

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIII • Enero-Febrero 1997 • Núm. 638

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. José María Chico Ortiz.
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 Registro de Fundaciones», por ANTONIO PAU PEDRÓN	9
«Limitaciones del dominio derivadas de la legislación especial. En particular su régimen de publicidad registral», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE y MIGUEL HERRANZ DÍAZ	65
«Algunas consideraciones acerca de los efectos de la anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos sociales», por JOSÉ MASSAGUER	99
«Esquema del órgano de administración en las sociedades de capital después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996», por JUAN PABLO RUANO BORRELLA	119

DICTAMENES Y NOTAS

«El derecho a la herencia en el Ordenamiento jurídico español. Especial referencia a la función social de este derecho», por AURELIA MARIA ROMERO COLOMA	149
--	-----

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	163
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUENAS	171
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ y CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ	177
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	

I. Derecho civil:

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	235
b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	246
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	252

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Los actos presuntos», de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	259
«El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias», de J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	261
«Las prohibiciones voluntarias de disponer», de B. DOMENGE AMER, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	264
«El Derecho agrario de la Unión Europea», de JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	267
«Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia», de LUIS PUIG FERRIOL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	269
«Responsabilidad patrimonial de la Administración pública y del Estado legislador. Especial referencia al trasvase Tajo-Segura», de ANTONIO PÉREZ CRESPO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	271

REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN, comentarios de MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	275
--	-----

ESTUDIOS

El Registro de Fundaciones

SUMARIO. I. CUESTIONES GENERALES QUE SUSCITA SU RÉGIMEN JURÍDICO: 1. NATURALEZA DEL REGISTRO E INCIDENCIA EN LAS FUNCIONES DEL PROTECTORADO. 2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE FUNDACIÓN Y EL CONTROL REGISTRAL. 3. COMPETENCIA REGULADORA Y ÁMBITO DEL REGISTRO. 4. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA FUNDACIÓN-EMPRESA. 5. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS DELEGACIONES DE FUNDACIONES EXTRANJERAS.—II. ORGANIZACIÓN.—III. OBJETO: 1. LA HOJA REGISTRAL: a) *La inscribibilidad de los compromisos de aportaciones de terceros*. b) *El acceso de los embargos al Registro*. 2. EL ARCHIVO INDIVIDUALIZADO. 3. LA ATRIBUCIÓN DE DENOMINACIÓN. 4. EL DEPÓSITO DE CUENTAS.—IV. PROCEDIMIENTO: A) DOCUMENTOS JURÍDICOS: 1. *Aportación del título*. 2. *Solicitud de inscripción*. 3. *Consignación de la fecha de presentación*. 4. *Calificación*: a) *Ámbito, contenido y plazo*. b) *Calificación del título constitutivo y del establecimiento de delegaciones*. c) *El problema de la inscribibilidad de las enajenaciones o gravámenes sujetos a la condición suspensiva de obtener autorización*. d) *Silencio del Protectorado y calificación registral*. e) *La calificación desfavorable*. f) *El problema de la previa inscripción en los Registros patrimoniales*. g) *Calificación desfavorable e inscripción parcial*. 5. *Subsanación y recurso*. 6. *Inscripción*. 7. *Archivo del título inscrito*. 8. *Comunicación al Protectorado*. B) DOCUMENTOS CONTABLES: 1. *Presentación al Protectorado*. 2. *Control de legalidad*. 3. *Depósito por el Protectorado e incorporación por el Registro*. 4. *Recursos*. C) LA APLICABILIDAD SUPLETORIA DEL RÉGIMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.—V. EFICACIA: 1. PUBLICIDAD O CONSTITUCIÓN DE LOS ACTOS INSCRITOS. 2. INOPONIBILIDAD Y OPONIBILIDAD. 3. PRESUNCIÓN DE EXACTITUD Y VALIDEZ.—VI. CONOCIMIENTO.

I. CUESTIONES GENERALES QUE SUSCITA SU RÉGIMEN JURÍDICO

1. NATURALEZA DEL REGISTRO E INCIDENCIA EN LAS FUNCIONES DEL PROTECTORADO

La generalización del régimen registral de las fundaciones —antes limitado a las de carácter cultural—, la creación de un Registro único, la atribución al mismo de un amplio control de legalidad de fondo y forma de los

títulos inscribibles, y la atribución de enérgicos efectos a la inscripción, han hecho que la nueva institución del Registro de Fundaciones tenga una extraordinaria importancia no sólo en el Ordenamiento fundacional, sino también en la vida práctica de las fundaciones. Con razón se ha escrito que el Registro se ha convertido en la «pieza central del sistema» (1). Sin embargo, en el nuevo Registro convergen varios conflictos: conflicto de competencias para su regulación, conflicto de competencias con la otra institución administrativa encargada de velar por el recto funcionamiento de las fundaciones —el Protectorado—, conflicto sobre la propia función del Registro, que ha venido a encauzar —limitándolo— un derecho constitucional.

El nuevo Registro de Fundaciones se configura por la Ley 30/1994 y los dos Reglamentos que la desarrollan, como el instrumento de publicidad de la situación jurídica de las fundaciones —de sus estatutos, de la identidad de sus patronos y representantes, y de los actos que afecten a su estructura y su dotación—, y de las cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de fines de interés general. La heterogeneidad del contenido de este Registro, que acoge no sólo a las fundaciones, sino también las cargas duraderas, hace que su naturaleza sea también mixta: es, en una parte, Registro de personas, y, en otra parte, Registro, no de bienes, sino de gravámenes.

El régimen jurídico del Registro de Fundaciones de competencia estatal viene determinado en los arts. 36 y 37 de la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, de 24 de noviembre de 1994 (LF), y en el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal de 1 de marzo de 1996 (RRF). El Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal de 23 de febrero de 1996 (RF) contiene siete referencias al Registro de Fundaciones, alguna de las cuales tiene especial importancia por establecer normas no recogidas en el Reglamento del Registro. Según el preámbulo del RD que aprueba el Reglamento del Registro, este texto «sólo contiene las líneas esenciales para la puesta en marcha del Registro de Fundaciones»; el mismo RD faculta al Ministerio de Justicia para «dictar las disposiciones oportunas de desarrollo del Reglamento» (disp. final primera).

