posteriormente prevalezca sobre el efectuado por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil, so pretexto de una anticipación de la Junta que en el caso debatido, y al menos en lo concerniente al acuerdo de la reducción del capital, podrían perfectamente posponerse a la evacuación del informe por este último auditor

SOCIEDAD ANONIMA CONSTITUIDA PARA SERVIR DE SOPORTE LEGAL A UNA ASOCIACION DEPORTIVA DE CLUB DE GOLF. LIMITACION EN ESTA DEL NUMERO DE SOCIOS A DOS MIL. NULIDAD DEL ACUERDO DE LA SOCIEDAD ANONIMA DE AMPLIACION DE CAPITAL, QUE IMPLICA AUMENTO DE SOCIOS HASTA VEINTE MIL. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Antecedentes.—Consta en los Estatutos de la sociedad anónima «Club de Golf L.V.» que el objeto social está constituido por la promoción, construcción y explotación del Club de Golf, con sus instalaciones deportivas y recreativas complementarias; y que «la sociedad tendrá un capital de cuarenta millones de pesetas, dividido en dos mil acciones al portador, de veinte mil pesetas cada una, numeradas correlativamente del uno al dos mil inclusive».

Paralelamente a la referida sociedad anónima fue constituida también una sociedad deportiva denominada «Club de Golf L.V.», en cuyos Estatutos se dice: «Serán socios numerarios los socios propietarios de al menos una acción del «Club de Golf L.V., S.A.», que integran la lista de socios del Club y cuyo número no podrá exceder, en ningún caso, de 2.000».

Doctrina del Tribunal Supremo.—Resulta evidente que la sociedad anónima y la sociedad deportiva integran una sola y única entidad, si bien adoptaron esa aparente forma dual para poder amparar, con arreglo a la legalidad vigente en la época de su constitución (año 1974), el mantenimiento del patrimonio social en caso de desaparición de la sociedad deportiva, apareciendo, por otro lado, de todo punto indudable que la intención de los promotores y fundadores de ambas sociedades (que eran los mismos para las dos) fue la de limitar en todo caso el número de socios a un máximo de dos mil, en cuya confianza, con arreglo a los principios de la buena fe, adquirieron los recurrentes y otras personas sus respectivas acciones (una cada uno como requisito inexcusable para poder integrarse en la sociedad deportiva), por lo que al adoptarse en 1991 el acuerdo social de ampliar en dieciocho mil el número de acciones, con la consiguiente y lógica posibilidad de que entren a formar parte del Club de Golf un número de socios muy superior al de dos mil, resulta patente que el referido acuerdo social lesiona gravemente, en beneficio del socio mayoritario (titular de 1.225 acciones), los intereses de la sociedad y de aquellos socios que adquirieron sus respectivas acciones, repetimos, en la plena confianza, con arreglo a los principios de la buena fe, de que el número de accionistas no excedería en ningún caso del máximo de dos mil.

Comentario.—Con todos los respetos que siempre nos ha merecido la doctrina del Tribunal Supremo, no podemos por menos de considerar que hacer prevalecer las limitaciones contenidas en una sociedad deportiva sobre la

escritura y Estatutos de una sociedad anónima resulta sumamente peligroso, en especial si consideramos el carácter eminentemente capitalista de este tipo de sociedades; aunque haya una vinculación entre ambas entidades que, sin embargo, no consta expresamente, como debiera, en la sociedad anónima.

REDUCCION VOLUNTARIA Y REDUCCION OBLIGATORIA DEL CAPITAL SOCIAL. REDUCCION DEL CAPITAL PARA EVITAR LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La reducción del capital social puede ser voluntaria u obligatoria. La de la primera clase es la que tiene lugar cuando la sociedad, sin obligarle a ello ningún precepto legal, acuerda libremente la reducción observando los requisitos legales, cuando estime que es necesaria o conveniente para el cumplimiento de su objeto social, pudiendo dicha reducción tener por finalidad la devolución de aportaciones, la condonación de dividendos pasivos, la constitución o el incremento de reservas voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas (apartado primero del art. 163.1 TR LSA, aprobado por RDL 1564/1989, de 22 de diciembre).

La reducción obligatoria del capital social es aquella que la sociedad ha de acordar forzosa y necesariamente, por imperativo legal, en determinados supuestos, uno de los cuales es el de que las pérdidas hayan disminuido el patrimonio social por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiera transcurrido un ejercicio social sin haberse superado el patrimonio (apartado segundo del antes citado art. 163.1). Producida dicha situación, los administradores tienen forzosamente que convocar la pertinente Junta con esa finalidad de reducción del capital, de tal modo que si así no lo hacen, además de incurrir en la correspondiente responsabilidad se puede acudir por quien esté legitimado para ello a la convocatoria judicial de la Junta con esa finalidad. Pero cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital, a pesar de que todavía no se haya convertido en obligatoria la reducción del capital (por no haber transcurrido un ejercicio social), es evidente que la sociedad puede voluntariamente (previas las oportunas convocatoria y constitución de la Junta con todos los requisitos legalmente exigidos para ello) acordar la reducción del capital para el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio, pues no existe ningún precepto que le prohíba dicha reducción voluntaria antes de haberse producido, repetimos, la obligatoriedad de la misma.

Pero es que, además, como en el presente caso por consecuencia de las pérdidas el patrimonio social había quedado reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital escriturado, también podía la sociedad (previas las oportunas convocatoria y constitución de Junta con todos los requisitos legales para ello) acordar la reducción del capital en la medida suficiente en evitación de la, en otro caso, preceptiva disolución, conforme a lo establecido en el número 4.º del artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas.

B) DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

DERECHO DE INFORMACION SEGUN LA LEY DE 1953· LA ANALOGIA ES OPERACION TOTALMENTE VIABLE Y SUBSUMIBLE CUANDO DICHO DERECHO DE INFORMACION ESTA REGULADO EN LA NUEVA LEY Y PRECONIZADO POR LA NECESARIA ADAPTACION DE LA LEGISLACION MERCANTIL AL DERECHO COMUNITARIO. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Hay que destacar que en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 no había precepto alguno que estableciera el *derecho de información* del socio, ya que los artículos 15 y 27 de dicho texto legal sólo citan los principios por los que habrá de regirse la convocatoria de Junta General y la posibilidad que tienen los socios a examinar cuentas y balances —ausencia que no se da en la vigente Ley puesto que su art. 51 establece nítidamente el referido derecho de información del socio—. Por ello será preciso ahora resolver tal carencia a través del mecanismo del procedimiento analógico como operación integradora del ordenamiento jurídico positivo, pero contemplado desde el punto de vista de la analogía *legis* como consecuencia lógica que preconiza el artículo 4.1 del Código Civil, haciendo entrar en juego el artículo 65 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas que establece de una manera nítida el derecho a ser informado que tiene en este caso el accionista —en la normativa vigente tal derecho está enclavado en el art. 112—. Y desde luego, dicha operación analógica es totalmente viable y subsumible, sobre todo cuando dicho derecho de información está actualmente regulado en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y preconizado por la necesaria adaptación de la legislación mercantil al Derecho comunitario.

D) COOPERATIVAS

EXPEDIENTES SANCIONADORES PLAZO PARA INTERPONER RECURSO ANTE LA ASAMBLEA GENERAL EN DEFECTO DE NORMA EXPRESA (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Es clara la naturaleza administrativa de los expedientes sancionadores que regulan las leyes nacional y autonómicas de cooperativas y de los recursos que pueden interponerse ante la Asamblea General, por lo que en todo lo no previsto en las leyes específicas y en los Estatutos de cada sociedad cooperativa rigen con carácter supletorio las normas rectoras del procedimiento administrativo, en este caso, por razones cronológicas, las de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, según las cuales los plazos establecidos por meses se computan de fecha a fecha, y, como regla general, si el último día del plazo es inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (art. 60).

IMPUGNACION DEL ACUERDO DE EXPULSION DE UN SOCIO. ENTRADA DEL RECURSO DE SU INTERPOSICION. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1995.)

Acudir al artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo admitiendo el escrito de interposición del recurso mediante presentación en oficinas de Correos es respetar lo dispuesto en la Constitución en relación con el artículo 3 del Código Civil, pues es evidente que debiendo equiparar las cooperativas en este caso con el «órgano de la Administración competente», ello determina que cualquier escrito «entra en la cooperativa cuando se presenta en la oficina de Correos».

E) OTRAS FORMAS SOCIETARIAS

SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACION. PLAZO DE DURACION. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

En materia de constitución, funcionamiento y disolución de estas sociedades, es evidente ha de respetarse escrupulosamente la correspondiente normativa, determinada por los siguientes preceptos: El artículo 13.1.b) del Real Decreto 1776/1981 al establecer que son causas de disolución de las SSAT las siguientes: «... el cumplimiento del plazo para el que se había constituido, salvo que se hubiera acordado su continuación con anterioridad». El artículo 3.4 del anteriormente citado Real Decreto establece a su vez que. «Salvo que otra cosa se determine en el acto de constitución, la duración de las SSAT será indefinida»; y en el artículo 1.2 de los Estatutos de la propia sociedad se fija como plazo de duración de la sociedad hasta el 30 de septiembre de 1989, prorrogable por períodos de ocho años con acuerdos de las dos terceras partes de los socios en aquella fecha; por lo que el hecho de que existiera un acuerdo de la Junta Rectora de 10 de junio de 1989 en el que se venía a iniciar el cauce de esa prórroga no es válido ni vinculante, ya que dicho acuerdo no se ajustaba al artículo 1.2 de los Estatutos, por lo que, en consecuencia, si el acuerdo de prórroga por fin se adopta por la Asamblea General en 21 de octubre de 1989, es claro que en esa fecha ya se había cumplido el plazo de duración de la misma *dies ad quem*, 30 de septiembre de 1989.

IV. CONTRATOS MERCANTILES

FACTOR MERCANTIL. FACULTADES REPRESENTATIVAS INCLUSO FRENTE A LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Al factor mercantil, no acreditándose ni contado con poder general, le corresponde la condición de *notorio* que prevé el artículo 286 del Código de Comercio. A estos colaboradores dependientes del empresario y en relación laboral de subordinación, generalmente estable, les asiste la presunción legal de que los contratos que efectúan se entienden hechos por cuenta de la sociedad o entidad en la que están integrados, es decir, que los llevan a cabo en nombre de su principal siempre que los negocios concertados se refieran al

propio giro o tráfico de la empresa a que pertenecen. Supuesto distinto es aquel en el que la actividad del factor se expresa en actos de otra naturaleza que precisan la justificación de haber obrado con orden de su comitente, requieran su aprobación o ratificación expresa posterior, y también por hechos positivos (S. de 3 de enero de 1981).

Las amplias facultades que corresponden al factor no las limita el artículo 9 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que si bien exige en los supuestos de poner la firma en nombre de otro hallarse debidamente autorizado para ello, con poder de las personas en cuya representación actúan, no excluye el apoderamiento privado, verbal ni el tácito (art. 1.710, en relación al 1.259 CC). En los factores notorios se da el mismo y la consecuente representación del principal, aun careciendo de específico poder inscrito en el Registro Mercantil. Las eventuales limitaciones no tienen otros efectos que los puramente internos entre el principal y el factor, obligando a aquél los contratos y actos de cumplimiento que estipule y ejecute el factor en favor del establecimiento mercantil para el que trabaja.

FIANZA MERCANTIL. NECESIDAD DE QUE CONSTE POR ESCRITO. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Así como la fianza civil no necesita formalidad alguna, la regulada por los actos de comercio, por razones de seguridad de las operaciones de esta índole, requiere la detallada en el artículo 440 del Código de Comercio, la cual constituye requisito *sine qua non* para su existencia, como tiene declarado esta Sala, entre otras, en Sentencias de 14 de noviembre de 1988 y 30 de enero de 1990.

V. DERECHO MARITIMO

SEGURO MARITIMO. INAPLICABILIDAD DE LA LEY DE SEGUROS DE 8 DE OCTUBRE DE 1980. FORMALIDADES DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995)

No obstante la inaplicabilidad de la Ley de 8 de octubre de 1980 de Contrato de Seguro al seguro marítimo, que sigue rigiéndose por la normativa del Código de Comercio, según han declarado, entre otras, las Sentencias de 21 de julio de 1989, 22 de junio de 1992 y 16 de febrero de 1994 (recogida en la pág. 2329 del núm. 637 de esta REVISTA), aquélla puede ser aplicable con carácter supletorio, pero sin que ello suponga que requisitos formales establecidos para la póliza de dicha Ley de 1980 resulten exigibles en el seguro marítimo, que en este punto se rige por el artículo 737 del Código de Comercio, debiendo estarse respecto al contenido de la póliza a lo dispuesto en el artículo 738 del mismo Código.

Por otra parte, ha de advertirse que la ausencia de firma en la póliza del tomador del seguro no es determinante por sí sola ni siquiera con referencia a las cláusulas de exclusión de cobertura del seguro incorporadas a sus condiciones generales y de la inaplicabilidad de éstas, pues lo esencial es que conste su conocimiento y aceptación.

CONTRATO DE FLETAMENTO COMO DISTINTO DEL DE ARRENDAMIENTO DE BUQUE. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1995.)

En el fletamento por tiempo (*time-charter*) el control del capitán y de la dotación lo conserva el fletante, quien se compromete a poner a disposición del fletador los servicios del capitán y de la tripulación para conseguir el fin del contrato; pero el capitán, aunque sometido a las órdenes del fletador en la ejecución del mismo, conserva la posesión del buque en representación del fletante, de manera que al terminar el contrato nada hay que devolver a éste, extremos que diferencian el contrato de fletamento del arrendamiento del buque aunque ambos institutos jurídicos mantengan grandes semejanzas.

CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: SU NATURALEZA Y EFECTOS. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1995.)

El conocimiento de embarque, previsto en el artículo 709 y siguientes del Código de Comercio, cumple una triple función, ya que es documento acreditativo de la carga, actúa como título de crédito y también como título de tradición. En cuanto al primer aspecto y a tenor del artículo 706, es eficaz como medio probatorio tanto para los interesados en la carga y entre éstos y los aseguradores, quedando siempre a salvo para estos últimos la prueba en contrario. Por lo cual la presunción que expresa es *iuris tantum* de la realización del cargamento en el buque, es decir, en lo que se refiere a su existencia y condiciones, con expresión de su cantidad, calidad, número de bultos y marca de las mercaderías (art. 706.6.º), así como en forma más detallada en cuanto al estado y condiciones aparentes, según la Ley de Transportes Marítimos de 22 de diciembre de 1949 que incorporó a la legislación española las llamadas Reglas de La Haya contenidas en el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 y que suele basarse en las declaraciones del propio cargador, sin perjuicio de que el porteador pueda efectuar reservas y reparos convenientemente fundados.

EL CONSIGNATARIO DE BUQUES TIENE LA CUALIDAD DE COMISIONISTA, POR LO QUE SUS DERECHOS PRESCRIBEN A LOS QUINCE AÑOS. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1996.)

La gran complejidad de las prestaciones que el comitente puede exigir al consignatario o comisionista, con independencia de que éste las lleve a cabo por sí mismo o subcontratado por otros, y que los servicios, obras, provisiones y suministro de efectos o dinero puedan exceder la construcción, reparación, pertrecho o avituallamiento de los buques o el mantenimiento de la tripulación, es llano al no tratarse de servicios simples sino de un contrato de prestaciones complejas ejecutadas personalmente o por medio de terceros; la prescripción prevista para situaciones jurídicas singulares no puede aplicarse a los contratos de contenido complejo como es la comisión mercantil, cuya naturaleza personal y por aplicación del artículo 50 del Código de Comercio conduce a la prescripción quincenal del artículo 1.964 del Código Civil, pues el artículo 952 del Código de Comercio no está contemplando la intermediación compleja y típica del contrato que nos ocupa, que no atribuye derecho exclusivo a los gastos ocasionados, sino también al premio de comisión.

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS
e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

RECURSO DE REVISION. MAQUINACION FRAUDULENTE DEL ARTICULO 1.769.4 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

El recurso de revisión es estimado en este caso porque resulta probado que conociéndose por el primitivo demandante el domicilio real del demandado lo omitió en su escrito inicial para provocar que la diligencia de notificación de la demanda fuese negativa; la posterior citación por edictos, la declaración en rebeldía y, por último, la decisión judicial ahora recurrida en revisión, en cuyo proceso no pudo comparecer ni defenderse.

RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.

— El plazo para interponer el recurso de revisión es de tres meses, que es de CADUCIDAD, y que exige que se pruebe con precisión por el recurrente en revisión el *dies a quo*.

— El documento decisivo recobrado, detenido por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor la Sentencia fue dictada, requerido por el número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, excluye la obtención tardía de datos que constaban en Registros Públicos o el hallazgo tardío de documentos no detenidos por fuerza mayor, sino por simple desconocimiento.

RECURSO DE REVISION ARTICULO 1.796.4.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1995)

Ponente. Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.

Se pretende la revisión de una Sentencia al amparo del número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente por maquinación fraudulenta, consistente en la ocultación del domicilio de los demandados, ahora actores en la revisión.

Considerando que en los autos aparece una diligencia en la que bajo la fe judicial se hace constar que se cita a los demandados en forma legal, con entrega de cédula comprensiva de los requisitos legales para que comparezcan en el Juzgado para el día y hora señalados, el Tribunal Supremo declara que «mientras no se declare la falsedad de la diligencia llevada a cabo por el Juzgado exhortado a través del procedimiento legal correspondiente, esta Sala ha de atenerse evidentemente a lo consignado en ella, y en consecuencia ha

de estimar que los demandantes de revisión pudieron perfectamente comparecer en el juicio para defender sus derechos

Contra la fe pública judicial no valen las meras manifestaciones en contrario a lo que constata de los propios interesados, ni las alegaciones de indicios en que apoyar lo contrario a tal constatación, ni el recurso de revisión es medio legal para obtener una declaración judicial de falsedad».