El fundamento del Registro de Fundaciones es semejante al de los Registros de otras personas jurídicas, y en especial al del Registro Mercantil y al del Registro de Cooperativas: la fundación es una persona jurídica que actúa en el tráfico —incluso en el tráfico mercantil, como es el caso de la fundación-empresa (art. 23, ap. 6, LF)—, y lo hace con la responsabilidad limitada al patrimonio fundacional o dotación. Los patronos no responden de las deudas de la fundación (*ex* art. 11 LF). Al igual que los Registros citados, el de

(1) J. L. PIÑAR MAÑAS, *com* al art. 36 en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, t. 1, Madrid, 1995, pág. 314.

fundaciones es un «Registro de responsabilidad» (un *Haftungsregister*, como ha dicho la doctrina alemana del Registro Mercantil); la razón principal de su existencia radica en el interés de los terceros en conocer la dotación de la fundación (2), y también las personas —patronos, apoderados— que pueden vincular contractualmente ese patrimonio. Esta es precisamente la razón que explica que las fundaciones no inscritas respondan ilimitadamente (con su patrimonio y el de sus patronos), cuando actúan al margen del Registro: por las deudas de la *fundación en formación* contraídas por los patronos, y que no procedan de «actos que resulten indispensables para la conservación del patrimonio [fundacional]» o de «actos que no admitan demora sin perjuicio grave» (y que luego la fundación, una vez inscrita, no asuma voluntariamente —porque respecto de esos actos no actúa el mecanismo de la asunción automática—), responden los patronos que las hubieran contraído (*ex art. 11 LF*); y por las deudas de la *fundación irregular* contraídas por los patronos, responden éstos subsidiariamente, es decir, si el patrimonio fundacional no alcanza a hacer efectiva la responsabilidad (art. 11 *in fine*, LF). Se ha criticado que la consecuencia de la *irregularidad* sea la responsabilidad limitada; y se trata, en realidad, de una consecuencia que la ley establece en todos los casos en que la limitación de responsabilidad no se hace pública. No es, en rigor, una consecuencia de la falta de personalidad, como se ha escrito (3), sino una consecuencia de la falta de publicidad de la limitación de responsabilidad.

Todos los Registros de personas jurídicas son Registros de responsabilidad. La razón de que sea así reside en que en las personas jurídicas de base patrimonial y en las personas jurídicas de base asociativa [con la excepción, respecto de estas últimas, de las sociedades civiles y de las mercantiles per-

(2) Opino lo contrario que J. A. DEL CAMPO ARBULO, que escribe que «la razón de ser de la referencia al patrimonio de la fundación en el Registro de Fundaciones es la siguiente. se trata de que los Protectorados puedan conocer la titularidad patrimonial de la Fundación de una manera íntegra, sin tener que acudir, lo que sería tarea imposible, a todos y cada uno de los Registros especializados para asegurarse de la existencia real de cuantos bienes y derechos hace figurar aquélla en su inventario. La constatación de la titularidad patrimonial de la fundación en el Registro de fundaciones tiene, así pues, una eficacia *ad intra*, no *ad extra* y en favor de terceros» (*La Ley de Fundaciones*, Madrid, 1996, pág. 222).

Me parece que este criterio no es acertado, entre otras cosas porque la razón que el autor citado invoca tiene escasa consistencia: no hay más Registro de bienes en España que el Registro de la Propiedad (los demás Registros patrimoniales son Registros de cargas), y, como hay que suponer que legislador conoce el Ordenamiento, el legislador sabe que existe el Índice General Informatizado, creado por R.D. 430/1990, de 30 de marzo, en el que figuran todas las titularidades reales, y que hace innecesaria la consulta a todos y cada uno de los Registros.

(3) J. CAFFARENA, com. al art. 11 en *Comentarios*, t. I, pág. 101. Sin embargo este autor cita a FERRER I RIBA que advierte precisamente la relación entre ausencia de publicidad y responsabilidad ilimitada («El procés constitutiu d'una fundació en la Llei de 3 de març de 1982 de fundacions privades catalanes», *RJC*, 1984, pág. 92).

sonalistas (4)] existe una absoluta independencia patrimonial respecto de sus miembros y gestores, y los terceros que contratan con ellas necesitan conocer el patrimonio que respalda su responsabilidad (5).

No hay duda, por otro lado, de que el Registro de Fundaciones es un Registro *de seguridad jurídica*, y no un Registro *de información administrativa*. La Exposición de Motivos de la Ley es suficientemente explícita: «el Registro de Fundaciones se configura como constitutivo de publicidad frente a terceros». Luego, en el articulado, puede comprobarse que su eficacia no es constitutiva —como regla, aunque tiene una excepción—, pero la intención del legislador queda clara. Además, la alusión a la *publicidad frente a terceros* engloba no sólo la publicidad formal, sino también la publicidad material, de la que carecen en absoluto los Registros *de información administrativa*. A lo largo de los tres textos reguladores del Registro puede apreciarse que éste reúne los cinco rasgos comunes a todos los Registros *de seguridad jurídica*: la existencia de un control de legalidad o calificación; la conexión entre los asientos registrales o tracto sucesivo (éste muy desdibujado en las normas, aunque puede deducirse de ellas, como se verá); el carácter documental público del asiento; la oponibilidad o eficacia frente a terceros; y la cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento del Registro (6). El propio encuadra-

(4) Precisamente por esta excepción, que supone una independencia *relativa* del patrimonio social respecto del patrimonio de los socios, no existe, por un lado, un Registro de sociedades civiles, y por otro, la inscripción de las sociedades personalistas no es constitutiva. Vid., A. PAU PEDRÓN, *El Registro Mercantil*, Madrid, 1992, pág. 23.

(5) Esta cuestión está en estrecha relación con la embargabilidad de los bienes de las fundaciones, que se trata más adelante (III, 1 b)).

(6) Estas cuestiones pueden verse, expuestas extensamente, en mi *Curso de práctica registral*, 2.ª ed., Madrid, 1995, págs. 23 y ss, «Teoría general de los Registros de seguridad jurídica». Pero la naturaleza del Registro de Fundaciones como Registro jurídico o de seguridad jurídica es rechazada rotundamente por PIÑAR MAÑAS (com. al art. 36 en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, t. 1, Madrid, 1995, que lo considera «un registro puramente administrativo» (pág. 314), «un típico Registro Administrativo» (pág. 317), aunque tiene que reconocer que en diversos aspectos de importancia existe semejanza con los Registros jurídicos: por ejemplo «la publicidad del Registro de Fundaciones se acerca más a la propia del Registro Mercantil que a la de los demás Registros Administrativos» (pág. 319); determinadas inscripciones han de hacerse «al objeto de garantizar los derechos e intereses de terceros» (pág. 308): «una vez más se aprecia cómo el Registro de Fundaciones se acerca más a los Registros del ámbito del Derecho privado, como el de la Propiedad o el Mercantil, que al resto de los Registros administrativos» (pág. 321); y afirma —y éste es un tema esencial para determinar la naturaleza de un Registro— que, para exponer la eficacia del Registro de Fundaciones «bastaría con repetir en lo esencial los criterios generalmente válidos para la eficacia frente a terceros de los Registros antes citados [los Registros del ámbito del Derecho Privado, como el de la Propiedad o el Mercantil]».

Aunque otros autores no se manifiestan tan explícitamente sobre la naturaleza administrativa del Registro de fundaciones, parecen presuponerlo. Sin embargo, son frecuentes afirmaciones que ponen de manifiesto, al menos, la proximidad de ese Registro a los Registros jurídicos o de seguridad jurídica: «el Registro de Fundaciones [...] tiene efectos

miento administrativo del Registro de Fundaciones en la Dirección General de los Registros y del Notariado revela ya su naturaleza. Es precisamente por «su contenido y su eficacia jurídica» por lo que se sitúa en ella, como puntualiza el preámbulo del Reglamento regulador del Registro.