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO DE PAGO. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

En el presente caso se desestima una demanda sobre pretendida nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria porque se ha dado cumplimiento a todos los requisitos que exige la regla 3.ª, apartado 3.º, del artículo 131 de la Ley Hipotecaria para que el requerimiento de pago surta los efectos pretendidos, a saber:

- Debe practicarse en el domicilio que resulte vigente en el Registro
- Ha de hacerse personalmente al deudor o al tercero si se encontraren presentes o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del requerido o, en su defecto, al portero o al vecino más próximo.
- Y en el caso de que el requerimiento se haga por orden del Juez, según la regla 4.ª la documentación en los autos se hará en la forma dispuesta en la Ley Procesal Civil para las notificaciones por cédula, lo que nos remite a los artículos 260 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y más en concreto a lo dispuesto en los artículos 267 y 275; prevenciones que fueron rigurosamente cumplidas.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. PARRAFO 5.º DE LA REGLA 7.ª DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. NO EXISTE INDEFENSION DEL ARTICULO 24.1 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DEL TERCER POSEEDOR QUE NO INSCRIBIO SU TITULO. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1995)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El párrafo quinto de la regla 7.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que dice: «el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificarán al deudor con la misma antelación en la finca o fincas subastadas», comporta dos elementos: uno personal (el deudor) y otro real (las fincas subastadas); por tanto, su cumplimiento supone una práctica domiciliaria y personal que, en definitiva, consiste en recibir la cédula y firmar para dejar constancia de su entrega.

El defecto de no existir en autos constancia cierta de que se hubiera hecho tal notificación al deudor, lo que determinaría la nulidad del procedimiento, queda subsanado desde el momento que el mismo comparece en las actuaciones.

Por último, no puede alegarse la indefensión del artículo 24.1 de la Constitución española por parte del tercer poseedor de la finca hipotecada que no fue citado por no inscribir su título en el Registro de la Propiedad, ya que en este caso la causa de su no citación es exclusivamente imputable a su negligencia, siendo él mismo el que se coloca en tal situación por no haber actuado con una diligencia razonablemente exigible. Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1984, 172/1985, 55 y 107/1987, 57/1988, 211/1989 y 331 y 334/1994.

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION: JURISDICCION COMPETENTE. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Casares Córdoba.

Deja sentado la Sentencia que para reclamar por daños sufridos en un accidente acaecido en una vía pública, cuya propiedad y conservación están a cargo de la Administración, derivado de no mantenerla en correcta situación de mantenimiento ni de advertir la existencia en la misma de obstáculos, sólo puede ser planteada bajo la acusación de funcionamiento anormal de un servicio público ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, en el presente caso el propio Tribunal Supremo RECHAZA el motivo del recurso de casación basado en la existencia de un defecto en el ejercicio de la jurisdicción porque, al margen de los razonamientos de las sentencias de instancia en pro de la aplicabilidad del artículo 1.902 del Código Civil, es patente que la Administración responsable, ante la que se formuló una reclamación previa, al resolver denegatoriamente la petición de indemnización hizo constar literalmente que quedaba «por la presente expedita la vía civil».

Por tanto, no siendo imputable a los interesados la elección de la vía civil, no cabe objetar a ellos la improcedencia de haber seguido el camino jurídico-procesal, so pena de infringir los principios de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones administrativas.

CONTRADICCION DE LO EJECUTORIADO. ARTICULO 1 687.2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

Este recurso exige expresar inequívocamente los términos de la comparación entre lo declarado y lo mal ejecutado. No tiene por finalidad garantizar la integridad de la Ley material o procesal y conseguir la uniformidad de la jurisprudencia, sino garantizar la integridad del fallo, por lo que se desestima el que se limita a una crítica de los fundamentos jurídicos de la Sentencia.

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

El plazo de tres meses para interponerlo es de caducidad y no de prescripción, por lo que no cabe su interrupción y requiere de manera inexcusable la

fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que debe probarse con precisión.

RECURSO DE REVISION. NO CABE CONTRA AUTO DE ADJUDICACION EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

El presente recurso de revisión se interpone contra la «Sentencia» (*sic*) firme dictada en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Si se tiene en cuenta, por un lado, que el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no termina nunca por Sentencia, sino por el Auto que señala el número 17 de dicho artículo, y que esta resolución no tiene el carácter de firme según lo dispuesto en el párrafo 6.º del número 4.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria al permitir acudir a un posterior procedimiento administrativo en el que se podrán ventilar «todas las reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda», y, por otro lado, que el artículo 1.797 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo autoriza el extraordinario recurso de revisión «cuando hubiere recaído Sentencia firme», resulta evidente que el Tribunal Supremo rechaza el recurso de revisión

CUESTION DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL ENTRE «JURISDICCION ORDINARIA COMUN-CIVIL» Y «JURISDICCION ORDINARIA ESPECIAL-LABORAL» (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Hechos.—1. La recurrente concertó en su día con el recurrido un «contrato de trabajo de artista en espectáculo público» por el cual doña A. se comprometía a actuar en un determinado *pub*. En dicho contrato se estipuló que «la empresa velará por la seguridad de la artista, así como la de su equipo, durante la permanencia de éstos en el recinto de la actuación, siendo responsable de su pérdida, rotura o deterioro».

2. Se produce después un incendio que destruye el *pub* y además el equipo de actuación de la artista.

3. La artista, doña A., reclama el importe del material perdido, más daños y perjuicios.

4. La SENTENCIA de instancia, que admitió en parte la demanda, fue apelada siendo revocada por la Audiencia, que desestimando la demanda acogió la alegada excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción opuesta por la parte demandada al considerar que lo discutido era competencia de la jurisdicción laboral, por lo que no procedía a entrar en el fondo del asunto.

El Tribunal Supremo ESTIMA el recurso en base a la siguiente DOCTRINA: Aun cuando el contrato concertado es de innegable carácter laboral, ello

no quiere decir que todas sus manifestaciones hayan de solventarse por la específica normativa laboral.

Y así, en este caso, el supuesto no tiene encaje en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Laboral ni en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque sí en el artículo 9.1 de esta Ley que señala la competencia de la jurisdicción ordinaria común en su proyección civil.

En definitiva, la jurisdicción ordinaria común tiene el calificativo de «jurisdicción residual», denominación perfectamente aplicable a este supuesto en cuanto al no estar el mismo comprendido entre los casos atribuidos normativamente al conocimiento de la «jurisdicción ordinaria especializada laboral» su ubicación ha de integrarse necesariamente en la civil».

E. C. C.

EN DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER LA FACULTAD DEL JUEZ PARA DESIGNAR PERITO NO ESTA SOMETIDA A LAS NORMAS PROCESALES QUE RIGEN LA PRUEBA PERICIAL DE PARTE (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1996)

Al no haberse puesto de acuerdo las partes para llevar a cabo el trámite de elección de perito por insaculación y aceptarse como perito a la propuesta por la contraparte, el Juez puede valerse igualmente de dicho perito para emitir el dictamen acordado en diligencia para mejor proveer, siendo la prueba válida y no constando que hubiese indefensión.

LA «LEGITIMATIO AD CAUSAM» COINCIDE CON EL CONCEPTO DE LA CAPACIDAD PROCESAL, DE AHI QUE LA DENUNCIA DE SU DEFECTUOSA O NULA CONCURRENCIA DEBA HACERSE AL AMPARO DEL NUMERO 2 DEL ARTICULO 532.2 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Cabe apreciarse la existencia de legitimación cuando se solicita la nulidad de un contrato de compraventa realizado entre terceros por un posible interés en dicha nulidad, pero desaparece tal interés por no justificarse la titularidad del derecho alegado, esto es, la usucapión aducida del exceso de cabida de la finca objeto del contrato

El actor no tiene que probar al principio del proceso que es titular del derecho material que alega, ya que de que sea o no titular de ese derecho depende que tenga o no acción, lo que forma parte de la cuestión de fondo, pero esa legitimación *ad causam* inicialmente apreciada desaparece al estudiarse el fondo de la cuestión.

EL CRITERIO PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA TERRITORIAL NACIDA DE UN ILICITO CIVIL ES EL DEL LUGAR DONDE SE PRODUJO. (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El criterio que delimita la competencia territorial viene indicado en normas que regulan la competencia internacional o en los juicios verbales de

tráfico, siendo aplicable por analogía al presente, sin que sea aplicable el artículo 12.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que piensa en la clásica obligación personal crediticia derivada de un contrato y no en la extracontractual nacida de un ilícito civil que debe regirse por analogía con el criterio del *forum delicti commissi*.

LA MUERTE DEL DEMANDADO ANTES DEL EMPLAZAMIENTO PERSONAL CONOCIDO DE LA ACTORA Y OMITIDO INTEGRA UN ARDID CONSTITUTIVO DE MAQUINACION FRAUDULENTO. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Se entiende como una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta la actividad de la actora dirigida a ocultar al otro litigante o a sus herederos cuando muere éste y hayan de sustituirle en el pleito; el planteamiento del litigio mediante ardides, tramas o artificios con el objetivo del encubrimiento siempre que exista, como en este caso, un nexo causal entre la maquinación fraudulenta y la resolución judicial desfavorable para los sucesores del demandado.

NO CABE RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA QUE DA LUGAR A DEMANDA RECONVENCIONAL CUYA CUANTIA ES INFERIOR A LOS SEIS MILLONES FIJADOS EN EL ARTICULO 1.687.1.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1996.)

La demanda reconvencional cuya cuantía es de 1.770 188 pesetas se valora por separado de la cuantía general del procedimiento, quedando lejos de la cuantía de seis millones, límite para la admisión del recurso, el cual no debió haber pasado el trámite de admisión.

NO ES NECESARIA NUEVA CONVOCATORIA DE JUNTA DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CUANDO EN LA PRIMERA SE AUTORIZA AL PRESIDENTE PARA EL EJERCICIO DE CUANTOS DERECHOS ESTUVIERE ASISTIDO PARA OBTENER LA DEMOLICION DE LAS OBRAS, YA SEA A TRAVES DEL INTERDICTO O EL POSTERIOR DECLARATIVO. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1996.)

Es válida por estar acreditada en la celebración de la Junta de Propietarios en la que se acordaba dirigir la acción interdictal contra los demandados el ejercicio de la acción declarativa, cuyo objeto es la misma obra y la misma voluntad comunitaria sobre su demolición y vuelta del estado de las cosas al momento inicial, siendo el declarativo consecuencia lógica de la inicial conculca y la última posibilidad legal que restaba a la comunidad para hacer valer sus derechos frente a quien los vulneraba siempre que no cambiase el contenido de la pretensión autorizada.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA: *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*. Estudios Ciencias Jurídicas, Madrid, 1996. Un tomo de 256 páginas.

Uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el de especialidad o determinación que supone uno de los soportes de la publicidad, ya que para que ésta sea efectiva y completa es preciso que consten en el Registro con plena nitidez la extensión y alcance tanto de los derechos reales a inscribir como la de las fincas sobre los que recaen.

El libro que ahora presentamos, del que es autora una joven licenciada en Derecho por la Universidad de Granada que muestra una gran preparación, se preocupa en este caso tan sólo del aspecto objetivo de la extensión de la hipoteca, o sea, de lo que debe comprenderse en el concepto de finca hipotecada y, en ella, de modo particular, de las llamadas «pertenencias», o sea, los muebles que pasan a inmuebles por destino del propietario. Se trata de saber cuándo y cómo alcanza la hipoteca a estas partes.

Y es que todos sabemos que el pretendido *desideratum* del principio de la libertad y el equilibrio de las partes en la contratación no suele ser el supuesto general en la práctica. Mucho menos lo es en el caso de los créditos hipotecarios, pues el acreedor, como parte fuerte, impone sus condiciones y tiende siempre a asegurar su crédito al máximo previendo el caso del posible impago y la consiguiente ejecución. Por eso es ya una cláusula que nunca falta en las escrituras la de que la hipoteca se extiende a todo lo imaginable y que la Ley y el pacto permiten cuanto más mejor, y se traen a colación todos los artículos de la Ley Hipotecaria, y más que hubiera, que puedan servir de apoyo al ansia expansiva del acreedor.

Dentro de esos posibles «añadidos» a la finca que se hipoteca están las pertenencias, o sea, aquellos bienes que siendo *per se* muebles quedan unidos de modo inseparable por decisión del propietario y se convierten de hecho en partes del inmueble, pasando a tener su misma naturaleza a efectos de la garantía. Estos son los que estudia la autora en este libro de modo detallado, entrando gradualmente en el tema hasta centrarlo no sólo en el momento de la constitución, sino también en el de la ejecución, que es el más importante a los efectos prácticos.

El libro comienza con los antecedentes normativos al respecto, de los que son escalones el Proyecto de 1851 y el propio Código Civil en su artículo 334 que contiene una detallada enumeración de esos bienes inicialmente muebles que pueden convertirse en inmuebles por Ley si el propietario actúa debidamente. La Ley Hipotecaria, sobre todo en su texto de 1909, en lugar de referirse a la enumeración del Código hizo una regulación distinta al señalar los bienes que a estos efectos quedaban comprendidos en la hipoteca en sus artículos 110 y 111, regulando en el artículo 112 el caso de que la finca pase a terceros poseedores.

El texto actual de la Ley Hipotecaria no ha supuesto variación sobre el particular, aunque alguno opinó que al añadirse en el artículo 106 la frase «susceptibles de inscripción» a los bienes hipotecables se podría dudar sobre si estos bienes muebles que pasan a inmuebles por destino, los cuales normalmente no aparecen inscritos, quedarían excluidos de la hipoteca. Pero la opinión más generalizada y que se sigue en la práctica es que no hay tal limitación, pues entonces serían inaplicables los artículos 110 y 111 que siguen teniendo pleno vigor. La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento ha venido a confirmar esta posibilidad de gravamen, pero complicándola ya que sus supuestos giran alrededor de bienes que pueden tener una doble consideración, siendo objeto de gravámenes reales diversos y a veces opuestos e incompatibles.

Pero no adelantemos el discurso del libro, que trata estos puntos al final, y sigamos su orden. La autora, tras los antecedentes y presupuestos normativos, hace un estudio acabado del concepto y caracteres de los bienes inmuebles por destino, distinguiendo lo que sean las pertenencias y los elementos accesorios de la finca tal como los ven la doctrina y la jurisprudencia, que son recogidas de modo notable. Después concluye concretando los requisitos que, según ella, deben delimitarlos, a saber: la relación de servicio, la permanencia o estabilidad y el acto de destinación del dueño.

En el capítulo III estudia la extensión de la hipoteca a las pertenencias o bienes inmuebles por destino en el momento de la constitución del derecho. Aquí, no es preciso repetirlo, el acreedor exige todo lo imaginable y en las escrituras se recogen en cláusula de estilo todos los artículos aplicables de la Ley Hipotecaria y en consecuencia tales pactos pasan a la inscripción, aunque pasando antes por el tamiz de la calificación registral que evitará las cláusulas que rayen en la exageración o la ilegalidad.

Pero el momento de la verdad llega en la ejecución, pues si en la descripción de la finca o en los pactos de la hipoteca no aparecen claramente cuáles sean esas pertenencias, ¿cuál será el límite a las pretensiones del actor? ¿Cuáles son los bienes que pueden incluirse y los que deben excluirse de la subasta y la adjudicación?

A diferencia de las partes integrantes, siempre incluidas, las pertenencias lo son en tanto se cumplan los requisitos debidos, especialmente la adscripción del propietario. Este en principio conserva sobre las pertenencias todos los atributos de su posición dominical y por tanto puede en cualquier momento desafectar esos bienes por destino, sea por separación o incluso por enajenación. Claro que estas facultades tendrán la limitación de que con ello no se haga insuficiente la garantía, pues en tal caso el acreedor podría acudir a la acción de devastación. Cada caso concreto tendrá su tratamiento y así parece reconocerlo la jurisprudencia que se recoge también ampliamente en el libro, estudiándose tanto las facultades de separación del propietario como los medios de defensa que puede esgrimir entonces el acreedor. Entre éstos está, ya lo hemos dicho, la acción de devastación, la acción pauliana y la declaración de vencimiento anticipado de la obligación, todos los cuales contempla la autora en su aplicación al estudio concreto objeto del libro.

La cuestión se complica cuando, como habíamos apuntado al principio, se presenta la posible colisión o concurrencia de garantías sobre estas pertenencias o inmuebles por destino, y a estudiarla se dedica el último capítulo del libro. Se toma como ejemplo el de una maquinaria industrial que puede ser objeto a la vez de hipoteca mobiliaria *per se* y de hipoteca inmobiliaria por

extensión del artículo 111 de la Ley Hipotecaria. La Ley de Hipoteca Mobiliaria impide la constitución de este derecho sobre bienes anteriormente hipotecados y concede preferencia a esta hipoteca mobiliaria si se ha hecho constar su constitución por nota sobre las fincas en que están situadas estas máquinas. En principio la regulación puede parecer clara: Si hay una hipoteca inmobiliaria previa ya no se pueden gravar sus pertenencias en hipoteca mobiliaria por prohibición legal. Si, al contrario, la hipoteca mobiliaria va por delante, la finca puede ser hipotecada, pero dejando a salvo esas pertenencias... si se ha hecho constar tal gravamen mobiliario por nota en la hoja registral de la finca que las contiene. En la práctica los problemas serán múltiples y la prueba es que hay bastantes pleitos sobre el particular. La autora los estudia y aporta las soluciones más aceptables a su juicio, mostrándonos las sentencias en que apoya sus ideas.