A la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, esa naturaleza del Registro de Fundaciones como Registro *de seguridad jurídica* resulta confirmada. El Tribunal, en un primer momento, atendió, para determinar la naturaleza jurídica o administrativa de un Registro, al carácter de la materia que tenía por objeto (S 71/1983, sobre el Catálogo General de Montes de Utilidad Pública; S 72/1983, sobre el Registro de Cooperativas). Pero a partir de la S 157/1985, de la que fue ponente el prof. Díez-Picazo, el Tribunal Constitucional empezó a atender, abandonando el criterio de la materia, al de los efectos del Registro: así, esa S 157/1985, afirma, para negar carácter jurídico al Registro de Empresas cinematográficas, que «está al servicio del correcto y eficaz despliegue por las Administraciones públicas de sus competencias en el sector, logrando así que su labor de fomento, o sus actos de intervención y control, puedan realizarse con el conocimiento suficiente acerca del objeto sobre el que vierte, en unos casos y en otros, la acción de los poderes públicos» Y añade más adelante: «la actividad pública registral se presenta, en este caso, como estrictamente auxiliar o instrumental respecto de las competencias sobre intervención y fomento de la cinematografía». Y en esta misma línea, la S 284/1993 considera que el Registro de Comerciantes creado por la Ley catalana de Comercio Interior de 1991 es un Registro administrativo, porque «no genera consecuencia alguna en las relaciones *inter privados*»

Ahora bien, los Registros de seguridad jurídica pueden tener encomendada —por añadidura— una función de información administrativa —cosa que no puede hacerse al revés: los Registros administrativos no pueden servir como instrumentos de publicidad material (7)—. Aunque en el caso del Registro de Fundaciones no se haya hecho así expresamente, es indudable que la Administración, contará, a través del Registro, con un instrumento eficaz de información. El que determinado contenido del Registro —el que accede por vía de archivo, y no de inscripción— no esté orientado

de publicidad formal y material» (R. DE LORENZO GARCÍA, com. al art. 12, en *Comentarios*, t. I, pág. 111); los actos se inscriben en el Registro «a los efectos de protección de terceros que contraten confiados en el contenido del Registro» (el mismo autor. *ibidem*, pág. 125), «el Registro está concebido con un alcance que va más allá de lo que en principio se había considerado» (P. COBO GÁLVEZ, com. al art. 18, *ibidem*, pág. 160).

(7) Este empleo administrativo de Registros de seguridad jurídica ha tenido una aplicación reciente en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, cuya Exposición de Motivos ha puesto de relieve que la inscripción de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad tendrá una doble finalidad: reforzar la posición jurídica de las partes, e incrementar la información del Estado, facilitándole con ello la polifuncional arrendaticia y las reformas futuras de los arrendamientos urbanos

hacia los particulares (vid, *infra*, VI), demuestra su función auxiliar de la Administración.

Por tratarse de un Registro de seguridad jurídica, una de las funciones principales del Registro de Fundaciones es el control de legalidad de los actos estructurales de las fundaciones. Por eso, si se leyera aisladamente un inciso de la Ley, en que se dice que cierta institución «asegurará la legalidad de su constitución y funcionamiento», se pensaría inmediatamente en el Registro. Pues no es así. El art. 32, al que corresponde ese inciso, se refiere al Protectorado. La causa de este «error de lectura» es evidente: la delimitación entre las funciones del Registro y la del Protectorado es confusa (8). La confusión llega al simple error en la Exposición de Motivos de la Ley, al decir que «la articulación concreta entre el Registro y los diversos Protectorados, que se determinará reglamentariamente, parte del principio de que las inscripciones practicables requerirán el informe de los órganos administrativos a los que corresponda el ejercicio del Protectorado». En el articulado, este pretendido «principio», sencillamente, no existe. La inscripción no requiere informe. Determinados actos —sin duda demasiados— requieren autorización del Protectorado. Y en todo caso ni el informe —en el único supuesto en que se exige (art. 36, ap. 2, LF)— ni las autorizaciones se refieren directamente a la inscripción, sino al acto que tienen por objeto.

El Reglamento general de la Ley hace aún mayor la confusión. En la Ley, «asegurar la legalidad» aparece en la definición del Protectorado (art. 32, ap. 1); luego, al enumerar las funciones que le corresponden, se habla de «asesorar a las fundaciones», «velar por el cumplimiento de los fines fundacionales», «verificar la aplicación de los recursos», «dar publicidad (9) a la existencia y actividades de las fundaciones», «ejercer provisionalmente las funciones de gobierno». Con ello se da a entender que el aseguramiento de la legalidad se *refiere sólo al contenido concreto de sus funciones*. Sin embargo, el Reglamento general cambia el enfoque, y traslada al primer lugar de la enumeración de funciones el «asegurar la legalidad» —es verdad que reducido ahora al acto constitutivo—, con lo que da

(8) Y esta confusión ha suscitado ya dudas en la doctrina. Por ejemplo, E. CORONA ROMERO y otros, *Fundaciones. Análisis práctico de la Ley 30/1994 y compendio legislativo concordado*, Madrid, 1995, escriben: «Se plantea por tanto la cuestión, que habrá de ser prevista en el reglamento que desarrolle la Ley, de si el encargado del Registro de Fundaciones, fuera de los supuestos antes expuestos, se verá vinculado por la previa actuación del Protectorado respecto de los actos que conforme a las leyes hayan de ser inscritos» (pág. 168). Y J. L. PIÑAR MAÑAS considera que es función del Registro el control sobre el cumplimiento de los fines fundacionales (com al art. 30 en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, t 1, pág. 314), o el menos debería serlo (pág. 317).

(9) No se trata, naturalmente, de la llamada *publicidad legal*, sino de publicidad en sentido vulgar: «hacer notoria y patente una cosa para que llegue a noticia de todos» (DRAE).

a esa función un carácter general que, en realidad, no tiene, ni siquiera en el caso de constitución.

El origen de esta confusión —perceptible en la ley y evidente en el Reglamento— es claro: el legislador continúa pensando en el Protectorado antiguo, sin tener completamente en cuenta la incidencia del nuevo Registro. En la normativa anterior a la vigente no existía un Registro con plena función calificadora. El Registro de Fundaciones culturales limitaba su control de legalidad a «los requisitos formales exigidos por las leyes y demás disposiciones que sean aplicables y si contienen todos los datos exigidos en este Reglamento» (art. 81 del D. 2.930/1972, de 21 de julio). Pero el nuevo Registro tiene atribuída una amplia facultad de calificación de la «validez» de los títulos (art. 11 RRF).

Es necesario, por tanto, reconstruir, no sólo con una interpretación sistemática de las nuevas normas, sino también atendiendo a la naturaleza jurídica de ambas instituciones —Protectorado y Registro—, la distribución de competencias entre ellas.

La naturaleza del Registro ha quedado ya expuesta. La naturaleza del Protectorado es el de una institución pública de tutela (10). Desaparecido el fundador (desaparecido físicamente, en su caso, y desaparecido jurídicamente siempre, porque una vez constituida la fundación, ésta pasa a ser regida por el Patronato, al que puede pertenecer o no el fundador), es necesario que sea el poder público quien vele por la fidelidad a los fines fundacionales. Los destinatarios, generalmente indeterminados, carecen de la articulación o vertebración necesaria para hacerlo. Sólo la Administración puede actuar con la debida independencia y distancia; y esa actuación ha de centrarse en tres aspectos: el respeto a la voluntad del fundador, la conservación del patrimonio y la aplicación de sus rendimientos.

El Protectorado es pues una institución de tutela, y el Registro una institución de seguridad jurídica. La esencia de esa tutela es el control de los fines fundacionales; la esencia de esa seguridad jurídica es el control de legalidad. En la doctrina alemana es habitual la distinción entre *Stiftungsaufsicht* —vigilancia de las fundaciones— y *Stiftungspublizität* —publicidad de las fundaciones—; la primera tiene por objeto el *Zweckerfüllung* o cumplimiento de los fines fundacionales, y la segunda tiene por objeto el *Verkehrsschutz* o protección del tráfico; el interés protegido por una y otra es distinto: en la primera se trata del *Interesse der Stiftung* —interés de la fundación—, y en la segunda es el *Interesse der privaten Teilnehmer* —el interés de los

(10) Naturalmente, no de tutela en el sentido de que supla ninguna incapacidad —como suelen precisar los autores—, sino de velar por el cumplimiento de la voluntad del fundador, y procurar la perduración de la fundación creada. «Tutela» es un término que abarca todas las funciones que la Exposición de Motivos atribuye al Protectorado. «[...] no sólo funciones de control, sino también de apoyo, impulso y asesoramiento».

particulares— (11). En los Estados Unidos se introdujeron, simultáneamente, en el Derecho uniforme de la Unión, la vigilancia de las fundaciones —*Supervision*— y la publicidad registral —*Register of Charitable Trustees*—, con una perfecta diferenciación entre las funciones de una y otra: el control de los fines y de su cumplimiento, de un lado, y el control de la legalidad, de otro (12). Podrían añadirse otros ejemplos de Ordenamientos extranjeros en que la actuación de la tutela administrativa y la publicidad registral aparecen nítidamente diferenciadas. No puede haber, por tanto, confusión de funciones. Los preceptos que, en nuestro Derecho, apuntan esa confusión —los arts. 32, ap. 1 y ap. 2 d], LF y los arts. 16, ap. 4 (13) y 22, ap. 3 a), RF— deben interpretarse conforme a ese principio de distribución.

Lo que no hay duda es que tanto la actuación del Protectorado como la del Registro son actuaciones regladas. Encomendar al Protectorado que aprecie la generalidad de los fines o la suficiencia de la dotación no supone atribuirle un margen de discrecionalidad. Como escribe acertadamente PIÑAR MAÑAS, se le faculta para apreciar conceptos jurídicos indeterminados, pero ello no implica permitirle una actuación discrecional (14).

Creado el Registro, y con los rasgos que le atribuyen la Ley y el RRF, resulta desproporcionada la presencia del Protectorado en la vida de las fundaciones. Resulta desproporcionada en términos absolutos, pero más aún en relación con las funciones del Registro. La razón de esta omnipresencia del Protectorado tiene su origen, como advierte PRADA, en que han sido precisamente los diversos Ministerios con Protectorado los que han redactado el Anteproyecto de la Ley de Fundaciones, y no han deseado una merma en las funciones que venían desempeñando (15). Como sugería este

(11) Puede verse, por todos, H. KRONKE, *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tübingen, 1988, y especialmente el capítulo 8. «Stiftungsaufsicht und Stiftungspublizität», págs. 147 y ss

(12) *Uniform Supervision of Trustees for Charitable Purposes Act*, de 1954 Sobre ella debe verse, especialmente, L. KUTNER, *Legal Aspects of Charitable Trusts and Foundations*, 1970.

(13) «Si en el plazo de tres meses el Protectorado *no se opusiera por razones de legalidad* a la modificación estatutaria o no formulara objeciones a la misma [...]» dice el último párrafo de ese apartado. Al Patronato no le corresponde (no debe corresponderle) el control de legalidad de las modificaciones estatutarias. El art. 22, ap. 6 a) del mismo Reglamento establece una regla distinta y plenamente acertada: «Son funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones: a) Autorizar las modificaciones de Estatutos *que resultaren convenientes* [...]».

(14) J. L. PIÑAR MAÑAS, com. al art. 318, en *Comentarios*, t. I, pág. 318. Vid. también lo que este autor expone en la pág. 31 de la misma obra sobre el margen de apreciación que se atribuye al Protectorado. El Grupo Popular propuso, durante la tramitación parlamentaria, suprimir el informe sobre la generalidad de los fines y la suficiencia de la dotación, «para evitar la atribución de facultades discrecionales» (vid. enmiendas 266 y 322 [Congreso]).

(15) J. M. DE PRADA GONZÁLEZ, «Algunas observaciones en torno al proyecto de Ley de Fundaciones», *La Ley*, núm. 3.237, de 13 de abril de 1993.

autor, las numerosas autorizaciones del Protectorado que la ley exige, deberían sustituirse por simples comunicaciones (16). Pero lo cierto es que la LF se aprobó imponiendo ese continuo intervencionismo administrativo. La crítica de los autores ha sido general (17). Pero lo que procede ahora —una vez promulgada la Ley con esa amplia intervención del Protectorado— es determinar debidamente el alcance de esa intervención, y para ello hay que hacer una precisión fundamental: el criterio con que el Protectorado ha de autorizar la constitución (art. 36 LF), la enajenación y gravamen de bienes (art. 19, ap. 1), las transacciones (art. 19, ap. 2), la aceptación de donaciones y legados con cargas (art. 20), la modificación de estatutos (art. 27), etcétera, no es la legalidad de tales actos, sino *la adecuación de los mismos a los fines y a la dotación* de cada fundación concreta (18). La legalidad corresponde enjuiciarla al Registro de Fundaciones. Por tanto, la autorización del Protectorado sólo vincula al Registro en cuanto a la *adecuación* del acto a los fines y la dotación, pero no en cuanto a su *legalidad*. La existencia de autorización no impide una ulterior calificación desfavorable.

Sin embargo, es necesario insistir en que la atribución al Protectorado del control de la generalidad de los fines y la adecuación del patrimonio es un acierto del legislador, que en nada incide en la función del Registro, sino todo lo contrario: responde a una acertada delimitación de competencias. Aquella atribución exige una valoración —no discrecional, por supuesto— que va más allá de un razonamiento estrictamente jurídico —que es el único tipo de

(16) Y esta idea la expresan también T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO («El patrimonio de las Fundaciones», pág. 3.321 y T. CARRANCHO HERRERO («El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones», *RDP*, 1991, pág. 96), entre otros autores. Varias enmiendas presentadas a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LF sugirieron o la supresión absoluta de las autorizaciones, o su sustitución por comunicaciones posteriores.