Interesante libro que nos presenta esta cuestión puntual de nuestro sistema de garantías reales, acertando la autora a tratarlo con gran claridad y de modo muy completo, pero con apreciable concisión. Lo bueno, si breve, dos veces bueno.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CILVETI GUBIA, M^a BELÉN. *Mejoras útiles en los contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Pamplona, 1995, Editorial Aranzadi. Un tomo de 381 páginas.

El estudio de este trabajo monográfico se centra, como anuncia ya en el Prólogo el doctor don JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA, en el análisis del concepto y régimen jurídico de las mejoras útiles en el marco de la Ley de Arrendamientos Rústicos y constituye el contenido de la tesis doctoral de M^a BELÉN CILVETI GUBIA.

La autora afronta el tema de la *Mejoras útiles en los contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos* desde la concorde convivencia del derecho de propiedad y del derecho de explotación con el fin de profundizar en el ámbito de la facultad de realizar mejoras y los efectos de su ejecución.

Se plantea el tradicional conflicto entre la conveniencia de estimular la realización de mejoras en el fundo rústico y la imposición al propietario de la indemnización correspondiente a un mejorante que conoce lo ajeno del bien y el carácter temporal de su disfrute, teniendo en cuenta la especialidad del contrato de arrendamiento rústico recogido en la Ley de Arrendamientos Rústicos y del propio destino productivo del bien, así como la vertiente pública que surge en función del interés social.

Ante los nuevos aspectos que presenta el concepto de mejora útil en la Ley de Arrendamientos Rústicos y en la legislación agraria, la influencia creciente de la importancia de la actividad de mejorar y las nuevas corrientes y medidas introducidas por el Derecho comunitario, la autora se sumerge en el conflicto de intereses que surge no sólo entre propietario-arrendador y arrendatario, sino también entre los titulares de un derecho de goce en cosa ajena y el arrendatario, y entre cada uno de ellos y el propietario. Y llega a la conclusión de que la normativa específica de los derechos de goce limitados no resuelve muchas de las cuestiones que se plantean cuando el arrendador no es el propietario del fundo y se introducen en éste mejoras útiles.

Por todo ello decide abordar la necesidad de restablecer el equilibrio económico alterado por la realización de mejoras desde una panorámica muy amplia que incluye, incluso, el aspecto público de la figura determinado por los intereses sociales.

La autora, tras una breve introducción general, encuadra las diferentes cuestiones que se derivan de esta materia en tres grandes bloques que constituyen el contenido de los tres capítulos en los que aparece dividida su obra y que nos va presentando con un primer apartado introductorio.

El primer capítulo dedica su apartado segundo a la determinación y estudio del concepto de mejora útil específicamente establecido en la Ley especial de Arrendamientos Rústicos, teniendo en cuenta en el apartado tercero la concepción de mejora útil que subyace en otras leyes y algunos supuestos tratados por el Derecho comunitario.

Es tan fundamental para la autora la calificación de la conducta mejorativa que entiende que el aspecto subjetivo o la trascendencia del comportamiento mejorativo relega a «un segundo plano el hasta ahora central aspecto del plusvalor introducido por la mejora y los recursos técnicos empleados para restaurar el equilibrio económico alterado».

Por ello, los diferentes tipos de mejoras útiles, clasificados en función de su origen o causa, integran el segundo capítulo, en el que se abordan en cinco apartados los puntos problemáticos que pueden suscitar estas mejoras, según sean facultativas (fomentadas o impedidas), impuestas por Ley u obligatorias, contractuales o convencionales, y las consecuencias derivadas de la ejecución de mejoras ilícitas o prohibidas por exigencias sociales.

El estudio de las mejoras facultativas se enfoca en el segundo apartado en relación con el deber general de mejorar deducido del Derecho agrario y de la función social de la propiedad.

Entendida la actividad mejorativa como facultad y acto de disposición, examina su contenido respecto del propietario, arrendador y arrendatario y los requisitos necesarios para su ejercicio, precisando las consecuencias de la inobservancia del procedimiento legal y aludiendo a las particularidades de casos especiales y a las mejoras fomentadas como especie de las facultativas.

En el tercer apartado se encuadran las mejoras obligatorias. Se califica su realización como deber jurídico y se presenta la función social como justificación del intervencionismo administrativo y el lazo de dependencia entre titularidad y exigencias sociales, teniendo presente la influencia en este campo del Derecho agrario y su incompatibilidad con las directrices comunitarias.

Desde esta perspectiva la autora analiza el alcance, atribución e integración de este deber de mejorar impuesto por ley en el marco del contrato de arrendamiento rústico.

A las mejoras contractuales o convencionales se dedica el apartado cuarto, examinando su régimen jurídico según las distintas modalidades que se puedan presentar y su incidencia en el contrato de arrendamiento; y a las mejoras prohibidas se refiere escuetamente el apartado quinto.

El tercer y último capítulo se conecta con los dos anteriores y se dedica a analizar detalladamente los efectos derivados de la realización de mejoras. Diferencia en dos apartados los efectos específicos que se producen, según sea el arrendador o arrendatario el sujeto mejorante, y hace especial referencia a la equiparación al crédito refaccionario del crédito por mejoras concedido al arrendatario.

Y finaliza con un apartado de reflexión acerca de la presunción legal que la Ley de Arrendamientos Rústicos establece a favor del arrendatario como mejorante.

La admisión ya extendida de la necesidad y conveniencia, en general, de la realización de mejoras en el marco de los arrendamientos rústicos se muestra así en la diferente regulación y efectos jurídicos que se derivan de su Ley especial.

De ahí que las diversas circunstancias y las particularidades que de ello se desprendan vengan a complicar el ya arduo y complejo tema de las mejoras y su liquidación al fin de un estado posesorio

Por ello, y aunque pueden mantenerse posturas diferentes de las de la autora en algunos puntos concretos, como su negativa a considerar las mejoras jurídicas como útiles aunque aporten determinada utilidad, integrándolas en la categoría del pago por tercero, o su afirmación de abonabilidad de mejoras sólo si son efectuadas por o a cuenta del mejorante, es de reconocer el gran esfuerzo y dedicación demostrado por M^a BELÉN CILVETI. Cualidades que se reflejan a lo largo de su obra y se plasman en la abundancia de datos y precisiones finales, no sólo en torno al régimen jurídico recogido en la Ley de Arrendamientos Rústicos, sino en relación al Derecho agrario y comunitario y sus conexiones con la actividad mejorativa.

Es este un campo novedoso en el que el objeto de estudio planteado se recarga de interés y la legislación agraria, como viene a reconocer la nueva Ley de 4 de julio de 1995 sobre modernización de explotaciones agrarias, se muestra cada vez más obsoleta.

Como afirma DE LA CUESTA SÁENZ en «El estatuto jurídico del suelo con destino agrario», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, número 3, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, la política agrícola comunitaria pretende desincentivar la producción de excedentes y mantiene en este sentido una tendencia antiproductivista, aportando además razones «que van desde las puramente presupuestarias —la dificultad de subvenir a un gasto agrícola creciente en proporción directa a la producción— hasta las más profundas razones que dimanar de la necesidad de tutelar los intereses de los consumidores y el interés más general si cabe que radica en la protección del medio ambiente natural».

Entre las técnicas empleadas para ello, observa este autor, destaca el control «contractual» del derecho a producir en la actividad agraria, mediante ayudas compensatorias, facilidad de acceso del producto al mercado u otros beneficios para el productor.

Por tanto, afirma, los titulares de un derecho de uso y disfrute de tales predios seleccionan libremente «su actividad y nivel de productividad dentro de lo que permitan las condiciones naturales de los predios y aconsejen las condiciones económicas impuestas por el Derecho que desarrolla la política agrícola común».

Tratada la figura mejorativa desde estos ángulos, en los que el carácter de utilidad depende de circunstancias muy variadas, queda patente el mérito de la autora al adentrarse en tan complicado entramado de cuestiones sobre la materia y la valiosa aportación que este trabajo supone para nuestra doctrina.

DÍAZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (Tomo I: *Introducción. Teoría del contrato*. Tomo II: *Las relaciones obligatorias*), Cívitas, Madrid, 1996.

Resulta anecdótico que por razones que nunca supe no pude hacer la recensión de estos dos tomos ni del tercero en los tiempos en que apareció y en posteriores ediciones y, sin embargo, ahora no sólo se me ha brindado la posibilidad de recensionar el tomo III, sino que me dan la oportunidad de abordar la de los dos primeros tomos en su versión del año 1996. Supongo que no faltará malicioso que piense que me incliné primeramente por el tomo III que es el que ofrecía materia más «cualificada» en torno al principio de calificación registral. La razón, que no pasa de ser cronológica, tampoco puede justificarse por la materia, pues para calificar hay que tener muy claras las ideas de lo que debemos entender por derechos reales y lo que debe encuadrarse en la materia obligacional. El método dogmático de inversión: si esto no es derecho real es obligacional, no encaja plenamente, pues la existencia de figuras intermedias no permiten inclinar balanzas con tanta ligereza.

De otra parte, el tema de las obligaciones y contratos supone el ámbito en el que el principio de autonomía de la voluntad se manifiesta con más empuje que en los otros campos que señalara SAVIGNY para estructurar el Derecho Civil. Saber lo que significa esa libre voluntad en materia obligacional y contractual, sus límites y su eficacia, es siempre un reto para el que, como yo, sigue siendo un aprendiz de jurista. De cualquier forma, en ésta y en todas las recensiones que me entretiene hacer, siempre tengo en cuenta una frase cuyo autor siempre se me olvida: «Nunca llesves tu mano tan lejos que no puedas retirarla».

La obra tiene la entidad suficiente para dedicarle un estudio especial separando materias, deteniéndose en opiniones y examinando la proyección de futuro. Pero, de una parte, el espacio de que aquí se dispone tiene «líderes» como las fincas, y, de otra, el autor destaca en su nota preliminar que la materia se ofrece en dos tomos, lo que en su iniciación no era más que uno. Esas y no otras son mis razones.

I. INTRODUCCION Y TEORIA DEL CONTRATO

El título genérico que el autor da a la obra es el de *Derecho civil patrimonial* y es considerado como aquella parte del Derecho Civil que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y se ordenan las actividades económicas del hombre. Esta parte del Derecho Civil comprende el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas que no pueden ser considerados como compartimentos estancos en la disciplina de la vida económica ni tampoco sectores autónomos o independientes. Se supera de esta forma la tradicional manera de entender estas partes del Derecho Civil y se establece como plan de estudio la distinción entre una Introducción al Derecho Patrimonial, el Derecho de las relaciones jurídico-obligatorias y el de las jurídico-reales, este último ya recensionado.

a) En la *Introducción* se sitúan los temas sobre el orden público económico, las relaciones jurídico-patrimoniales, el negocio jurídico patrimonial y las atribuciones patrimoniales injustificadas.

El primero se describe por el autor como aquel que está constituido por aquellas reglas que son básicas en el orden jurídico global y con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad. Ello se identifica con los principios del Derecho que actúan en el campo económico. Ello supone resolver el tema de la atribución de los bienes económicos y singularmente la propiedad privada, la problemática de la iniciativa privada y la libertad económica, la regla de que todo cambio de bienes y servicios entre las personas debe estar fundado en el postulado de la conmutatividad, el juego del principio de buena fe y el principio de seguridad jurídica en su triple dimensión de seguridad del ordenamiento, seguridad de los derechos y seguridad del tráfico.

Respecto a las relaciones jurídico-patrimoniales, el autor las define como aquellas situaciones que en la vida social se establecen entre dos o más personas para la realización de unos fines o intereses que son dignos y merecedores de tutela. Ello exige la distinción entre los sujetos de la relación, el objeto y el contenido de la situación de «poder jurídico», para luego penetrar en el campo de la distinción entre los derechos reales y los de crédito. Por supuesto que se exponen todas las teorías existentes y se abordan todos los problemas de la distinción. Para el autor la distinción, que inicialmente fue clara, se complicó por el devenir social y económico del mundo moderno y por ello entiende que la distinción debe hacerse desde dos puntos de vista: primero, la *eficacia* (distinguiendo aquellos derechos reales y no reales), y segundo, la *función económica* (derechos de disfrute y derechos de obligación).

Por lo que se refiere al negocio jurídico-patrimonial que supone un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica —según dice el autor—, es estudiado señalando sus caracteres (libertad individual, conmutatividad, buena fe y seguridad), sus diversas clases (unilaterales, bilaterales, plurilaterales, *inter vivos* y *mortis causa*), pasando a distinguir entre los de disposición y administración. Por último, se estudian las atribuciones patrimoniales (onerosidad y gratuidad, así como negocios conmutativos y aleatorios) y las atribuciones injustificadas, que dan pie a la exposición del fenómeno del enriquecimiento injusto o sin causa.

b) La *teoría del contrato* ocupa la mayor parte de este volumen y aborda la totalidad de los problemas que la figura ofrece en el campo jurídico. Ello se deduce del pormenorizado sumario en el que nos iremos apoyando. Destacando cómo nuestro Código Civil no define el contrato más que como «fuente de las obligaciones», considera que teniendo en cuenta los artículos 1.091 y 1.254 puede llegarse a un concepto del mismo: en el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas, teniendo como consecuencia la creación de una obligación que tiene fuerza de Ley entre las partes contratantes. Completan el concepto del contrato su aspecto histórico, su naturaleza y su fundamento. Deben destacarse en la dogmática contractual las sucesivas erosiones al modelo tradicional, y así se examinan los fenómenos de la estandarización contractual y los contratos en masa, los contratos de la economía intervenida, las relaciones contractuales de hecho y la aparición de un nuevo Derecho de Contratos a través de la protección de los consumidores.

Después de exponer las diferentes clases de contratos el autor examina los tres elementos fundamentales del mismo: consentimiento, objeto y causa, así como la forma y su documentación. Destaca —pues detenerse en todo ello es

prácticamente imposible— los estudios sobre la autocontratación, el contrato abstracto, las ofertas de contrato, la formación por subasta y por concurso, la promesa de contrato y el contrato de opción. Igualmente, deben ser tenidas muy en cuenta la serie de problemas que afloran al tratar el contenido del contrato, el estudio de sus condiciones generales, el tema de los contratos atípicos y los dos puntos finales en torno a la interpretación y eficacia e ineficacia del mismo.

II. LAS RELACIONES OBLIGATORIAS

Como el Código Civil no habla más que del posible contenido de la obligación, el autor describe el concepto superando la equiparación entre obligación y deber jurídico y dice que es una situación jurídica en la que una persona (acreedor) tiene un derecho personal o de crédito que le permite exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (deudor) que soporta el deber jurídico de realizar en favor de aquel un determinado comportamiento (deber de prestación). Ello permite separar del concepto todas aquellas obligaciones que forman parte de una relación jurídico-real o que son la situación pasiva de un derecho real o de relaciones entre propietarios en las servidumbres prediales. Sólo —concluye el autor— si pertenecen a la especie de derechos personales puede hablarse de crédito y deuda. También es línea general de la exposición la de que la mayor parte de las obligaciones lo son contractuales, pero las nacidas de otras fuentes, a falta de específica regulación legal, se rigen también por las reglas generales de las obligaciones.

El trabajo, que casi bordea las mil páginas, es no sólo extenso sino intenso, y puede decirse que «agota» materia. Por ello resulta sumamente difícil dar una referencia detallada de su contenido y más intentar profundizar en cualquiera de sus aspectos. La visión debe ser globalizada y ajustándose a mi peculiar forma de construir estas recensiones. Aparte de las precisiones anteriormente hechas sobre el concepto de obligación, entiendo que son fundamentales los conceptos que el autor deslinda sobre la deuda y la responsabilidad, así como el crédito y la deuda, que precedidos de unas referencias históricas permiten la delimitación del concepto de obligación.

El desarrollo del estudio permite afrontar el tema de la constitución de la relación obligatoria y el problema histórico y moderno de las fuentes. Para el autor, después de examinar la teoría pluralista moderna de las fuentes, sólo caben dos clases de fuentes: la autonomía privada o poder del individuo y el poder heterónomo, que sólo puede ser la soberanía del Estado creando relaciones entre particulares. Ello le permite examinar la autonomía privada, la voluntad unilateral, la promesa pública de recompensa, los cuasi contratos y los actos de soberanía y administrativos. De las fuentes se traslada el estudio a los sujetos y objeto de la relación obligatoria, precisando en los primeros la situación de pluralidad, la cotitularidad, los criterios parciarios, las obligaciones indivisibles, los créditos conjuntos o en mano común, los solidarios, los sindicados y las deudas parciarias, mancomunadas y solidarias y su relación interna. Respecto del objeto, lo identifica con la prestación que encierra un comportamiento o una conducta del deudor y que puede contemplarse en un dar, un hacer o una obligación negativa. Examen especial merecen las deudas pecuniarias con sus problemas de devaluación, moneda extranjera, intervención estatal y deuda de intereses, añadiendo a todo ello el estudio de la pres-

tación cuando se trata de obligaciones genéricas, alternativas, prestaciones fraccionadas, imposibilidad sobrevenida y la facultad de sustitución

La línea estructural del estudio permite al autor ofrecer con detenimiento el examen de circunstancias, como puede ser el tiempo, la condición, el carácter sinalagmático, los negocios parciarios y las relaciones obligatorias derivadas de títulos de crédito. Igualmente, se expone la circunstancia del lugar o localización de la relación obligatoria. Su contenido sirve para aclarar muchas situaciones y, sobre todo, determinar sus posibles efectos. Destaco este punto pues al comentar el contenido de una Resolución de la Dirección General la postura que sostiene el autor fue decisiva para poder atacar la argumentación del Centro Directivo en un curioso caso de cesión de terrenos a cambio de pisos construidos. Queremos hacer referencia en este apartado a las garantías de las obligaciones cuyo estudio sólo comprende las que el autor denomina personales, esto es, la pena convencional, las arras, el derecho de retención, la fianza, las subfianzas, los avales, las pólizas de afianzamiento y seguros de caución, así como las llamadas cartas de patrocinio.