(17) Vid., entre otros, además de PRADA GONZÁLEZ, (cit.). T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen. Comentario al art. 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994», *RGD*, abril de 1996, pág. 3.318, y los autores que cita, y que escribieron sobre el estado legal anterior al actual, a los que cabría añadir a C. GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, «Problemática jurídica actual de las fundaciones», *BCNR*, noviembre de 1990, pág. 2.571; A. REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, pág. 88; J. A. DEL CAMPO ARBULO, *Ley de Fundaciones*, Madrid, 1996, pág. 360, que cita a su vez las opiniones críticas de YUSTE GRIJALBA y CABRA DE LUNA.

(18) Algún autor sostiene, sin embargo, que el control que ejerce el Protectorado es de legalidad. Por ejemplo, I. OLMOS VICENTE («Novedades en materia de protectorados, patronatos, patrimonio y registro», en *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, pág. 79): «el protectorado [...] únicamente podrá oponerse a aquél [acuerdo de modificación estatutaria, fusión, extinción...] por razones de legalidad». De ser cierta esta opinión, se produciría no sólo un doble control ejercido con igual criterio, sino sobre una base distinta: el acuerdo, en el caso del Protectorado, y el título, en el caso del Registro.

razonamientos que puede hacer el encargado del Registro de Fundaciones— (19).

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE FUNDACIÓN Y EL CONTROL REGISTRAL

Ha sido tradicional la disyuntiva entre libre constitución e intervención administrativa en la creación de las fundaciones. En el estado legal anterior al vigente coexistían ambos sistemas, cada uno con un ámbito propio.

La Constitución española, al atribuir distinta naturaleza al derecho de asociación —derecho fundamental— y al derecho de fundación —simple «derecho de los ciudadanos»—, ha dado mayor libertad al legislador ordinario para elegir el sistema de constitución de las fundaciones. Y frente a la limitación impuesta al control administrativo en la creación de asociaciones —«deberán inscribirse en un Registro a los solos efectos de publicidad» (art. 22)—, ha permitido que la ley exija el control registral como requisito para la creación de fundaciones (20). Naturalmente, la eficacia constitutiva de la inscripción excluye todo margen de discrecionalidad. Una norma de tanta importancia como el art. 11 RRF —calificación registral— debiera quizá haberse incorporado a la ley. Es posible que el legislador, consciente de que creaba un Registro jurídico, haya pensado que está en la esencia misma de ese

(19) No comparto la opinión de J. A. DEL CAMPO ARBULO (*Ley de Fundaciones*, pág. 380) de que el encargado del Registro «tiene como peculiar característica la carencia de una verdadera autonomía en la función calificadora de los actos a inscribir, a través de la cual controle la adecuación a derecho de los mismos, pues en la inscripción que podríamos llamar axial del sistema, la inscripción de las fundaciones, se le escapa el control de legalidad de dos elementos básicos, cuales son el interés general de los fines a perseguir por la entidad y la suficiencia de la dotación, extremos sobre los que el Protectorado está llamado a pronunciarse con carácter previo y vinculante. En tales términos, el responsable del Registro parece estar previsto, sobre todo, para llevar a cabo un mero control de los elementos formales de los actos a inscribir y para cuidarse de que exista la debida concordancia de los asientos relativos al patrimonio de las Fundaciones con los que, con carácter previo, hayan sido extendidos en el Registro de la Propiedad».

Frente a estas afirmaciones hay que indicar: 1.º que el informe del Protectorado no priva de autonomía al Registro, sino que excluye de su ámbito de calificación determinados extremos cuya apreciación excede de un estricto control de legalidad, 2.º que esa exclusión no hace que desaparezca el control registral de validez —y deje reducida la calificación a los requisitos formales—, porque el título constitutivo tiene un amplio contenido (cfr. arts. 8 y 9 LF), del que los fines y la dotación constituyen una mínima parte (letra c) del art. 8 y letra b) del art. 9).

(20) No obstante, tras la promulgación de la Constitución se inició un debate sobre la posibilidad de establecer la intervención administrativa en la constitución de las fundaciones, siendo varios los autores, y de relieve, los que mantuvieron un criterio negativo (entre ellos, PIÑAR MAÑAS, «Propuestas para una futura y posible ley de fundaciones», *REDA*, núm. 72, octubre-diciembre de 1991, y GARCÍA DE ENTERRÍA, «Constitución, fundaciones y sociedad civil», *RAP*, núm. 122, mayo-agosto de 1990).

tipo de Registros que el control que en ellos se realice sea estrictamente de legalidad, sin ningún margen de valoración subjetiva, y por ello no haya incorporado la calificación a los arts. 36 y 37.

Como todo Registro de seguridad jurídica, el Registro de Fundaciones está bajo la salvaguardia de los Tribunales. No puede el funcionario encargado de su llevanza, ni ninguna autoridad administrativa, alterar el contenido de sus asientos, porque se refieren a la situación jurídica de un sujeto privado. La propia existencia del Registro es una garantía del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 22, ap. 4, de la Constitución, al que remite el art. 34. El encargado del Registro no inscribirá ninguna decisión administrativa que suponga la disolución o suspensión de las actividades de la fundación, que sólo podrán ordenarse por resolución judicial motivada. No permitirá el acceso al Registro, en general, de ninguna decisión administrativa que pretenda alterar la situación jurídica de la fundación (salvo, naturalmente, las expresamente previstas en la Ley: arts. 16, ap.1, 27, ap.3, y 34).

3. COMPETENCIA REGULADORA Y ÁMBITO DEL REGISTRO

A la complejidad del problema de la competencia para regular las fundaciones se añade la cuestión —más que problema— de la competencia para regular un Registro de Fundaciones. Otro matiz que viene a complicar el tema de competencias es la distinción —no sólo teórica, sino práctica— entre Registros jurídicos y administrativos que tienen el mismo objeto: las fundaciones. Y a todo ello hay que añadir que, al tiempo de dictarse la Ley de Fundaciones, ya existían Registros —con diverso alcance— en varias Comunidades Autónomas, creados a través de normas que no fueron recurridas por el Gobierno, o de cuya impugnación —por razones políticas coyunturales, y no jurídicas— se desistió muchos meses después de interpuesto el recurso.

La complejidad del problema de la competencia sobre las fundaciones deriva, por un lado, de su naturaleza de derecho constitucional, por otro, de su carácter civil, y por otro, del importante contenido administrativo que es inherente a la institución. Cada uno de estos aspectos tiene una referencia constitucional: arts. 149, 1, 1.^a (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos [...] constitucionales); 149, 1, 8.^a (legislación civil); y 148, 1, 17.^a y 20.^a (fomento de la cultura y la investigación, y asistencia social).

Pero el problema competencial se complica con la existencia, por un lado de Comunidades que tienen derecho civil, foral o especial, propio, y de Comunidades que no lo tienen, y por otro lado, con la existencia de Comunidades con competencia sobre fundaciones reconocida en sus Estatutos y en

Leyes Orgánicas de Transferencia, y de Comunidades que no tienen esa competencia reconocida.

En cuanto a los Registros de Fundaciones, es indudable que el que se configure con eficacia sustantiva será *Registro público*, en el sentido con que emplea esta expresión el art. 149, 1, 8.^a CE, y por tanto de competencia exclusiva del Estado. Pero los que se establezcan como Registros administrativos, serán competencia de la Comunidad que los haya creado para el desarrollo de las funciones administrativas que ejerza sobre las fundaciones.

A lo largo de la disposición final primera, la Ley de Fundaciones declara de aplicación general determinados preceptos por constituir *condiciones básicas del derecho de fundación* (ap. 1); otros por tratarse de *Registros públicos* (ap. 2, a)); otros por tratarse de *normas civiles* o sustantivas (ap. 2, b)), que sólo regirán como supletorias en las Comunidades con Derecho civil propio. Por último, declara de aplicación íntegra la legislación estatal a las fundaciones cuyo ámbito de actuación exceda del territorio de una Comunidad Autónoma.

Limitando el examen de la adecuación de esa disposición final primera al esquema constitucional antes expuesto, en su relación con el tema concreto del Registro de Fundaciones, hay que hacer una observación inicial: de los trece preceptos relativos al Registro —los arts. 3, 5, 11, 14, 16, 18, 23, 27, 28, 29, 34, 36 y 37—, la Ley sólo declara de aplicación general el art. 3 —inscripción constitutiva— y el segundo apartado del art. 37 «Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la normativa reguladora de los demás Registros Públicos existentes». En relación con este último, resulta sorprendente, en primer lugar, que una simple salvedad se declare de aplicación a todo el territorio nacional. Pero es aún más sorprendente que se recuerde el respeto que las Comunidades Autónomas deben tener hacia la regulación de los *demás* Registros públicos (que es lo que parece pretender la disp. final 1.^a declarando ese apartado de aplicación general), y sin embargo, no se imponga la obligación de respetar la regulación estatal del Registro de Fundaciones que es también —como reconoce el propio art. 37, ap. 2— un Registro público. Hasta un autor que defiende el carácter administrativo del Registro de Fundaciones se sorprende que sólo el párrafo segundo —y no el primero, que establece la eficacia frente a terceros— se declare de aplicación general (21).

En definitiva, la Ley de Fundaciones, reconociendo que el Registro de Fundaciones es un Registro público (al hablar de «los demás» Registros públicos en ese ap. 2 del art. 37), y por tanto, de competencia exclusiva del Estado (art. 149, 1, 8.^a CE), abdica de su competencia y la traslada a las

(21) J. L. PIÑAR MAÑAS, com. al art. 37 en *Comentarios*, pág. 322, y com. a la disp. final primera, *ibidem*, pág. 716.

Comunidades Autónomas —y, además, a todas ellas, con independencia de su competencia, no ya sobre Derecho civil, sino incluso sobre fundaciones—. Y esa competencia general sólo podría tener un fundamento: el carácter administrativo del Registro. Creo que en este punto radica la errónea distribución de competencias que late tras la disposición final primera de la Ley: que parte, a su vez, del error de considerar que el Registro que perfilan los arts. 36 y 37 es un Registro administrativo. Resulta evidente la contradicción en que incurre el legislador: de las propias palabras que emplea en la disp. final 1.^a resulta que el Registro de Fundaciones es un *Registro público*, y ese carácter lo confirman los arts. 3, 36 y 37 y todo el Reglamento de desarrollo de marzo de 1996; sin embargo, no se considera competente para dictar una regulación registral de ámbito estatal, lo que puede tener otro fundamento que el considerar al Registro de Fundaciones como un Registro administrativo.

Hay un hecho fáctico que pudo influir decisivamente en la redacción de la disp. final segunda: que al tiempo de elaborarse la Ley de Fundaciones, diversas Comunidades Autónomas habían instaurado ya Registros de Fundaciones de carácter sustantivo, y las normas reguladoras no habían sido recurridas por el Gobierno. Así ocurría en las Comunidades de Aragón (Decreto 140/1985, de 6 de noviembre, cuyo art. 7 consagra los principios registrales de inoponibilidad y publicidad formal), Castilla y León (Orden de 21 de julio de 1989, cuyos arts. 6, 7 y 9 establecen los principios registrales de inoponibilidad, legitimación y publicidad formal), y Cataluña (Decreto 160/1982, de 27 de mayo, cuyos arts. 19 y 20 establecen los principios de publicidad formal y legitimación) (22).

Pero lo cierto es que esa abdicación de regular, con carácter general, el Registro de Fundaciones, es (a mi juicio) inconstitucional. La interpretación del art. 149, ap. 1, 8.^a, y en concreto de su inciso «en todo caso, las reglas relativas a [...] la ordenación de los registros [...] públicos», no tiene excesiva dificultad. Ese artículo atribuye competencia exclusiva al Estado para regular los Registros públicos: se le encomienda «la legislación» civil, y dentro de ella «las reglas», «la ordenación», de los Registros públicos. Y además se le

(22) Al tiempo de dictarse la Ley de Fundaciones existían también otros Registros autonómicos de Fundaciones, pero que no pueden considerarse propiamente Registros de *seguridad jurídica*, sino más bien Registros de *información administrativa* abiertos a la consulta pública. En todos ellos falta la protección explícita al sujeto inscrito o a los terceros —a través de los principios de legitimación o inoponibilidad—, lo que impide considerarlos Registros jurídicos o de seguridad jurídica. Este es el caso de los Registros de Fundaciones de las Comunidades Autónomas de Andalucía (Decreto 89/1985, de 2 de mayo), País Vasco (Decreto 404/1994, de 18 de octubre), Galicia (Ley 7/1983, de 22 de junio), Valencia (Decreto 15/1991, de 21 de enero) y Navarra (Decreto Foral 277/1992, de 2 de septiembre). En casi todos ellos se exige la inscripción de la fundación con carácter constitutivo, pero este rasgo no es suficiente para que el Registro deje de ser administrativo. En algunos casos se precisa que la inscripción se exige *para solicitar subvenciones y ayudas públicas*.

encomienda «en todo caso», expresión que no aparece en ningún otro punto del art. 149, ap. 1, y que revela con especial claridad la exclusión de las Comunidades Autónomas en ese ámbito normativo. Como afirma PECES-BARBA, cuando se atribuyen competencias normativas —como sucede, con reiteración de términos casi sinónimos, en relación con los Registros—, se trata, en realidad de una competencia no exclusiva, sino compartida, pero no en la regulación: el Estado puede atribuir la ejecución a las Comunidades Autónomas; pero sólo la ejecución: la regulación íntegra corresponde al Estado (23). Y, como precisa PÉREZ-ROYO, cuando el constituyente reserva al Estado la legislación sobre determinadas materias (como en el caso de la 8.^a), debe entenderse, a la luz del Tribunal Constitucional, que esa reserva se extiende también a las normas reglamentarias dictadas por el Gobierno (24). La DGRN entiende que la competencia exclusiva del Estado justifica que sus propias Instrucciones hayan de aplicarse en todo el territorio nacional (vid. el último párrafo de la introducción a la Instrucción de 26 de junio de 1996). Precisamente citando a las fundaciones, afirma, en esa Instrucción, que el régimen registral que regula en ella —con carácter general, por la competencia exclusiva del Estado— «es perfectamente compatible con la variedad de regímenes jurídicos que en orden a la constitución, organización y funcionamiento puedan ser aplicables a dichas entidades, en virtud de normativas autonómicas y con cualesquiera otras obligaciones de información, control o publicidad contable que la misma les imponga».