En lo que el autor llama «dinámica de la obligación» deben de tenerse en cuenta tres coordenadas: ejecución exacta de la prestación, satisfacción del acreedor y liberación del deudor, que pueden coincidir en un hecho; pero también es posible que existan hechos que sólo realicen parcialmente el programa previsto. Ello supone un estudio de los diversos elementos y circunstancias del cumplimiento, especialmente la figura del pago, la discutida configuración del fenómeno de la subrogación (que me hubiera gustado comentar ampliamente pero que por razones de «sigilo» debo silenciar), la compensación, dación en pago, cesión de bienes y remisión y condonación. Junto a ello se expone la teoría de la lesión o violación del crédito e incumplimiento de la obligación, con las incidencias de la imputación y los fenómenos de la culpa y el dolo. Relacionado con ello está la figura de la mora, las diversas situaciones creadas por la imposibilidad, el cumplimiento defectuoso y los medios de protección del crédito preventivos y posteriores. Especialmente se estudia en capítulo independiente la resolución de la relación obligatoria sinalagmática, su fundamento, sus presupuestos y sus efectos.

En lo que podríamos llamar «recta final» de esta minuciosa exposición y estudio de materias, se brinda al estudioso un problema muy de actualidad cual es la concurrencia de acreedores sobre el patrimonio del deudor y la insuficiencia del mismo, es decir, el tema del concurso, con el inevitable estudio del fraude de acreedores y el sistema de privilegios. Para llegar al problema de la extinción de la relación obligatoria, estudio final de la obra, el autor aborda anteriormente la alteración o modificación de la relación obligatoria con los supuestos de novación, cambios de acreedor, cambios de deudor, delegación, cesión del contrato y modificación sobrevenida de las circunstancias del negocio. En materia de subrogación en el crédito hace un especial estudio de la Ley de 1994 que lo regula.

Comprendo que todo este conjunto de temas exigiría muchísima más amplitud no sólo de exposición, sino de posible contraste de pareceres; pero aun reconociendo lo que el «pueblo llano» dice: «el que mucho abarca, poco aprieta», aunque hubiera pedido una aceptación de «mayor cabida» o «exceso de cabida», siempre hubiera tenido que contar con los linderos que las recensiones tienen a semejanza de las fincas

GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Cívitas, 1992 (dos tomos).

Recién publicada la Ley reguladora de esta materia, los autores de esta obra que ahora traigo a colación brindaron un amplio trabajo cuyo comentario crítico hice en estas mismas páginas. He tardado en localizarlo y he descubierto con sonrojo que al mismo le faltan las clásicas divisiones o apartados que suelo utilizar para diferenciar materias. Al no encontrar el original me ha quedado la duda de si yo cometí esa falta de «sistemática» (que contrasta con la obra de GONZÁLEZ PÉREZ) o ello se debe al corrector de pruebas, pues como todos sabéis en mis colaboraciones en las diferentes revistas nunca corrijo pruebas y así siempre existe alguien a quien poder echar la culpa de los errores gramaticales o conceptuales. Para el que quiera comprobar lo que digo puede ver la página 1656, número 618, septiembre-octubre 1993, de esta REVISTA.

Esperando superar aquellos errores, lo importante ahora es abordar el contenido de los dos tomos, de más de mil páginas cada uno, que recogen los comentarios que en forma general hacen los autores en la Introducción, así como en su propuesta de reforma al final de la obra, sin perjuicio de ir examinando artículo por artículo su contenido en letra y espíritu. La visión de la obra exige la diferenciación de estos dos tomos, pues si bien en ellos la mayor extensión está destinada al comentario de los artículos, uno y otro proyectan precisiones generales.

TOMO PRIMERO

La razón de esta publicidad se debe —como apuntan los autores en el Prólogo— a la necesidad de ofrecer a «todos los que han de aplicar la Ley» la exposición más completa de su articulado junto a las interpretaciones existentes, eligiendo la que consideran más correcta en congruencia con los principios generales del Derecho. Todo a la vista de que la Ley vigente no acaba de derogarse totalmente dadas las abrumadoras críticas recibidas nada más publicarse. Las últimas etapas del Gobierno socialista en materia de leyes administrativas no ha sido nada feliz, y ahí está un texto de la legislación urbanística que tuve la valentía de criticar, sin que mi crítica sirviera de nada. Menos mal que ha comenzado a derogarse.

Por supuesto que los autores no se han contentado con ofrecer unos comentarios al texto legal, sino que al lado de su exposición han situado la crítica de aquello que, a su entender, debe ser derogado. Es de esperar que el legislador actual se haga eco de todo ello y sepa superar «los inevitables efectos negativos» que se han podido producir.

En la Introducción los autores hacen una especie de exposición retroactiva a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, conectándola con la actual de 1992 y destacando las reacciones frente a la misma. El grave atentado al estado de Derecho supone un criterio unánime en todos los especialistas del Derecho Administrativo que destacan al ocuparse de la nueva Ley. Por vía de ejemplo citan a MARTÍN RETORTILLO, GARCÍA DE ENTERRÍA, LÓPEZ MENUDO, SANZ MORENO, GONZÁLEZ BERENGUER, etc.

En esta visión genérica de la nueva Ley, tal y como lo hicieron en los comentarios inmediatos a su publicación, destacan cuatro puntos importantes

que les sirven para contrastar o confrontar la normativa legal con los principios constitucionales. Estos cuatro puntos son. 1) El acceso al procedimiento. 2) El problema de si se respetan o no las elementales garantías de defensa 3) La eficacia de la seguridad jurídica una vez concluido el procedimiento. 4) Si el procedimiento no constituye un obstáculo a la tutela judicial efectiva. Todos estos puntos los glosé en el comentario que al comienzo he citado y, como tengo la esperanza de que esta legislación sea revisada concienzudamente, aquí sólo destacaré lo que los autores apuntan al concluir este examen general de los puntos citados: la inseguridad jurídica ciudadana vivida por el sistema de entrada en vigor de la Ley en el que su transitoriedad provocó una publicación de leyes que han creado un «caos normativo». Sobre los Jueces recae ahora —dicen los autores— la pesada carga de crear una jurisprudencia que remedie *«los afanes de originalidad y falta de técnica, obstinación o ignorancia del legislador»*.

Con la publicación de esta Ley creció en mí la idea de profundizar en la teoría del «silencio administrativo», pero no he podido lograrlo, es más, al querer aplicar esta teoría al campo del recurso gubernativo se dictó una disposición disparatada, con una total falta de conocimiento de la norma que lo regula.

El primer tomo recoge los comentarios de los 67 artículos primeros de la Ley y en ellos surge el alarde sistemático de que hacen gala los autores, facilitando con ello el estudio y brindando la claridad suficiente para su entera comprensión. Me fijo, por ejemplo, en el artículo 50 que se refiere a la «urgencia», y la exposición distingue entre el concepto y los caracteres de la misma, las diferencias con figuras afines (celeridad, sumariidad y estado de necesidad), las clases de urgencia, el trato normativo de la misma y el control de la declaración de ella. Creo que ello sirve para dar una idea general de cómo son tratadas cada una de las materias que se abordan.

TOMO SEGUNDO

Este tomo recoge los comentarios del resto del articulado, que termina en el 146 y que responde en su exposición a esa sistemática apuntada anteriormente. Como es lógico se estudian las once disposiciones adicionales que acompañan a la Ley, las dos disposiciones transitorias, la derogatoria y la disposición final, destinada esta última al desarrollo reglamentario y a la entrada en vigor de sus preceptos. Especialmente se abordan en este final la disposición adicional tercera y el estado de cumplimiento de la «deslegalización» ordenada, así como la disposición transitoria segunda con el sistema empleado para los procedimientos.

Los autores hablan de la grave situación creada por la aplicación de esta Ley y califican a la misma como *«demencial»*. La verdad es que tengo que unirme a esta crítica, pues en mis lecturas parciales del texto da la sensación que está duriciada en momentos de «malhumor» o con deseos «malévolos». Y esto que resulta intolerable en el trato social, se convierte en una irresponsabilidad que linda con la malicia y la ignorancia. Esta postura del legislador es tan incomprensible como cierta manifestación de la «enseñanza en el odio».

Para los autores el juicio crítico de la normativa, siendo negativo, no «abandona las armas» y al final de la obra ofrecen una «propuesta de mínimos» para la reforma legislativa (ámbito y principios, órganos de la Administración,

procedimientos administrativos, revisión de los actos, potestad sancionadora y principios tanto de dicha potestad como del procedimiento), reconociendo que existen aspectos «manifiestamente mejorables».

La obra —cuyo esqueleto hemos ofrecido— tiene una clave de abreviaturas, un índice de materias y otro sumarial, reservando para las citas a pie de página las obras y autores empleados. El haber vivido la necesidad de «poner al día» una obra hace que llegado el momento de la valoración de lo que ésta contiene deba prodigar el elogio, pues la misma no sólo ofrece un estudio de la norma, sino unas soluciones para ser incorporadas a la posible y necesaria nueva normativa.

JOSE M.^a CHICO Y ORTIZ

ESTURILLO LÓPEZ, A.: *Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996.

Con alguna frecuencia a este recensionista determinadas personas le ponen en serios aprietos, pues la materia que le ofrecen suele alejarse de las posibilidades de un comentario expositivo del tema que encierra la publicación. Y éste viene a ser uno de los casos en los que juega, de una parte, la ignorancia, y, de otra, la lejanía de conceptos. Sobre el civilista pesa inexorablemente el principio de «responsabilidad universal» que apunta el artículo 1.911 del Código Civil, aunque no olvida la posible aceptación de la herencia «a beneficio de inventario» (arts. 1.010 y sigs.) o la garantía hipotecaria en la modalidad limitada del artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

Si en el campo civil puede haber quiebras al principio de responsabilidad, resulta lógico admitir la posibilidad de que en el campo mercantil —cuyo señor y dueño parece ser la sociedad anónima— también se regule un ente social que sólo ofrece una responsabilidad limitada. No obstante, la vigente regulación de la materia no aparece tan diáfana como en la del año 1953. Lo destaca así el prologuista de la obra —mi querido amigo MANUEL OLIVENCIA—, quien aflora una de las críticas que el autor del estudio hace a la vigente Ley del año 1995 «ha desdibujado la caracterización tipológica de la sociedad de responsabilidad limitada» y los límites o diferencias con la sociedad anónima «resultan ya confusos desde que la regulación de ésta permite, al amparo de la autonomía de la voluntad, la introducción de elementos personalistas y la flexibilización del régimen propio de una capitalidad abierta».

La obra va estructurada por capítulos y cada uno de ellos lleva su correspondiente bibliografía. Existe una clave de abreviaturas, un Apéndice con formularios, un índice sumarial, otro alfabético de materias y otro de artículos y disposiciones transitorias con la referencia a la página donde están estudiados. Todo ello facilita enormemente el estudio de la materia.

Hemos aludido anteriormente al Prólogo que MANUEL OLIVENCIA brinda a la publicación y que está escrito con esa galanura, finura y sensibilidad de todo gran jurista y, en este caso, especialista en Derecho Mercantil. Me he recreado en su lectura a la «vieja usanza» con esa parsimonia que hoy resulta lujo en este vértigo vital, regresando a veces a lo ya leído para lograr el recreo interior de ver lo bien que está expresada la idea. Destaca varios aspectos de la obra y hace un elogio a esa «misión jurídica eminente» que los Registradores Mercantiles realizan en su labor calificadora. En el autor, como se sabe, se

reúnen las dos vertientes jurídicas de ser Notario y Registrador Mercantil, aparte de amigo del prologoísta.

Al estar estructurada la obra por capítulos se me plantea el problema de optar por el respeto a esa forma expositiva o hacer unos grupos de materias que pueden brindar al lector una visión más rápida que la de ir siguiendo los apeaderos de los capítulos. Me inclino por esto último —solicitando el perdón del autor— basándome en que si bien el Prólogo —como dijo ORTEGA y ahora invoca OLIVENCIA— es «antesala», la recensión no pasa de ser «noticia de contenido», sin llegar a alcanzar la categoría de «epílogo» que suele encerrar un resumen crítico, y para eso no estoy preparado.

Desde mi punto de vista existen en la exposición de las materias varios elementos que pueden ir agrupados pensando siempre en un posible nacimiento del ente social, en un régimen de participaciones y órganos sociales, en el estudio del capital social, en las modificaciones sociales y los aspectos que se contemplan en los últimos capítulos. El no haber desempeñado o servido el cargo de Registrador Mercantil y haber estado siempre en el de la Propiedad, quizá limite un tanto mi responsabilidad por esta libertad que me tomo.

I. ANTECEDENTES, NATURALEZA Y CONSTITUCION

El autor «alza el telón» del estudio analizando la figura en los antecedentes de las legislaciones inglesa, francesa, suiza e italiana, singularmente en la primera que es donde nace la figura. Luego ya se adentra en la legislación española del año 1953, la reforma impuesta por la Comunidad Europea del año 1989 y la Ley vigente de 23 de marzo de 1995, sin olvidar el estudio de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996.

Se invoca para perfilar la naturaleza jurídica de la sociedad la Exposición de Motivos, en donde se habla de una «sociedad híbrida» en la que se trata de hacer convivir armónicamente elementos personalistas y capitalistas, sin que ello suponga convertirla en una «pequeña anónima» ni en una colectiva con responsabilidad limitada. El autor, sin embargo, considera que predomina más lo primero que lo segundo. Se apuntan determinadas diferencias con la anónima: por razón de su constitución, ventajas de fundador, carácter cerrado o abierto de una y otra, capital social, distinto juego del principio de autonomía de la voluntad, documentación, modificación de estatutos y forma de distribución de dividendos. La define diciendo que es aquella que «con capital dividido en participaciones sociales e integrado por todas las aportaciones de los socios limita la responsabilidad de los mismos por las deudas sociales al importe de aquéllas».

Cierra esta parte el concepto de capital social, el problema de la denominación de la sociedad, la existencia de sociedades en formación o irregulares, los elementos de constitución de la sociedad y las causas y efectos de la nulidad y su declaración.

II. PRESTACIONES ACCESORIAS, PARTICIPACIONES Y ORGANOS SOCIALES

Antes del estudio de las participaciones sociales se hace el de las llamadas «prestaciones accesorias», que define —siguiendo a SACRISTÁN REPRESA— como

«obligaciones sociales que pueden pactarse en la escritura social o en los estatutos como accesorias de la obligación principal que tiene todo socio de hacer su aportación al capital social, en virtud de las cuales todos o algunos de los socios se comprometen a efectuar, gratuita o retribuidamente, prestaciones de muy variado carácter, que en ningún caso podrán formar parte del capital». Definición de la que deduce los caracteres, para luego estudiar el problema de su transmisión, modificación y extinción, sin olvidar el efecto del incumplimiento obligacional

Respecto a las «participaciones sociales», su estudio lo hace el autor en dos momentos de su exposición al referirse al capital social y su división en participaciones sociales, y reservar la problemática de la transmisión, la co-propiedad, usufructo, prenda y embargo de las mismas para este momento. Especialmente se hace referencia a la adquisición por la sociedad de sus propias participaciones y a las participaciones recíprocas.

En materia de «órganos sociales» se desdobra el estudio en la atención que merece la Junta General con sus diferentes clases y su forma de actuación, así como los órganos de Administración, El Consejo de Administración, los administradores y sus funciones de gestión y representación, así como su responsabilidad.

III. ESTATUTOS Y CAPITAL SOCIAL

Los conceptos de estatutos y capital social se exponen por el autor en lo que se denomina «disposiciones generales», que juntamente con los demás citados componen el entramado social de la figura. Aquí, por ello, se ciñe a exponer la modificación de los estatutos y las alteraciones del capital (aumento y reducción). Y aunque se estudia en forma independiente, me atrevo a incluir en este punto a las llamadas *cuentas anuales* en su triple dimensión de verificación, aprobación y depósito, habiendo explicado antes lo referente al concepto de balance, cuenta de pérdidas y ganancias y Memoria.

IV. MODIFICACIONES SOCIALES

Todo fenómeno que suponga una cierta alteración en la vida social cabe dentro del término jurídico que hemos empleado y por ello los minuciosos estudios que de la figura de la transformación destina el autor, así como a sus diversos supuestos, sus requisitos y sus principios. Figura especialmente estudiada es la de la «escisión» en sede de las sociedades que no permite un concepto general, pero sí un entendimiento claro a través de sus variedades (simple absorción, creación y escisión impropia). Igualmente se estudian el fenómeno de la extinción, la separación y exclusión de socios, así como las operaciones, requisitos y efectos de la liquidación

V. TEMAS FINALES

El autor destina los cuatro últimos capítulos a exponer la figura de la sociedad «unipersonal» de responsabilidad limitada que regula novedosamente la vigente Ley, cuyo antecedente es preciso verlo en la legislación alemana

y en los sucesivos reconocimientos hechos a la figura por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se supera así la sociedad unipersonal «sobrevenida». Igualmente, en otro capítulo se exponen y estudian las disposiciones «adicionales» y «transitorias» de la Ley vigente y dos problemas importantísimos: el de las inversiones extranjeras y el régimen fiscal.

El autor, en su doble carácter notarial y registral, brinda veintidós «modelos» de escrituras y actas sobre las principales exigencias de la regulación, con lo que facilita enormemente no ya la confección del documento, sino la posterior calificación del mismo para su inscripción en el Registro Mercantil.

Entiendo que estamos ante una obra que orienta, permite profundizar en infinidad de problemas y ofrece soluciones, lo cual ya la incluye entre esas que «hay que tener» en la biblioteca «a mano» para después de ser estudiadas apoyarse en ellas para salir airoso del problema planteado.

JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ

ESCOBAR FORNOS, IVÁN: *Constitución y derechos humanos*, Universidad Centroamericana de Managua, 1996. Un tomo de 195 páginas.

No es la primera vez que el doctor IVÁN ESCOBAR FORNOS, actual Presidente de la Asamblea de Nicaragua, nos honra con su presencia en nuestra páginas. Ya en otra ocasiones nos ha prestado su valiosísima colaboración mediante trabajos de gran altura, y varias veces nos hemos referido en esta REVISTA a diversos aspectos de su amplia y profunda obra jurídica.

Ahora nos ha remitido amablemente este libro donde, al recoger de modo certero la legislación de su país en lo referente a las garantías constitucionales de los derechos humanos fundamentales, formula una amplia exposición doctrinal y de Derecho comparado sobre esta materia.

Cuestión esta de importancia primordial en cuanto que, bajo el rótulo genérico de los derechos humanos, se trata de proteger el ámbito personal a que aspira todo hombre como base de su vida dentro de un círculo de inviolable respeto a la libertad individual y que constituye una de nuestras mayores aspiraciones.

De entrada, el doctor ESCOBAR FORNOS encuentra el fundamento de los derechos humanos tanto en nuestra propia condición terrena como dándole incluso un origen divino, pues nos dice que, ya sea por su razón o inteligencia, ya por su imagen y semejanza al Creador, los hombres tienen libertad y derechos inherentes a su condición humana que son irrenunciables e incluso anteriores al Estado. Estos derechos humanos establecen facultades y condiciones para que las personas puedan obtener una vida digna, libre e igual; sólo así, dice el autor, los hombres podrán desplegar sus fuerzas, tanto físicas como morales e intelectuales, para conseguir la realización de sus aspiraciones en la busca de la felicidad.

La amplitud y verdadera naturaleza de estos derechos humanos es estudiada en el libro desde tres puntos de vista: En su primera dimensión aparecen como instrumentos de defensa o reclamo contra el Estado; en la segunda hay que contemplarlos actuando en las relaciones entre personas, sea en el aspecto de la interrelación entre esos derechos o sea en la participación de la sociedad civil en la promoción y cumplimiento de los derechos humanos; la

tercera dimensión surge con la internacionalización y universalización de los derechos humanos mediante declaraciones, convenciones y decisiones de Tribunales que juzguen a los Estados ante las reclamaciones de los particulares.

Hecho así el planteamiento inicial, el doctor ESCOBAR hace una clasificación y exposición general de los derechos humanos, primero según varios de los distintos puntos de vista formulados por la doctrina y estudiando la posibilidad de su coordinación, interdependencia y protección, para después pasar al Derecho positivo con exposición de la lista de estos derechos que se recogen y regulan en la Constitución de Nicaragua.

Los derechos humanos han recibido acogida en la gran mayoría de las legislaciones y eso ha propiciado que la materia haya entrado de lleno en el Derecho internacional, habiéndose recogido en las declaraciones generales de la ONU. Igual ocurre con múltiples convenios y tratados, teniendo también como fuente las costumbres, principios y doctrinas.

Señala el autor como características del Derecho internacional de los derechos humanos que el sujeto pasivo es el Estado como obligado y son sujetos activos los seres humanos como titulares de esos derechos; el objeto es la regulación de las relaciones y derechos entre Estados e individuos concretados en la protección de los derechos humanos en forma continuada e irreversible. La protección internacional tiene carácter subsidiario respecto al Derecho interno de cada país, que debe ser el primero en intervenir por exigirlo el principio de la soberanía y el orden lógico del proceso. Una vez agotada esa vía interna se podrá pasar a la instancia internacional.

En la Sección 2ª el libro aborda la protección internacional de los derechos humanos. Hay en principio un sistema universal en el seno de las Naciones Unidas a través de sus órganos que el autor estudia relacionando las varias declaraciones sobre el particular, desde la reguladora de los derechos del niño de 1959 hasta la referente a la represión de la discriminación racial de 1976. Después expone el sistema interamericano, cuyo documento fundamental está constituido por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y sus dos órganos de protección son la Comisión Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas actuaciones son estudiadas detalladamente.

La Comisión funciona desde 1960, está integrada por siete miembros, es independiente y funciona como órgano de protección y promoción de los derechos humanos. La Corte está integrada por siete Jueces elegidos por mayoría de votos de los Estados partes en la Convención y en la Asamblea General de la Organización, su sede se encuentra en San José de Costa Rica.

El sistema europeo es también objeto de examen en el libro. El documento fundamental lo constituye la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, suscrito el 4 de noviembre de 1950. Ha sido completada por cinco protocolos y varios reglamentos y contiene una amplia lista de derechos humanos. Los órganos de protección son la Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros. También se estudia en el libro la actuación y funcionamiento de estos órganos.

Tras referirse a las líneas generales que distinguen los dos grandes sistemas de control constitucional de los derechos humanos, que son el difuso o norteamericano y el concreto o europeo, el doctor ESCOBAR expone el sistema constitucional nicaraguense, que es bastante paralelo al sistema español que conocemos en cuanto que se articulan recursos de inconstitucionalidad y

amparo, una particularidad advertimos y es el llamado recurso de exhibición personal, que tiene por objeto específico proteger la libertad, integridad y seguridad de las personas y se concede a favor del que sufre la violación o amenaza, sea de las autoridades o de los particulares, de que se puedan cometer actos restrictivos de la libertad personal.

La parte segunda del libro tiene un contenido específicamente nicaragüense en cuanto que trata del alcance de la reforma de su Constitución, lo que lleva consigo la exposición de los puntos concretos a que afecta y un estudio de sus principios informadores. Se establecen como tales la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político, social y étnico, el reconocimiento a las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos.

Y la tercera parte se dedica a estudiar la institución de la Justicia, básica e imprescindible para la pacífica convivencia. El autor predica como valores a perseguir, en primer lugar, que la sentencia sea producto de un proceso investigador rápido, imparcial y seguro, donde las partes puedan defender y probar sus alegaciones.

El libro acaba con el estudio de la reforma penal que el autor propugna para Nicaragua, en la misma línea seguida por otros varios países hispano-americanos que cita.

Una vez más hemos recogido con gusto el palpito jurídico de nuestros hermanos de Hispanoamérica que con alguna frecuencia manifiestan su presencia en las páginas de nuestra REVISTA, siempre abierta a ellos, y que tiene amplia resonancia en aquellas tierras. Este libro que hemos comentado refleja de modo vivo una época de transición social y el Derecho está presente de la mano de uno de los más prestigiosos juristas de allende el Atlántico, a quien saludamos afectuosamente.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LÓPEZ RODÓ, LAUREANO, y otros *Las Cámaras de Comercio e Industria en la Europa continental*. Edición de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1966. Un tomo de 328 páginas.

Durante los días 18 y 19 de septiembre de 1995 tuvo lugar en Madrid el coloquio internacional sobre la regulación de estas Cámaras en varios países de la Europa continental, desarrollándose ponencias a cargo de varios profesores de Alemania, Austria, España, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Italia y Polonia.

La Cámara de Comercio e Industria de Madrid ha recogido dichas ponencias en este libro que presenta su Presidente, don ADRIÁN PIERA, con la idea de reunir el pensamiento de estos prestigiosos ponentes, quienes informaron sobre la organización, funcionamiento y régimen jurídico de estas Corporaciones en sus respectivos países, los que integran lo que se puede llamar «modelo continental».

Ha sido coordinador del libro el profesor español don LAUREANO LÓPEZ RODÓ, que en la Introducción parte de que el modelo económico predominante en Europa y que consagra también la Constitución española es el de la economía de mercado basada en la libre iniciativa privada, pues el principal

motor del crecimiento económico es la empresa y ésta alcanza su mayor productividad y es más competitiva si está dirigida por particulares; la superioridad de la empresa privada sobre la pública es patente, aunque siempre será necesaria una reglamentación que proteja el interés general de la economía y a la vez el de los particulares.

Ahora bien, no es preciso que sea el propio Estado el que realice directamente esas funciones de vigilancia de la vida económica. Concretamente, en esta esfera las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación son, según su Ley reguladora de 22 de marzo de 1993, Corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y que además del ejercicio de las competencias de carácter público que las leyes les atribuyen tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación. El profesor LÓPEZ RODÓ sienta la tesis de que la libertad de asociación de los empresarios es compatible con la adscripción de éstos a las Cámaras, que son Corporaciones de Derecho Público, ya que éstas obedecen tanto al principio de descentralización como al de colaboración de los particulares. El ámbito de las Cámaras y las asociaciones privadas es distinto; las primeras defienden el interés general de la economía, y las asociaciones defienden los intereses económicos privados que son los propios. Recoge la observación del profesor OLIVENCIA de que no estamos ante una adscripción forzosa a una asociación privada, sino ante la integración en una Corporación pública, y termina ponderando las tareas que ante Europa realizan las Cámaras, preguntándose cómo podrían las pequeñas empresas competir aisladamente en el mercado internacional si no contaran con las facilidades que les prestan las Cámaras en la prospección de los mercados y en la formación de sus hombres.

A continuación se reproducen en el libro las ponencias de los representantes de los países antes dichos y que son las siguientes:

— Alemania «Las Corporaciones de Derecho Público y en particular las Cámaras de Comercio e Industria», por el profesor J. KAISER, de la Universidad de Friburgo.

— Austria: «Las Cámaras de Comercio austríacas», por el profesor THEO MAYER-MALY, de la Universidad de Salzburgo.

— Francia: «El régimen jurídico de las Cámaras de Comercio e Industria en Francia», por el profesor EMMANUEL DAOUD, Abogado ante la Corte de Apelación de París.

— Grecia. «Las Cámaras de Comercio e Industria en el Derecho helénico», por el profesor EVANGHELOS PERAKIS, de la Universidad de Atenas.

— Holanda: «Las Cámaras de Comercio e Industria en un contexto sociopolítico en evolución en los Países Bajos», por el profesor JEAN PETER BALKENENDE, de la Universidad Libre de Amsterdam.

— Hungría: «Las Corporaciones públicas en Hungría», por el profesor ANTAL ADAM, miembro del Tribunal Constitucional de Hungría.

— Italia. «La organización de las Cámaras de Comercio en Italia», por el profesor ONORATO SEPE, de la Universidad de la Sapienza de Roma.

— Polonia: «Las Corporaciones de Derecho Público en Polonia», por el profesor ZANUSZ LETOWSKI, de la Universidad de Varsovia.

El sistema español se expuso por el profesor don JORGE CONTRERAS LLANSAÑA, Catedrático emérito de la Universidad de Barcelona, y por don JOSÉ MA-

NUEL GUTIÉRREZ DELGADO, Abogado del Estado, quienes en sus trabajos recogen la evolución legislativa, la normativa vigente, la caracterización de las Cámaras españolas y la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a estas Corporaciones, con especial estudio de la Sentencia de 16 de junio de 1994, sobre todo respecto a la discutida cuestión del llamado «recurso cameral». Se termina diciendo que la configuración definitiva de las Cámaras puede depender de la doctrina que sienta el Tribunal Constitucional al resolver sobre cuestiones de la Ley de 1993, pero también dependerá de que se procure un pleno acercamiento y apoyo a los empresarios que son su base corporativa.

Como resultado del examen comparativo los ponentes acordaron como conclusiones las siguientes, que resumimos

1.^a En la Europa continental el régimen predominante respecto a la naturaleza de estas Cámaras es el de Corporaciones de Derecho Público, con la suficiente autonomía para poder ejercer eficazmente sus atribuciones.

2.^a Las Cámaras, asumiendo la representación de las empresas, llevan a cabo la defensa del interés general de la economía y prestan las funciones jurídico-administrativas que la Ley les encomienda.

3.^a Se diferencian radicalmente de las asociaciones privadas y no puede haber colisión entre ellas porque se mueven en campos distintos

4.^a La futura evolución de la economía estará dominada por el creciente fenómeno de la internacionalización. Las Cámaras están llamadas a desempeñar un importante papel en la promoción de proyectos comunes de interés general y en procurar un mejor conocimiento entre los pueblos.

Junto a las ponencias se presentaron varias comunicaciones y también se recoge su texto en este libro, pero sería demasiado extenso resumirlas. Recojamos solamente la última, cuyo autor es el Registrador de la Propiedad don JESÚS LÓPEZ MEDEL, que empieza su trabajo estudiando las Cámaras como expresión jurídica de la sociedad civil y en el orden institucional bajo una óptica filosófico-jurídica y acude a la jurisprudencia alemana como previa al estudio de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional español de 16 de junio de 1994, que, a su juicio, no ha puesto en duda la naturaleza de estas entidades como verdaderas Corporaciones de Derecho Público y por tanto no suponen una confrontación con la distinta libertad de asociación privada.

Como se ve, el libro se justifica en el deseo de aclarar y puntualizar la doctrina que pudiera desprenderse de la repetida Sentencia del Tribunal Constitucional, que en su día pudo suponer un cierto motivo de inquietud que aquí se quiere compensar. Pero de paso nos sirve como dato importante del Derecho comparado, donde prevalece el carácter de Corporación de Derecho Público para estas Cámaras

JOSÉ M.^a CORRAL GUJÓN
Doctor en Derecho

MOREU BALLONGA, JOSÉ LUIS: *Aguas públicas y privadas*. Editorial Bosch, 1.^a ed. Barcelona, 1996. Un tomo de 877 págs.

El estudio de las llamadas «propiedades especiales» en general, y en concreto el de las aguas, ha sido con relativa frecuencia descuidado por los civi-

listas, delegando la tarea en juristas de otras disciplinas jurídicas, administrativistas a la sazón. La carencia de una sólida reflexión doctrinal sobre una determinada materia, objeto de regulación jurídica, redundará en que la normativa, que a la postre la contemple, carezca igualmente de dicha solidez y acabe revelándose incompleta, deficiente e «irreflexiva»: buen ejemplo de ello lo tenemos en la vigente Ley de Aguas de 1985 (LA) y su paupérrimo tratamiento de la vertiente civil del Derecho de aguas. El libro del que a continuación se pretende dar noticia, viene sin duda a suplir dicha insuficiencia doctrinal, y lo hace con la seriedad y rigor que caracteriza en general a las obras de su autor, el profesor MOREU BALLONGA, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza.

El hilo conductor de la obra es la distinción entre aguas públicas y privadas en la legislación actual, centrándose para ello en el análisis de las Disposiciones Transitorias y del Título I de la LA, y acudiendo cuando es necesario a otros preceptos de la Ley íntimamente relacionados con la problemática tratada. Adelantaré ya, que el resultado de dicho análisis sorprenderá al lector habituado a la generalizada idea de que las aguas privadas son, tras la Ley de 1985, un supuesto excepcional en nuestro ordenamiento jurídico.

Antes de entrar en el contenido de los diferentes capítulos de la monografía, quisiera dejar constancia de algunos aspectos generales dignos de ser destacados.

En primer lugar, el estudio de cada uno de los supuestos abordados aparece indefectiblemente precedido de una minuciosa exposición de la situación vivida bajo la legislación inmediatamente anterior, procediéndose en todo caso a algo que desgraciadamente los autores de la LA de 1985 obviaron: una cuidadosa reflexión histórica. El sentido de cualquier norma no se puede explicar en su totalidad sin conocer el Derecho que la precede, y si ello es cierto con carácter general, todavía es más palmario cuando se trata de disposiciones transitorias: así, las perniciosas consecuencias de la mencionada omisión alcanzan tintes cuasi dramáticos en lo que la regulación vertida en aquéllas se refiere.

Igualmente debe ponerse de manifiesto el encomiable esfuerzo exegético que el autor lleva a cabo al enfrentarse con los distintos interrogantes que un texto de desalentadora técnica legislativa, impreciso, lagunoso y necesitado de constantes interpretaciones correctoras plantea. El profesor MOREU llega en muchos casos a conclusiones alejadas de aquéllas que otros sectores de la doctrina —de los que siempre se da cumplida cuenta— propugnan, pero son siempre fruto de una profunda reflexión y de un magistral recurso a las distintas herramientas de las que dispone el intérprete a la hora de encarar un concreto texto legislativo. Ello, unido al exquisito manejo de un rico aparato conceptual, hace de la obra que en sus manos tiene el lector, no sólo una vía para alcanzar una mayor y más racional comprensión de la materia concreta que la ocupa, sino todo un ejemplo de cómo debe acometerse con seriedad la investigación jurídica.

Ahora bien, la profunda reflexión teórica vertida en las páginas de este libro no obsta en absoluto sino que refuerza todavía más su innegable utilidad práctica: el lector puede informarse de la trayectoria seguida en la aplicación de las normas que se estudian, de las tendencias acogidas por los distintos Organismos de Cuenca al interpretarla, de cómo resolver problemas procedimentales, registrales, etc. En el mismo sentido debe mencionarse la copiosa Jurisprudencia, tanto de la Sala Civil como Contencioso-Administrativa del

Tribunal Supremo citada —siempre con exactas referencias que permiten su fácil localización posterior—, la puntual referencia a la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional, la inclusión de un meticuloso índice analítico que permite ubicar con facilidad, dentro de tan amplia obra, el punto concreto sobre el que se requiere información, así como la completa bibliografía que se acompaña.