El Tribunal Constitucional, además de afirmar con carácter general que el término «legislación» incluye también el desarrollo reglamentario (SS 18/1982 y 35/1982, entre otras), ha preservado, con extraordinario rigor, la competencia exclusiva del Estado en relación con los Registros públicos (cfr. SS. 56/1984 y 97/1989), y después de proclamar el principio de «unidad en materia de ordenación registral», afirma que su ruptura «no es posible de acuerdo con la Constitución» (SS 73/1983 y 97/1989).

Pero, en definitiva, *de lege lata* la aplicación del régimen registral contenido en las normas estatales ha quedado limitada a un determinado tipo de fundaciones: las de competencia estatal, es decir aquellas «que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de más de una Comunidad Autónoma»; a un determinado tipo de delegaciones de fundaciones extranjeras: aquellas «que actúen principalmente en territorio de más de una Comunidad Autónoma» (art. 1 RF); y a un determinado tipo de cargas duraderas: aquellas cuyo fin de interés general se desarrolle en el ámbito territorial de dos o más Comunidades Autónomas (disp. adic. 1.^a RF).

(23) G. PECES-BARBA, *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, Madrid, 1981, pág. 194.

(24) J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1994, pág. 680.

Además de las fundaciones y delegaciones cuyo ámbito de actuación no exceda del territorio de una Comunidad Autónoma, quedan fuera del ámbito del Registro estatal las fundaciones que la Ley del Patrimonio Nacional (L. 23/1982, de 16 de junio) denomina Reales Patronatos (art. 6 de esa Ley en relación con la disp. adic. 2.^a LF y el art. 1, ap. 2 a) RF), así como las fundaciones laborales (25) existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la LF (y art. 1, ap. 2, b) RF); en cuanto a las posteriores, se ordena al Gobierno la regulación de su «régimen económico, organizativo y fundacional» (disp. adic. 18.^a LF) (26).

Más compleja es la determinación si las fundaciones religiosas han de acceder al Registro estatal de fundaciones. La disp. adic. 3.^a de la LF somete a la legislación estatal (y por tanto, en principio, al Registro estatal de fundaciones) las fundaciones religiosas «sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los Acuerdos y Convenios de cooperación suscritos por el Estado con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas».

El Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Iglesia Católica, al referirse a las fundaciones que se erigiesen canónicamente en el futuro, exige, como requisito para la adquisición de personalidad, la inscripción en el *correspondiente Registro del Estado* (art. 1, ap. 4, párr. 3.^o). La imprecisión de estos términos se concreta en el RD 589/1984, de 8 de febrero, sobre fundaciones religiosas de la Iglesia Católica: habrán de inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas (art. 1), y a tal efecto se crea, en él, una sección destinada a las fundaciones religiosas (el Reglamento del Registro de Entidades Religiosas no preveía la inscripción de las fundaciones en él —vid. art. 2 del RD 142/1981—, por lo que esta nueva sección estará destinada únicamente a las fundaciones católicas). Los Acuerdos de Cooperación con las Comunidades evangélica, israelita e islámica sólo hacen referencia a las entidades religiosas no asociativas para regular los beneficios fiscales que pueden obtener (arts. 11 de los respectivos Acuerdos), pero no se refieren a su constitución. No obstante, el principio de igualdad lleva a considerar que las fundaciones religiosas no católicas han de acceder también al Registro de Entidades Religiosas (27), y están igualmente exentas de la intervención del Protectorado. Aunque lo cierto es que hasta el momento, no ha sido reconocida normativamente la posibilidad de su acceso al Registro de Entidades Religiosas (28). Y

(25) Se entiende por fundaciones laborales las constituídas con tal carácter por Convenio Colectivo entre las organizaciones empresariales y las sindicales.

(26) Aunque el plazo concedido al Gobierno era de un año —y vencía, por tanto, en noviembre de 1995—, no se han dictado aún las normas sobre fundaciones laborales.

(27) V., en este sentido, M del M. MARTÍN, *Las fundaciones religiosas en el Derecho español. Especial referencia al Derecho autonómico*, Almería, 1995, pág. 165.

(28) J. CAMARASA CARRILLO, *La personalidad jurídica de las entidades religiosas en España*, Madrid, 1995, pág. 25.

que se han aducido importantes argumentos en favor de la tipicidad del contenido del Registro (29).

Es necesario resaltar que por fundaciones religiosas han de entenderse sólo las de *finés religiosos*; las fundaciones creadas por entes religiosos, pero que tengan fines benéficos, asistenciales o culturales quedan sometidas tanto al Registro de Fundaciones como al Protectorado que correspondan por razón de su ámbito de actuación. A interpretar la noción de *finés religiosos* contribuyen los Acuerdos suscritos con la Santa Sede y con las confesiones religiosas, con su enumeración de «funciones propias» de cada religión. El Acuerdo con las Iglesias Evangélicas considera funciones propias de éstas el ejercicio del culto, la administración de sacramentos, la cura de almas, la predicación del evangelio y el magisterio religioso. El Acuerdo con las Comunidades judías considera funciones propias las derivadas de la función rabínica, el ejercicio del culto, la prestación de servicios rituales, la formación de rabinos, la enseñanza de la religión judía y la asistencia religiosa. El Acuerdo con las Comunidades islámicas considera funciones propias el culto, la formación y asistencia religiosa, y las funciones que lo sean de acuerdo con la ley y la tradición islámica, emanadas del Corán o de la Sunna y protegidas por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Mayores problemas, a la hora de delimitar la noción de «funciones propias», y por tanto, del carácter religioso de las fundaciones de la Iglesia Católica —y con ello, el ámbito respectivo del Registro de Fundaciones y el Registro de Entidades Religiosas— plantea el Acuerdo con la Santa Sede, en que se citan, como actividades propias, las benéficas y asistenciales, lo que, indirectamente, parece ensanchar el concepto de fundaciones religiosas de la Iglesia (30). No hay doctrina de la Dirección General de Asuntos Religiosos que aclare la cuestión, porque la abundancia de resoluciones sobre asociaciones religiosas contrasta con la ausencia de resoluciones sobre fundaciones. Tampoco aclara aquel concepto el RD 589/1984, sobre fundaciones religiosas de la Iglesia Católica, del que se desprende que queda a merced de la certificación del Obispo diocesano la acreditación del carácter religioso de los fines. Aunque, como advierte ALDANONDO SALAVERRÍA, «el juicio de religiosidad corresponde efectuarlo a la autoridad estatal (ella es quien administra el derecho eclesiástico *del Estado*), con arreglo al ordenamiento —y a sus valores— estatales. Confiar dicho juicio, del que depende la aplicación de un grupo normativo especial, a las organizaciones confesionales constituiría una enajenación de competencias» (31).

(29) I. ALDANONDO SALAVERRÍA, «El Registro de Entidades Religiosas (Algunas observaciones críticas sobre su problemática registral)», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n. VII de 1991, pág. 20.