Por último, cada una de las hipótesis tratadas en la legislación estatal son puntualmente examinadas también bajo la perspectiva del Derecho canario de aguas.

El libro se abre con el estudio de los derechos subsistentes sobre las aguas públicas procedentes de la legislación anterior, contemplados en su totalidad en la Disposición Transitoria 1.ª de la LA de 1985, a pesar de que la letra de ésta mencione tan sólo a los dimanantes de concesiones o ganados por usucapción. El sentido último de la disposición es la asimilación tendencialmente plena de tales derechos provisionalmente respetados a los derechos sobre aguas públicas adquiridos por concesión de acuerdo a la nueva ley. Ello implica, pues, una retroactividad genérica de la LA de 1985 en este ámbito, paliada en cierto modo por un relativo respeto al contenido de los títulos administrativos. Cuestiones controvertidas como la del destino de tales derechos en caso de no ser acreditados o inscritos en el Registro de Aguas, el régimen transitorio de las comunidades de usuarios o la suerte de los derechos sobre cauces y lechos de aguas públicas son estudiadas en este primer capítulo.

Si la Disposición Transitoria 1.ª contiene la regla general transitoria para los derechos sobre aguas públicas, su paralelo respecto de las aguas privadas se halla en el apartado 1.º de la Disposición Transitoria 4.ª, en torno al cual se desarrolla el capítulo segundo. El principio rector de esta norma, aplicable a todos los derechos sobre aguas privadas, es totalmente opuesto al de la estudiada en el capítulo anterior: se parte de la irretroactividad genérica de la reforma que, no obstante, se convierte en retroactividad a los cincuenta años para aquellos derechos privados inscritos en el Registro de Aguas conforme a la opción expresada en las Transitorias 2.ª y 3.ª a la que el precepto se remite. Según la interpretación «oficial» de dicha opción, los titulares de derechos sobre aguas privadas pueden, bien acogerse al sistema de la nueva ley, merced a la inscripción de su derecho en el Registro de Aguas en un plazo de tres años desde la entrada en vigor de la LA, transformándose éste a los cincuenta años en una preferencia para la obtención de una concesión sobre dichas aguas, bien, seguir disfrutándolo indefinidamente «*en el mismo modo y forma que hasta ahora*», salvadas las limitaciones impuestas en las Disposiciones Transitorias, pero quedando privados de la protección administrativa que el Registro de Aguas brinda. El autor va desglosando los problemas de orden teórico y práctico que la opción presenta, para concluir calificándola de una parte de «*solución poco razonable y realista*» (pág. 86) —las diferencias de régimen jurídico resultantes de optar por una u otra alternativa son escasas y, paradójicamente, las más significativas van en detrimento del titular que opte por la inscripción de su derecho—, y de otra de «*solución jurídica excesivamente conservadora y tolerante con los derechos adquiridos en materia de aguas*», lo que contradice claramente las intenciones publicadoras del legislador de 1985. Si además se atiende a los datos existentes sobre solicitudes de inmatriculación o inscripción en el Registro de Aguas, es forzoso concluir que el resultado de la fórmula opcional descrita no va a ser el reducir las aguas

privadas a la categoría de supuesto excepcional, como tantas veces se ha afirmado, sino provocar un *«irracional mapa de distribución de las aguas públicas y privadas en nuestro país en el año 2036, si alguna nueva Ley de aguas no lo remedia antes»* (pág. 740).

En los capítulos tercero y cuarto se exponen diversos casos en los que bajo la legislación actual van a pervivir, con carácter indefinido, derechos sobre aguas privadas.

El primero de ellos se dedica por completo a los derechos privados o comunales provenientes del Antiguo Régimen, abriéndose con una ejemplar explicación histórica sobre nuestro Derecho de aguas desde sus orígenes romanos hasta la época liberal. Tanto la Ley de 1866 como la de 1879 dejaron incólumes los *«derechos legítimamente adquiridos antes de su publicación»* (cfr. art. 257 de la Ley de 1879), y sobran ejemplos jurisprudenciales del enorme valor que la «pátina de los pergaminos» ha tenido ante los tribunales y de cómo ello puede *«conducir a soluciones injustas y socialmente poco razonables»* (pág. 165). A pesar de ello, y por contradictorio que pueda resultar con la ideología inspiradora de la Ley de 1985, derechos privados sustentados en antiquísimos títulos históricos perviven hoy y pervivirán indefinidamente intactos en virtud del régimen transitorio previsto por la Disposición Transitoria 4.ª: basta con que sus titulares no hayan optado por su inscripción en el Registro de Aguas. En este sentido merece la pena apuntar una realidad advertida por pocos y que me parece un ejemplo muy ilustrativo de las secuelas de la mencionada falta de reflexión histórica: dado que en muchos casos dichos títulos recaían sobre aguas futuras de ríos conducidas por acequias que se consideraban privadas, a pesar del tenor literal del artículo 2 de la Ley, *«ni siquiera bajo el régimen jurídico de la nueva Ley de aguas de 1985 es exacta la frase o afirmación corriente de que las aguas de los ríos son de dominio público: parte de ellas, difícil de precisar para cada concreto río, sigue siendo de dominio privado, lo que sin duda hace merecedera a la nueva Ley de aguas de una severa crítica»* (pág. 192). Desgraciadamente no es este el único supuesto donde tal crítica es inevitable.

El capítulo quinto continúa desglosando otros supuestos de idéntica pervivencia de derechos sobre aguas privadas. Así ocurrirá en la gran mayoría de las corrientes de aguas privadas del país, originadas en manantiales naturales, dado el escaso predicamento de la opción contenida en la Disposición Transitoria 2.ª. Al no haber tenido mayor éxito la fórmula opcional paralela de la Disposición Transitoria 3.ª, referida a derechos privados sobre aguas subterráneas, cabe repetir la misma observación respecto a éstos. Precisamente era la regulación de las aguas subterráneas uno de los sectores más necesitados de reforma, dados los extremos de sobreexplotación y deterioro a los que una legislación incentivadora de la iniciativa privada y en exceso liberal como fue la de 1876-1879 dio pie, y que una Administración carente de títulos de intervención suficientes no pudo controlar. No obstante, los cambios introducidos por la LA de 1985 se revelan una vez más decepcionantes: se publican las aguas subterráneas alumbradas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley —y entiéndase que éstas serán sólo las aguas hasta entonces desconocidas o todavía no alcanzadas— siempre y cuando sean «renovables», novedosa categoría de difuso alcance y significación, dudosa consistencia y en todo caso generadora de inseguridad jurídica.

Se continúa explicando el régimen de los derechos de propiedad de lagos, lagunas y charcas, tanto su defectuosa regulación transitoria —cuya interpre-

tación más razonable obliga a prescindir en buena medida de la Disposición Adicional 1.^a y a considerar todo tipo de lagos, lagunas y charcas, independientemente de su inscripción en el Registro de la Propiedad sometidos a la norma general de la Disposición Transitoria 4.^a—, como la regulación que *ad futurum* se impone en el artículo 10 de la LA. Es digno de destacarse que dicho precepto, al reconocer implícitamente la posible existencia de charcas privadas en terrenos de propiedad privada, constituye, junto a las aguas subterráneas «no renovables», el único supuesto dentro del sistema publicador de la nueva Ley de Aguas donde se admite la titularidad privada de aguas constituidas o consolidadas tras la entrada en vigor de la misma.

Los derechos privados sobre aguas pluviales están igualmente salpicados de desalentadores problemas interpretativos, en especial la difícil coherencia del régimen de la Disposición Transitoria 4.^a con el artículo 52.1. de la Ley y el derecho al uso privativo de las aguas pluviales contenidas en una finca por parte de su propietario allí reconocido. La correcta comprensión de este precepto, en el que debiera verse un supuesto de uso privativo de aguas públicas por disposición legal, se ve todavía más dificultada por la criticable calificación que en su Sentencia de 29-2-1988 hizo el Tribunal Constitucional de estas aguas pluviales como privadas.

Finalmente se examina la innovadora cuestión de las aguas desalinizadas, discuriéndose sobre su naturaleza pública o privada en los casos —que previsiblemente se multiplicarán en el futuro— en los que la empresa que lleva a cabo la explotación no sea de titularidad pública.

El quinto capítulo de la monografía lo ocupa el apartado segundo del artículo 52 y el discutido derecho del propietario de una finca a aprovechar caudales de pozos o manantiales sitios en el interior de la misma hasta un límite máximo de 7.000 metros cúbicos de volumen total anual sin necesidad de autorización alguna. No midió el legislador las eventuales repercusiones prácticas de tal derecho: en palabras del autor, el artículo 52.2. está llamado «a convertirse en un auténtico caballo de Troya de la recién instaurada e inescindible norma de la necesaria autorización administrativa previa a la investigación de aguas subterráneas en terrenos privados» (pág. 737). No es de extrañar que se haya limitado su alcance en Cataluña o suspendido su vigencia durante bastante tiempo en Baleares, ni que se aconseje de plano su derogación.

En el breve capítulo sexto el autor se pregunta sobre la eventual vigencia residual de la LA de 1879. A pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley de 1985 anunciaba «una nueva legislación en la materia, que aproveche al máximo los indudables aciertos de la legislación precedente», la antigua Ley es derogada en bloque, y la nueva, en comparación, supone un empobrecimiento normativo evidente de nuestro Derecho de aguas: se pierden preceptos útiles, se deforman o simplifican otros y se crean lagunas de difícil solución que en algún caso sugieren la vigencia implícita de la regulación anterior. A ello se añade la pésima técnica derogatoria de la que se hace gala al declararse subsistente la normativa sobre aguas contenida en el Código Civil: el legislador de 1985 no supo ver que ésta formaba un «bloque inescindible» con la legislación de aguas, vigente en el momento de su promulgación, y que ha quedado ahora huérfana de sentido en muchos casos.

Deslindados ya en los capítulos precedentes el ámbito de las aguas públicas y privadas, en el séptimo se van desgranando los distintos aspectos del nuevo régimen jurídico de estas últimas y de sus cauces y lechos.

Ante todo, debe partirse de la base de la existencia bajo la legislación anterior de verdaderos derechos de propiedad privada sobre corrientes de agua con todas las connotaciones que la propiedad tiene, debiendo desterrarse la extendida postura doctrinal —cuya debilidad es puesta de manifiesto por el profesor MOREU—, según la cual sólo cabían meros derechos privados de aprovechamiento sobre una corriente que en todo caso tendría carácter público. Dichos derechos de propiedad privada subsisten hoy como tales, merced al juego de las Disposiciones Transitorias de la Ley de 1985, a pesar de la confusa terminología de la misma, fruto, precisamente, del excesivo predicamento de la mencionada opinión doctrinal.

Con ello como premisa, se procede a examinar las distintas facetas y connotaciones de la propiedad y otros derechos privados sobre las aguas: el deslinde de una y otros, su naturaleza real, su eventual contenido en cada caso, las peculiaridades de su goce y disposición, las complejas situaciones de cotitularidad a que puede dar lugar la unión de corrientes, acciones y recursos a favor del titular de tales derechos, etc. Merecen destacarse especialmente cuestiones como la posible reducción de la cuantía de su objeto al «caudal realmente utilizado», merced al juego de las Disposiciones Transitorias, la transformación de tales derechos en una concesión —por incoherente que resulte— en la hipótesis prevista en el apartado tercero de las Disposiciones 2.^a y 3.^a, la sumisión de dichos derechos a todas las normas «*relativas a limitaciones del uso del dominio público hidráulico*» en virtud del apartado 4.^o de las mismas, la discutible aplicabilidad del uso común general establecido en el artículo 48, 1.^o y 2.^o a las corrientes de aguas privadas o lo incierto de la eventual incidencia de la planificación hidrológica sobre las aguas privadas y comunales.

En el mismo capítulo se trata de la hoy por hoy inexistente regulación general de las aguas sobrantes tanto públicas como privadas —imperdonable olvido del legislador que quizás pudiera salvarse en lo que a las corrientes privadas se refiere entendiéndolo vigente la extensa normativa recogida en la Ley de Aguas de 1879 por reenvío del Código Civil— y del confuso régimen de los cauces y lechos privados de las aguas públicas y privadas subsistentes hoy.

Particular mención merece el epígrafe dedicado al estudio de la llamada «protección administrativa» a los derechos inscritos en el Registro de Aguas: recuérdese que en ella se cifraba el principal incentivo del legislador para que los titulares de derechos sobre aguas privadas optasen por la inscripción.

La compleja noción de protección administrativa se ha relacionado doctrinalmente con dos ideas básicas de una parte y con apoyo en el artículo 68 de la LA, se ha planteado la posibilidad para la Administración de desconocer los derechos no inscritos en el Registro, consecuencia inadmisibles en nuestro contexto normativo actual. Igualmente carece de fundamento la pretendida prevalencia en ciertos casos del Registro de Aguas sobre el Registro de la Propiedad.

De otra parte, la protección administrativa se ha cifrado en la facultad de los titulares inscritos de «interesar» la intervención de la Administración en defensa de sus derechos en conflictos con terceros y mediante actos administrativos ejecutorios con amparo en el artículo 72.3 de la LA. Tras un detenido examen del alcance y diversas connotaciones de dicha intervención, se llega una vez más a una valoración negativa: la extrema imprecisión y vaguedad de su regulación redundan, como no es infrecuente en esta Ley, en un excesivo

margen de arbitrio para los llamados a aplicarla, y así el autor se refiere a la protección administrativa como «nuevo y difuso poder para la Administración y los jueces»

A la luz de todo lo explicado con anterioridad, el profesor MOREU nos brinda, a modo de conclusión, un comprometido juicio de la Ley de Aguas en el capítulo octavo de su monografía bajo un título claramente revelador del sentido de dicho juicio: «*La problemática e incierta publicación del Derecho español de aguas y su segura "vulgarización"*». En efecto, el articulado de la nueva Ley de Aguas de 1985, en absoluto responde a las aspiraciones dominializadoras de su Preámbulo, y a pesar de las afirmaciones a las que en este aspecto estamos acostumbrados, es muy escasamente progresista o publicadora. De otra parte, desde un punto de vista técnico, doctrinal y conceptual, la nueva ley determina una involución alarmante frente a la legislación de 1866-79, cuyos encomiables méritos y logros en ese plano no ha sabido aprovechar el legislador de 1985.

En el noveno y último capítulo el autor hace unas interesantes y comprometidas propuestas *de lege ferenda* desde la perspectiva de una eventual nacionalización futura de las aguas privadas, culminando la obra con una oportuna *addenda* sobre el tratamiento que en el nuevo Código Penal de 1995 reciben los delitos relativos a las aguas.

Concluiré recordando el innegable interés y trascendencia práctica de la problemática analizada en esta obra y la extraordinaria calidad doctrinal de la misma, todo lo cual me lleva a recomendar vivamente su lectura, en particular quizá a aquéllos en cuyas manos está subsanar las deficiencias de nuestro vigente Derecho de aguas.

MARTA SALANOVA VILLANUEVA
Universidad de Zaragoza

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 631 (Abril 1997)

«La teoría de la Administración pública», por JAIME RODRÍGUEZ ARANA, pág. 3485.

SUMARIO: 1. CONSTITUCION Y ADMINISTRACION UNICA.—2. ADMINISTRACION UNICA Y ESTADO.—3. ¿REDIMENSIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION PERIFERICA DEL ESTADO?—4 REFLEXION FINAL.

«Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español», por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 3505 (sin sumario).

«Procedimiento de autorización sanitaria y derecho de patentes», por ANXO TATO PLAZA, pág. 3527.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.—2. DERECHO COMPARADO: 2.1. ORDENAMIENTOS QUE CUENTAN CON UNA PREVISIÓN LEGAL ESPECÍFICA. 2.2. ORDENAMIENTOS QUE CARECEN DE UNA PREVISIÓN LEGAL ESPECÍFICA. 2.2.1. *Alemania*. 2.2.2 *Holanda*. 2.2.3 *Gran Bretaña*. 2.2.4. *Nueva Zelanda*.—3. PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACION SANITARIA Y DERECHO DE PATENTES.—4 CONCLUSIONES.

«El derecho al respeto del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», por ALEJANDRO H. CATALÁ BAS, pág. 3619.

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. FUNDAMENTO DEL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO.—III. TITULARES DEL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO.—IV. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL CONCEPTO DE DOMICILIO.—V. CONTENIDO DEL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO.—VI. CONCLUSIONES.

«La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso en el proceso penal, el doble grado de jurisdicción y la instancia única (En relación al sistema de impugnación de la Ley Orgánica 7/1988), por MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO, pág. 3867.

SUMARIO: I. EL REGIMEN DE RECURSOS FRENTE A SENTENCIAS EN PROCESO PENAL ABREVIADO: 1. LA FALTA DE UNIFORMIDAD COMO CARACTERÍSTICA DE SU CONFIGURACIÓN. 2. SOBRE LAS RAZONES JUSTIFICATIVAS DE TAL DIVERSIDAD.—II. CONSTITUCIONALIDAD DEL MISMO. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS Y LA IMPUGNACION DE SENTENCIAS PENALES DE CONDENA: 1. LA NECESIDAD DE QUE «EL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA IMPUESTA SEAN SOMETIDAS A UN TRIBUNAL SUPERIOR» EXIGENCIA LEGAL DE RECURSO Y POSIBLES EXCEPCIONES: A) *Sobre el condicionamiento de legislador penal para su establecimiento.* B) *El principio de igualdad, la amphiación de la titularidad del derecho al recurso y la problemática que se plantea en torno al absuelto, condenado tras la impugnación.* C) *La competencia objetiva de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la irrecurribilidad de sus decisiones* 2. LA SUMISIÓN «CONFORME A LO PRESCRITO POR LA LEY» LIBERTAD DEL LEGISLADOR INTERNO, PRINCIPIO DE DOBLE GRADO E IMPUGNACIÓN CASACIONAL.

«Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», por ERNESTO PEDRAZA PENALVA, pág. 3889 (sin sumario).
«Sobre el Consejo General del Poder Judicial y la Jurisdicción Militar», por OLGA GIL GARCÍA, pág. 3929.

SUMARIO: 1. PUNTO DE PARTIDA CONSTITUCIONAL.—2. INDEPENDENCIA JUDICIAL RESPECTO AL EJECUTIVO.—3. FUNCIONES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y SU REFERENCIA A LA CASTRENSE.—4. ORGANOS COLABORADORES EN LA CASTRENSE.—5. A MODO DE CONCLUSION.—6. BIBLIOGRAFIA

«La nueva tributación de los incrementos y disminuciones de patrimonio en el IRPF. Examen del régimen transitorio aplicable en el ejercicio de 1996», por M.^a CARMEN BALLESTEROS SOLER y FRANCISCO MAGRANER MORENO, pág. 4015 (sin sumario).
«Indicaciones sobre el plazo de hipoteca, su relación con la Ley de subrogación y novación de 1994», por JUAN MANUEL LLOPIS GINER, pág. 4077.

SUMARIO: 1. EL PLAZO EN LA OBLIGACION DERIVADA DEL PRESTAMO.—2. ALTERACION DEL PLAZO EN EL CREDITO HIPOTECARIO.—3. LA ALTERACION DEL PLAZO EN LA LEY DE SUBROGACION Y NOVACION HIPOTECARIA: 3.1. EN LA SUBROGACIÓN. 3.2. EL PLAZO EN LA NOVACIÓN MODIFICATIVA. 3.3. CONSECUENCIAS REGISTRALES

COMENTARIO: Estudia el autor un tema de gran actualidad. Comienza examinando el plazo en las obligaciones derivadas del préstamo. La obligación nace del contrato de préstamo está configurada dentro de un ámbito temporal o plazo, el cual puede modificarse por las partes, ya que pueden prorrogarlo o anticiparlo. Estas alteraciones del plazo no deben confundirse con el vencimiento anticipado de la obligación, pues la alteración supone una modificación del tiempo de duración de la relación obligatoria.

En el caso del crédito garantizado con hipoteca, la situación es más compleja como consecuencia de los efectos que produce en el Registro de la

Propiedad En este caso el plazo es una cláusula que deberá constar en la escritura, que accederá al Registro. El autor considera que la inexistencia de plazo sería un defecto subsanable, contrario a los principios registrales de determinación y de especialidad. Tanto la doctrina como la Jurisprudencia del TS entienden que en relación con la alteración del plazo no hay novación extintiva de la obligación

Pero el tema central del estudio se centra en la alteración del plazo en la Ley de 1994 En la citada ley, el legislador regula de forma imperativa el contenido de la escritura de subrogación al establecer que sólo podrá pactarse la mejora de las condiciones del tipo de interés, no admitiendo alteración del plazo. No obstante, permite que ambas partes, en la escritura de novación modificativa alteren el plazo conjuntamente con la mejora de los tipos de interés. Apunta que los efectos de esta modificación no tienen un carácter sustantivo civil, sino que produce únicamente efectos en relación con los beneficios fiscales y los honorarios registrales y notariales.

Finaliza deteniéndose en el estudio de las consecuencias registrales Si se produce la alteración del plazo y no hay terceros, no hay problema alguno Pero si los hay, pueden surgir porque la alteración del plazo supone la ampliación del crédito en su ámbito temporal y accesoriamamente al de la garantía, esto es, de la hipoteca, de forma que los terceros, intermedios entre la hipoteca y la ampliación del plazo tendrán un mejor derecho que el acreedor hipotecario.

I. I. M

Número 632 (Mayo 1997)

«Acrósticos de deontología jurídica», por JOSÉ MARIA MARTÍNEZ VAL, pág. 5169

SUMARIO: I. TETRALOGO DEL JUEZ.—II. DECALOGO DEL MAGISTRADO.—III. EXALOGO DEL FISCAL —IV HEPTALOGO DEL NOTARIO.—V. ENDECALOGO DEL REGISTRADOR —VI. HEPTALOGO DEL ABOGADO

«Gestación por sustitución. Inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre», por VICENTE SALVADOR IDRACH, pág. 5175

SUMARIO. I. INTRODUCCION: 1. CONCEPTO 2. TERMINOLOGÍA. 3. PROBLEMÁTICA.—II. DERECHO COMPARADO —III. LA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE: 1. ANTECEDENTES. 2. INADMISIÓN. 3. CUESTIONES DE FILIACIÓN —IV. CONCLUSIONES.

«Contribución del secretario judicial a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», por MARÍA DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ, pág. 5203.

SUMARIO. I. JUSTIFICACION DEL TEMA.—II EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS —III. PAPEL DEL SECRETARIO JU-

DICIAL EN LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS.

«Funcionarios públicos: su especial deber de protección y respeto a los derechos y libertades», por REMEDIOS SÁNCHEZ FERRIZ, pág. 5247.

SUMARIO I. UN MARCO DE APLICACION GENERAL COMO PUNTO DE PARTIDA.—II. PRECEPTOS DE APLICACION ESPECIFICA, DIRIGIDOS A GRUPOS PROFESIONALES O INSTITUCIONES EN LOS QUE PARECE EXISTIR UN DEBER REFORZADO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS: 1. EN EL PROPIO TEXTO CONSTITUCIONAL. 2. EN LA LEGISLACIÓN DE DESARROLLO: A) *Funcionarios y, en general, empleados de las Administraciones Públicas*. B) *El Poder Judicial (jueces y miembros de los Tribunales)*. C) *Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley: Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado*.—III. REFLEXION FINAL: ¿ESE DEBER REFORZADO DE PROTECCION ES, TAMBIEN, TAREA DE PREVISION O DIFUSION?

«Ambito de aplicación territorial de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», por FELIPE PALAU RAMÍREZ y JUAN ROCA SEGARRA, pág. 5659.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. AMBITO DE APLICACION MATERIAL DE LA LEY DE ORDENACION DEL COMERCIO MINORISTA.—3. AMBITO DE APLICACION TERRITORIAL DE LA LEY DE ORDENACION DEL COMERCIO MINORISTA: LA DISPOSICION FINAL UNICA: a) INTRODUCCIÓN: BREVE CONSIDERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE COMERCIO INTERIOR. b) PRECEPTOS DE APLICACIÓN GENERAL POR AMPARARSE EN COMPETENCIAS BÁSICAS DEL ESTADO. c) PRECEPTOS DE APLICACIÓN GENERAL POR AMPARARSE EN COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ESTADO. d) PRECEPTOS DE APLICACIÓN SUPLETORIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON COMPETENCIAS LEGISLATIVAS PLENAS EN LA MATERIA.—4. A MODO DE CONCLUSION: DIVERSIDAD TERRITORIAL DEL RÉGIMEN DEL COMERCIO MINORISTA.

«La nueva regulación de las medidas limitativas de la competencia. El Real Decreto-ley 7/1996», por JULIO COSTAS COMESAÑA, pág. 5679

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. PROHIBICION DE LAS CONDUCTAS CONCERTADAS QUE LIMITAN DE MANERA SIGNIFICATIVA LA COMPETENCIA: 1. LA PROHIBICIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 1.1 LDC. 2. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA SUFICIENTE O EFECTIVA COMO BASE PARA LIMITAR LA PROHIBICIÓN DE CONDUCTAS CONCERTADAS A AQUELLAS QUE LIMITAN SENSIBLEMENTE LA COMPETENCIA. 3. LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TDC, DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA A LA INTERPRETACIÓN FLEXIBLE DEL ARTÍCULO 1.1 LDC. 4. LA NUEVA PROHIBICIÓN DE MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA COMPETENCIA SURGIDA DEL ARTÍCULO 15 DEL REAL DECRETO-LEY 7/1996. ALGUNOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN: 4.1. *La licitud antitrust de los acuerdos de escasa importancia en la primera redacción del artículo 1.3 LDC*. 4.2. *La presunción «iuris tantum» de licitud de los acuerdos de escasa im-*

portancia en el texto vigente del artículo 1.3 LDC.—III. CONDUCTAS AUTORIZADAS POR LEY. 1. FUNCIÓN Y ALCANCE DE LAS CONDUCTAS AUTORIZADAS POR LEY: 1.1. *Antecedentes legislativos del artículo 2 1 LDC.* 1.2. *La autorización legal como instrumento de delimitación de la jurisdicción antitrust del TDC.* 1.3. *Ambito material de la autorización legal del artículo 2 1 LDC. La doctrina establecida por el TDC:* 1 3.1. Disposiciones normativas que pueden amparar una medida limitativa de la competencia. 1 3.2. Prohibición de las conductas concertadas que no tiene por objeto proteger el bien jurídico que motiva la autorización legal. 1.3.3. Prohibición de las conductas concertadas que no se ajustan a los requisitos de autorización establecidos en la norma. 2. LA OPORTUNIDAD DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 2.1 LDC.—IV CONCLUSIONES.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 95 (Enero-Marzo 1997)

«El debate sobre el sistema electoral. Rendimientos, criterios y propuestas de reforma», por JOSÉ RAMÓN MONTERO, pág. 9.

SUMARIO: SOBRE LOS RENDIMIENTOS DEL SISTEMA ELECTORAL.—SOBRE ALGUNOS CRITERIOS DE REFORMA DEL SISTEMA ELECTORAL.—SOBRE ALGUNAS REFORMAS ESPECIFICAS DEL SISTEMA ELECTORAL. PROPUESTAS «MÍNIMAS»: OPCIONES Y EFECTOS PROPUESTAS «INTER-MEDIAS»: NIVELES DE CIRCUNSCRIPCIÓN Y «SISTEMA SUECO». PROPUESTAS «MÁXIMAS». SUFRAGIO PERSONALIZADO Y «SISTEMA ALEMÁN». LISTAS ELECTORALES «ABIERTAS»: UNA PROPUESTA EXPERIMENTAL.—CONCLUSIONES.—REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

«Materiales para una historia de la cultura jurídica», por PAOLO BECCHI, pág. 47

SUMARIO. EL CODIGO DE NAPOLEON EN ALEMANIA. EL DEBATE EN TORNO A LA RECEPCIÓN EN EL GRAN DUCADO DEL BADEN: 1. EL PROGRAMA DE RECEPCIÓN EN EL BADEN. 2. PRIMERAS REACCIONES CRÍTICAS EN LA PUBLICÍSTICA RENANA. 3. LOS DIVERSOS PERFILES DE LA POSICIÓN DEL THIBAUT: 3.1 *El significado de una crítica tardía.* 3 2. *El comportamiento en la época de la recepción.* 3 3. *Variaciones alrededor del Código francés y a su recepción.* 3.4. *¿Hacia qué modelo de codificación?*

«Sindicatos, concertación y comunicación política en España: Entre el secreto y el espectáculo», por ALBERTO OLIET PALÁ, pág. 83.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. EL ESPECTACULO —III. EL SECRETO.—IV TRANSPARENCIA Y CONCERTACION SOCIAL. DIFICULTADES Y COSTES FUNCIONALES.—V. MEDIACION DEL CONFLICTO Y PUBLICIDAD

«La formación del sistema político en la República rusa», por EMILIO ALVARADO, pág. 125.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I EL PAPEL DE RUSIA DURANTE LOS MESES ANTERIORES A LA DISOLUCION DE LA URSS: 1.1. PUGNAS EN EL ÁMBITO ECONÓMICO: 1.1.a) *Cambios en el proceso de elaboración de los presupuestos generales de la URSS.* 1.1.b) *Los diferentes planes de reforma.* 1.2. PUGNAS EN EL ÁMBITO POLÍTICO: EL PAPEL DE RUSIA EN LAS DISCUSIONES SOBRE EL NUEVO TRATADO DE LA UNIÓN.—II EL GOBIERNO RUSO FRENTE A LA CONSTRUCCION DE UN NUEVO ORDEN POLITICO: 2.1. PUGNAS EN EL ÁMBITO ECONÓMICO. 2.2. PUGNAS EN EL ÁMBITO POLÍTICO: 2.2.a) *Problemas territoriales internos* 2.2.b) *Problemas territoriales externos: la CEI* 2.3 LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DICTADOR LEGAL Y LA BÚSQUEDA DE UN SUCESOR DE YELTSIN —III. EL INEVITABLE HORIZONTE NACIONALISTA

«Transición política y reformas institucionales en Italia», por ANDONI PÉREZ AYALA, pág. 177

SUMARIO: I. LA REPUBLICA PARLAMENTARIA ITALIANA RASGOS CARACTERIZADORES Y EVOLUCION (1946-1991) 1. CONFIGURACIÓN DEL MODELO PARLAMENTARIO ITALIANO. 2. EL SISTEMA DE PARTIDOS.—II PECULIARIDAD DEL PROCESO DE TRANSICION POLITICA ITALIANO Y MODALIDADES DE SU DESARROLLO. 1. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES. 2. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN ELECTORAL. 3. LA UTILIZACIÓN DE LA VÍA REFERENDARIA COMO INSTRUMENTO DE CAMBIO POLÍTICO — III. LA RECOMPOSICION DEL MAPA POLITICO ITALIANO: 1. LA EXPRESIÓN DE LA CRISIS DEL SISTEMA DE PARTIDOS (ELECCIONES 1992) 2. EL SURGIMIENTO DE UN NUEVO SISTEMA DE FUERZAS POLÍTICAS DE CARÁCTER BIPOLAR (ELECCIONES 1994). 3. LA REMODELACIÓN DEL MODELO BIPOLAR (ELECCIONES 1996) —IV. EL INCIERTO HORIZONTE INSTITUCIONAL DE LA TRANSICION: 1. LAS INAPLAZABLES REFORMAS INSTITUCIONALES Y LA ACTUAL COYUNTURA POLÍTICA. 2. EL DEBATE (INCONCLUSO) SOBRE EL CONTENIDO DE LAS REFORMAS INSTITUCIONALES.

«El País Vasco y la implantación del Estado liberal: Centralización y unidad constitucional», por CORO RUBIO POBES, pág. 219.

SUMARIO: I. EL DEBATE SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE FUEROS Y CONSTITUCION: a) PLANTEAMIENTO DEL DEBATE b) EL DISCURSO DE DEFENSA FORAL; UN DISCURSO DUAL. c) FUEROS «VERSUS» CONSTITUCIÓN.—II. EL RÉGIMEN FORAL EN EL ESTADO LIBERAL: SUPERVIVENCIA Y ADAPTACION: a) LA RECREACIÓN DEL RÉGIMEN FORAL. b) LA ACEPTACIÓN POR EL GOBIERNO DE LA FORALIDAD VASCA. c) EL LOGRO DE UN CONSENSO INTERNO SOBRE LOS FUEROS.—III. LA CRITICA AL MODELO DE ESTADO Y LA PROPUESTA ALTERNATIVA VASCA.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 49 (Enero-Abril 1997)

«Tareas del Bundesverfassungsgericht en una época de cambios», por PAUL KIRCHHOF, pág. 9.

SUMARIO: I. EXPECTATIVAS CIUDADANAS RESPECTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: 1. GARANTÍA DE LA PAZ JURÍDICA EN LA COMPETENCIA PARCIAL EN LIBERTAD. 2. LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN DE VALORES. 3. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN UNA COMUNIDAD SOMETIDA AL CAMBIO.—II. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE UNIFICACIÓN: 1. EL SUPUESTO PECADO ORIGINAL DE LA LEY FUNDAMENTAL. 2. EL INTENTO DE LLEGAR A UNA CIERTA ADAPTACIÓN DE DOS SISTEMAS JURÍDICOS DISTINTOS.—III. APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA INTEGRACIÓN EUROPEA.—IV. GARANTÍA DE LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES: 1. CONTENIDO CONSTITUCIONAL Y PRESUPUESTOS DE LA CONSTITUCIÓN. 2. EL DESARROLLO DE LA CAPACIDAD PARA LA LIBERTAD.—V. PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DEL PROGRESO MEDICO-CIENTÍFICO.—VI. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CONSTANTE EN MEDIO DE CAMBIOS EN CUANTO A LO QUE SE DEMANDA Y SE ESPERA DEL DERECHO: 1. LA DIVISIÓN DE TAREAS ENTRE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO. 2. LA ATRIBUCIÓN DE UN MANDATO CONCRETO DE DECISIÓN. 3. LA ESTRUCTURA DEL PARÁMETRO CONSTITUCIONAL.

«Teorema de O'Reilly. Incógnita constituyente de Indoamérica», por BARTOLOME CLAVERO, pág. 35.

SUMARIO: I. PREAMBULO. INDÍGENAS ENTRE ESTADOS.—II. FORMULACIÓN DEL TEOREMA.—III. PREVISIÓN DE EUROPA.—IV. ACOGIDA EN MÉXICO.—V. CONSTANCIA EN GUATEMALA Y EN CHIAPAS.—VI. INCONSTANCIA EN ESTADOS UNIDOS Y NO EN CANADA.—VII. CONCLUSIÓN: PUEBLOS ENTRE ESTADOS (1).

«Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica. Del control político al control jurisdiccional», por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 79.

SUMARIO: I. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN IBEROAMÉRICA: 1. EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO PRINCIPIO COMÚN DEL CONTINENTE AMERICANO. 2. EL INFLUJO NORTEAMERICANO SOBRE AMÉRICA LATINA. 3. LAS PECULIARIDADES DE LA CONCEPCIÓN IBEROAMERICANA DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. 4. ALGUNOS RASGOS EVOLUTIVOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN IBEROAMÉRICA.—II. EL CONTROL POLÍTICO DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN IBEROAMÉRICA.—III. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. SUS ORIGENES.

«El Senado de la España vertebrada», por J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, pág. 119.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II CONFIGURACION CONSTITUCIONAL ACTUAL DEL SENADO Y CONVENIENCIA DE SU REFORMA.—III. HACIA UN SENADO ACORDE CON EL CARACTER UNITARIO DEL ESTADO Y CON LA DIVERSA IMPORTANCIA POLITICA DE LAS HETEROGENEAS COLECTIVIDADES TERRITORIALES AUTONOMAS EN QUE SE EXPRESA LA NACION, Y QUE COMBINE MAS EQUILIBRADAMENTE LOS CRITERIOS TERRITORIAL Y DEMOGRAFICO.—IV. FORMA DE ELECCION DE LOS SENADORES POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS Y LAS ENTIDADES LOCALES, COMPETENCIAS DEL SENADO Y RELACION CON EL CONGRESO, SU PARTICIPACION EN EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE, PRERROGATIVAS RECONOCIBLES EN SUS PROCEDIMIENTOS DE DECISION A CATALUÑA, PAIS VASCO, GALICIA Y NAVARRA, Y PAPEL DE LA COMISION DE ADMINISTRACION LOCAL.

«Los conceptos de todo y parte aplicados al estudio de los Estados compuestos», por FRANCISCO LÓPEZ RUIZ, pág. 145.

SUMARIO: I EL ESTADO FEDERAL.—II. EL ESTADO AUTONOMICO.—III. EL TODO Y LAS PARTES —IV. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES.—V. TODOS Y PARTES: LOS PROBLEMAS LOGICOS DE LOS ESTADOS COMPUESTOS.

«Acerca de la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía», por CÉSAR AGUADO RENEDO, pág. 169

SUMARIO I. INTRODUCCION.—II. ASPECTOS FORMALES.—III. CONTENIDO.—IV REFORMA.—V. RELACION ESTATUTO DE AUTONOMIA-LEYES ESTATALES a) EL TEST DE JERARQUÍA PROPUESTO. b) CONSECUENCIAS DE LAS DISTINTAS CONCEPCIONES POSIBLES SOBRE LA RELACIÓN ESTATUTO DE AUTONOMIA-LEYES ESTATALES.—VI. RELACION ESTATUTO DE AUTONOMIA-LEYES AUTONOMICAS

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 21 (Enero-Junio 1996)

«En torno a la regulación de la responsabilidad contractual en el Fuero Nuevo», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 9.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. 1. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL FUERO NUEVO CONSIDERACIONES GLOBALES. 2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. 3 PLAN DE LA EXPOSICIÓN.—II. LOS SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO.—III. LOS CRITERIOS DE IMPUTACION DEL INCUMPLIMIENTO: 1. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN Y LIBERACIÓN DEL DEUDOR EN LA LEY 493.1 FN. 2 LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN (LIBERACIÓN DEL DEUDOR) A) *La imposibilidad sobrevenida de la prestación.* B) *La imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida al deudor.*—IV. LAS CONSE-

CUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO.—V. REGIMEN DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SINALAGMATICAS: 1. LA «EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS». 2. LA RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES SINALAGMÁTICAS POR INCUMPLIMIENTO. 3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE DE OBLIGACIONES SINALAGMÁTICAS.

«Una aproximación a los nuevos delitos medioambientales», por FRANCISCO JAVIER ENERIZ OLAECHEA, pág. 91.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: UNA VISION CRITICA DEL NUEVO CODIGO PENAL.—II. CLASIFICACION DE LOS DELITOS AMBIENTALES.—III. EL DELITO URBANISTICO O CONTRA LA ORDENACION DEL TERRITORIO.—IV. DELITOS POR CONTAMINACION.—V. DELITOS RELATIVOS A LOS ESPACIOS NATURALES.—VI. DELITOS CONTRA LA FLORA SILVESTRE.—VII. DELITOS CONTRA LA FAUNA SILVESTRE.—VIII. DELITOS DE INCENDIOS FORESTALES.—IX. DELITOS NUCLEARES Y RADIOACTIVOS.—X. DELITOS DE RIESGO PROVOCADOS POR OTROS AGENTES

«Origen, evolución y contenido actual de la deducción por rendimientos netos del trabajo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de Navarra y del Estado», por IÑIGO BARBERENA BELZUNCE, pág. 33.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ORIGEN, EVOLUCION Y CONTENIDO ACTUAL EN EL ORDENAMIENTO NAVARRO: 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN. 2. CONTENIDO ACTUAL.—III. EVOLUCION Y CONTENIDO DE LA DEDUCCION EN EL REGIMEN COMUN.—IV. A MODO DE RECAPITULACION.—V. APRECIACIONES CRITICAS EN RELACION CON LA NORMATIVA FORAL

«El cumplimiento espontáneo fuera de plazo de las obligaciones tributarias de declarar, liquidar e ingresar en Navarra», por MARÍA DOLORES PIÑA GARRIDO, pág. 49.

SUMARIO: I. EL ARTICULO 61.3. LGT.—II. CONSECUENCIAS DEL NO CUMPLIMIENTO EN PLAZO DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE DECLARACION, DECLARACION-LIQUIDACION Y PAGO DE LOS TRIBUTOS EN NAVARRA.—III. LAS LAGUNAS DEL DERECHO NAVARRO Y SU INTEGRACION.—IV. ¿ES POSIBLE LA APLICACION DEL ARTICULO 61.3 LGT EN NAVARRA?—V. CONCLUSION.

«La modificación de tributos en las Leyes forales de presupuestos», por GRACIA BUJARRABAL ANTÓN, pág. 67.

SUMARIO: INTRODUCCION: 1. LÍMITES MATERIALES DEL CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. 3. GÉNESIS PARLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 134.7 CE. 4. LAS MODIFICACIONES TRIBUTARIAS EN LEYES DE PRESUPUESTOS Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. 5. APLICABILIDAD

DEL ARTÍCULO 134.7 CE A LAS LEYES DE PRESUPUESTOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 6. MODIFICACIÓN DE LAS BONIFICACIONES FISCALES POR LEY DE PRESUPUESTOS. 7. APÉNDICE

«El artículo 145 de la Constitución Española: Los convenios y acuerdos de cooperación entre las CC AA.», por JAVIER TAJADURA TEJADA, pág. 113.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. LA ELABORACION CONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 145.—III. EL APARTADO PRIMERO: LA PROHIBICION DE FEDERACION.—IV. EL APARTADO SEGUNDO: CONVENIOS Y ACUERDOS DE COOPERACION.—V. LA COOPERACION INTERREGIONAL COMO TECNICA GARANTIZADORA DE LA AUTONOMIA.—VI. LA COOPERACION INTERREGIONAL EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA: 1. GESTIÓN Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS 2. «PROPIOSA». 3. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE «COMUNICACIÓN».—VII. NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN DE LAS CORTES GENERALES.—VIII. LA APROBACION DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS DE COOPERACION.—IX. EFICACIA JURIDICA DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS. 1. ENTRADA EN VIGOR. 2. INTERPRETACIÓN. 3. POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN Y DEROGACIÓN UNILATERAL.—X. CONCLUSIONES: UNA PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTICULO 145

«La privatización de bienes públicos. Algunas reflexiones a propósito de la Coal Industry Act 1994», por IÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA, pág. 143.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. SERVICIO PUBLICO, DOMINIO PUBLICO Y PRIVATIZACION.—II. DERECHO COMUNITARIO Y PRIVATIZACIONES.—III. DOMINIO PUBLICO ESTATAL EN ESPAÑA Y DERECHOS SOBERANOS DE LA CORONA EN EL REINO UNIDO.—IV. DOS MODALIDADES DE PRIVATIZACION DEL DOMINIO PUBLICO.—V. LA DOMINIALIDAD COMO TECNICA DE ORDENACION DE LOS RECURSOS NATURALES.—VI. LAS VIEJAS CATEGORIAS DE SERVICIO PUBLICO Y DOMINIO PUBLICO COMO SUPERVIVIENTES DEL NAUFRAGIO DEL SECTOR PUBLICO EMPRESARIAL.—VII. PROPIEDAD DEL PETROLEO Y DEL GAS NATURAL EN EL REINO UNIDO Y PRIVATIZACION DE LAS EMPRESAS ENCARGADAS DE LA EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS.—VIII. LA PRIVATIZACION DE LA INDUSTRIA DEL CARBON EN GRAN BRETAÑA: 1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CARBÓN Y DE LA MINERÍA DEL CARBÓN EN GRAN BRETAÑA A PARTIR DE LA «COAL INDUSTRY ACT 1938» Y DE LA «COAL INDUSTRY NATIONALISATION ACT 1946». 2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA «COAL INDUSTRY ACT 1994»: A) *Descripción del contenido de la Ley.* B) *La propiedad sobre el carbón y el problema de la privatización.*—IX. CONCLUSION.

«Fomento y liberalización de la actividad económica: Transporte funerario», por JUAN FRANCISCO PÉREZ GALVEZ, pág. 161.

SUMARIO: I. PROYECTOS DE REAL DECRETO DE LIBERALIZACION DE LOS SERVICIOS FUNERARIOS.—II. FOMENTO Y LIBERALIZACION DE LOS SERVICIOS Y TRANSPORTE FUNERARIOS.—III. GENESIS Y EVO-

LUCION DEL TRANSPORTE FUNERARIO.—IV. TRANSPORTE O «TRA-FICO» DE CADAVERES.—V. GRUPO NORMATIVO REGULADOR: 1. GRUPOS NORMATIVOS QUE REGULAN ESTA ACTIVIDAD. 2. LOS REGLAMENTOS DE POLICIA SANITARIA MORTUORIA: A) *Traslados autonómicos*: a) Cataluña. b) Canarias. c) Navarra. d) La Rioja. e) Castilla-La Mancha. f) Madrid g) Castilla y León. h) País Vasco. i) Cantabria. j) A modo de recapitulación. B) *RPSM: Traslados internacionales*. C) *Reglamento Nacional de Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros*. 3. LEY DE ORDENACIÓN DE TRANSPORTES TERRESTRES. A) *Consideraciones previas*. B) *LOTT* C) *LODTT* 4. REGLAMENTO DE ORDENACIÓN DE TRANSPORTES TERRESTRES A) *Naturaleza jurídica del Reglamento*. B) *Artículo 139.3 del Reglamento: Suspensión cautelar*—VI. CONCLUSION.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONES

Número 1 (1995)

«La responsabilidad del patrimonio común por deudas (aparentemente) privativas de uno de los cónyuges. La posición y derechos del cónyuge no deudor», por JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ, pág. 11.

SUMARIO: I. AMBITO DE APLICACION.—II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL EMBARGO.—III. LA REGULACION EN EL CODIGO CIVIL: 1. EL ARTICULO 1.373 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. LA NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE NO DEUDOR DEL EMBARGO PRACTICADO SOBRE BIENES COMUNES Y POSIBLE PLAZO JUDICIAL PARA HACER VALER EL DERECHO DE SUSTITUCIÓN DE LA TRABA. 3. CAUCE PROCESAL PARA HACER VALER EL DERECHO DEL ARTICULO 1.373 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA TERCERÍA DE DOMINIO —IV. LA POSICION DEL CONYUGE NO DEUDOR EN LA COMPILACION: 1 LA REGULACIÓN EN LA COMPILACIÓN ARAGONESA 2. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA RESPONSABILIDAD. 3. LA EMBARGABILIDAD DE LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE DEUDOR SOBRE EL PATRIMONIO CONSORCIAL 4. LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 46: 4.1. *Explicación del precepto* 4.2. *La notificación del embargo al cónyuge no deudor*. 4.3 *Las consecuencias de la pasividad del cónyuge no deudor ante la notificación del embargo*. 4.4. *El plazo que el cónyuge no deudor tiene para reaccionar tras la notificación del embargo*. 5. LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DEL CÓNYUGE NO DEUDOR. LA REALIZACIÓN DEL BALANCE. 6. LA ADMISIBILIDAD DE LA TERCERÍA DE DOMINIO 7 EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE DEMANDA SOBRE BIENES CONSORCIALES. LA PROBLEMÁTICA DEL ARTICULO 144 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. 8. LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTICULO 1.373 DEL CÓDIGO CIVIL —V. EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD EN LA ENAJENACION FORZOSA DE BIENES PRIVATIVOS Y COMUNES POR DEUDAS PRIVATIVAS DE LOS CONYUGES.—VI. CONCLUSIONES

«La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad Autónoma de Aragón», por EMILIO MOLINS GARCÍA-ATANCE, pág. 47.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II LA SUCESION INTESTADA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ARAGON. CONTENIDO DE LA REFORMA —

III. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA.—IV. PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL DERIVADOS DEL LLAMAMIENTO SUCESORIO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA: 1. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE HEREDEROS ABINTESTATO. 2. LA RECIPROCIDAD EN EL DERECHO INTERREGIONAL. 3. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA

«Un acercamiento al Derecho aragonés de luces y vistas», por ANA BELÉN LÓPEZ LÓPEZ, pág. 63.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. SITUACION ANTERIOR A LA VIGENCIA DEL CODIGO CIVIL: 1. REGULACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA.—III. SITUACION A LA VISTA DE LA PROMULGACION DEL CODIGO CIVIL. 1. LOS SUCESIVOS PROYECTOS. 2. JURISPRUDENCIA.—IV. EL APENDICE AL CODIGO CIVIL CORRESPONDIENTE AL DERECHO FORAL DE ARAGON. 1. REGULACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA.—V. EL SEMINARIO DE LA COMISION COMPILADORA DEL DERECHO FORAL ARAGONES.—VI. LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE ARAGON: 1. REGULACIÓN. 2. EL PROBLEMA DE LA ADQUISICIÓN POR USUCAPIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: A) *Posibilidad de usucapir la servidumbre de luces y vistas mediante la apertura de «huecos ordinarios»*. B) *Posibilidad de usucapir la servidumbre de luces y vistas mediante la apertura de «huecos extraordinarios»*. 3. JURISPRUDENCIA.—VII. CONCLUSION.—VIII. BIBLIOGRAFIA.

Número 2 (1996)

«Intervención del Notariado en la evolución del Derecho Aragonés», por RICARDO GIMÉNEZ MARTÍN, pág. 9.

SUMARIO: I. LA FUNCION NOTARIAL Y SU CONTRIBUCION A LA EVOLUCION DEL DERECHO PRIVADO.—II. *STADUM EST CHARTAE*.—III. INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL DE ARAGON ELABORADAS A TRAVES DE LA PRACTICA NOTARIAL: A) LA JUNTA DE PARIENTES B) PACTO DE MUEBLES POR SITIOS O SITIOS POR MUEBLES. C) SUCESIÓN PACCIONADA: a) *Pactos de Sucesión*: 1. Pactos con carácter personalísimo sobre la propia sucesión, en capitulaciones matrimoniales. 2. Pactos que se establezcan en escritura pública, por mayores de dieciocho años que sean consanguíneos o afines en cualquier grado o adoptivos 3. Pactos que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias. b) *Pactos de Renuncia*. D) FIDUCIA SUCESORIA.—IV. BIBLIOGRAFIA.

«Dictamen sobre titularidades concurrentes en los montes de Galve», por FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, pág. 25.

SUMARIO: ANTECEDENTES: PRIMERO: CONSTITUCIÓN DE LA COMUNIDAD. SEGUNDO: CARACTERES DE LA COMUNIDAD TERCERO: EL PROBLEMA DE LAS ROTURACIONES. CUARTO: NUEVOS APROVECHAMIENTOS DE LOS MONTES QUINTO: CRISIS DE LA COMU-

NIDAD. SEXTO: LA DECLARACIÓN MUNICIPAL DE LA NATURALEZA COMUNAL DE LOS MONTES.—CONSULTA.—DICTAMEN: I. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS: A) *Copropiedad de los montes*. B) *Servidumbre comunal de uso agrícola*. C) *Apropiación por el Ayuntamiento*. II. MATICES A LA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA. A) *Aprovechamientos comunales bajo formas jurídico-privadas*. B) *Grado de coherencia con el Código Civil*. C) *Significado de la presencia municipal*. III. DISCREPANCIA CON LA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA SOBRE LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS VECINALES. IV. ACCIONES DE DEFENSA: A) *Reivindicación*. B) *Rendición de cuentas*. C) *División de la cosa común* —CONCLUSIONES.

«Naturaleza y fundamento de la junta de parientes en el Derecho Civil aragonés», por RAFAEL BERNAD MAINAR, pág. 49 (sin sumario).

«La legítima foral a través de la jurisprudencia», por MARÍA BIESA HERNÁNDEZ, pág. 61.

SUMARIO: I. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGÍTIMA FORAL:

1. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL APÉNDICE: A) *Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza*. B) *Sentencias del Tribunal Supremo*. C) *Aportaciones doctrinales*. D) *Conclusiones*. 2. DESDE EL APÉNDICE DE 1925 HASTA LA PROMULGACIÓN DE LA ACTUAL COMPILACIÓN ARAGONESA DE 1967: A) *Los cambios en la regulación introducidos por el Apéndice: su reflejo en la jurisprudencia*. B) *Conclusiones*. 3. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA COMPILACIÓN: A) *Los cambios legislativos de la Compilación*. B) *Examen de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993*.—II. CONCLUSIONES FINALES.—III. BIBLIOGRAFÍA.