(30) Y la misma impresión se pone de manifiesto en el RD 589/1984

(31) I. ALDANONDO SALAVERRÍA, «El Registro de Entidades Religiosas», pág. 13

4. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA FUNDACIÓN-EMPRESA

La intervención de las fundaciones en el tráfico mercantil puede tener lugar a través de una sociedad (fundación titular mediata de empresa, *mittelbare Unternehmensträgerstiftung*), o ejerciendo directamente el comercio (fundación-empresa o fundación titular inmediata de empresa, *unmittelbare Unternehmensträgerstiftung*). Este ejercicio directo puede realizarse de dos maneras: a) siendo la actividad empresarial la forma de obtener rendimientos, con objeto de aplicarlos a los fines fundacionales; o b) siendo la actividad empresarial el propio fin fundacional, sin perseguir la obtención de rendimientos. El primer tipo de fundación-empresa corresponde al género de «fundación de dinero» (*Hauptgeldstiftung*) o «fundación dotacional», y la segunda al género de «fundación de establecimiento» (*Anstaltstiftung*) o «fundación funcional». En la fundación-empresa dotacional, la empresa se gestiona con ánimo de lucro, y se produce por tanto una disociación entre el fin de la fundación (interés general) y el fin de la empresa (fin de lucro). En la fundación-empresa funcional, la empresa se gestiona sin ánimo de lucro, y existe por tanto una coincidencia de fines: el fin de la fundación y el fin de la empresa son el interés general.

De la lectura del precepto dedicado a «actividades mercantiles e industriales» de las fundaciones en la LF (art. 22) parece desprenderse, a primera vista, que no cabe más intervención de éstas en el tráfico mercantil que a través de sociedades mercantiles, y que aun esa intervención está restringida. Sin embargo, de tres referencias incidentales contenidas en los arts. 23, ap. 6, 44 y 48, ap. 2, se desprende que cabe también el ejercicio directo del comercio por las fundaciones. La Exposición de Motivos (IV) reconoce también explícitamente «la posibilidad de que ejerzan directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales».

Tratándose de fundaciones-empresa, el Reglamento general realiza una cierta aproximación de ellas al Registro Mercantil: sus libros habrán de legalizarse, no por el Protectorado, como es la regla general, sino por el Registro Mercantil (art. 12, ap. 8). También las cuentas de la fundación-empresa han de depositarse, no en el Registro de Fundaciones, sino en el Registro mercantil (32); aunque la cuestión no resulte clara en las normas: la contradicción entre el art. 23, ap. 4, y la disp. adic. 7.^a de la LF es visible. El primero impone el depósito de las cuentas de las fundaciones en el Registro de Fundaciones, y la segunda —en cuyo ámbito quedan comprendidas las fundaciones— impone el depósito de esas cuentas en el Registro mercantil. Es eviden-

(32) Así sucede en buen número de los Derechos europeos: además de los citados en la nota 30, el Derecho sueco (arts. 24 de la Ley de Fundaciones y 1 de la Ley sobre publicidad de las cuentas) (tomo este dato de H. KRONKE, *Stiftungstypus*, pág. 164).

te que la interpretación de esta colisión normativa no puede conducir al doble depósito. La norma específica para fundaciones es el art. 23, ap. 4, que desarrollan el art. 12 RF y el art. 4, ap. 1 y 2 RRF: en ellos se detalla el procedimiento que termina con la incorporación de las cuentas en el Registro de Fundaciones. La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 1996 cita (33) las fundaciones entre las nuevas entidades obligadas a depositar cuentas en el Registro Mercantil, pero de esta referencia incidental no puede deducirse una explícita interpretación de aquella colisión de normas en el sentido de imponer a todas las fundaciones una segunda publicidad de las cuentas. Ahora bien, las fundaciones-empresa son empresarios, y esa segunda naturaleza de la figura impone que sus cuentas se depositen, no en el Registro de Fundaciones, sino en el Registro Mercantil; los argumentos de Derecho positivo que pueden añadirse a ese argumento lógico son los dos siguientes:

a) Cuando la Ley de Fundaciones impone al Protectorado el depósito de las cuentas en el Registro de Fundaciones (art. 22, ap. 4), se está refiriendo sólo a los documentos contables de las fundaciones ordinarias (inventario, balance de situación, cuenta de resultados y memoria), no a los documentos contables de las fundaciones-empresa, que son los enumerados en el art. 34 CCom (pues el art. 23, ap. 6, LF establece que «la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales»). Lo mismo puede decirse del Reglamento del Registro: si al tratar del depósito de las cuentas (art. 4, ap. 1 y 2) no excluye a las fundaciones-empresa, es porque resulta innecesario: los documentos contables a los que se refiere son distintos de los que debe llevar la fundación-empresa.

b) Según el Reglamento del Registro Mercantil (art. 365, «[...] cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengán obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales, presentarán éstas para su depósito en el Registro Mercantil» (34).

(33) Se trata de una cita incidental situada entre paréntesis, que no implica una intención de regular directamente el depósito contable de las fundaciones.

(34) No añado a los anteriores el argumento que aduce E. GIMÉNEZ-REYNA (com. a la disp. adic. 7.ª, en *Comentarios*, t. I, pág. 605), de que el art. 44 LF, al imponer a las fundaciones-empresa que lleven la contabilidad conforme al Código de Comercio, les está imponiendo el depósito en el Registro Mercantil, porque no creo que del art. 41 CCom pueda deducirse una imposición general de dar publicidad a las cuentas, sino todo lo contrario (vid art. 31, ap. 1). La interpretación del art. 41 que hace el primer párrafo de la introducción de la Instrucción de la DGRN de 26 de junio de 1996 confirma lo anterior. Además, si se compara el régimen de publicidad de las cuentas del CCom con el régimen de la legalización de los libros (art. 27 CCom), se verá que esa legalización sí se impone a todos los empresarios.

El legislador de fundaciones no ha seguido el criterio de buena parte de los Derechos extranjeros (35) y la opinión de la doctrina española (36), en el sentido de someter la publicidad de los actos jurídicos de las fundaciones-empresa al Registro Mercantil (37). Por tanto, si bien el depósito de las cuentas se realizará en el Registro Mercantil, el historial jurídico de la fundación-empresa se llevará en el Registro de Fundaciones.

El que las cuentas de la fundación-empresa hayan de depositarse en el Registro Mercantil les obligará a presentar, además de los documentos contables señalados en el art. 23 LF, los indicados en la norma segunda de la Instrucción de la DGRN de 26 de junio de 1996: *a)* una solicitud en que se identifique a la fundación y se indiquen los datos de su inscripción en el Registro de Fundaciones; y *b)* una certificación del Patronato que contenga la aprobación de las cuentas. La aplicación analógica de los arts. 22, ap. 4 LF y 12, ap. 6, RF lleva a la conclusión de que será el Protectorado el que, una vez comprobada la adecuación de los documentos contables a la normativa vigente, los deposite en el Registro Mercantil. Esa facultad de control del Protectorado no puede incidir en el ámbito —limitado— de calificación de las cuentas que atribuye el art. 368, ap. 1, RRM al Registrador Mercantil.

5. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS DELEGACIONES DE FUNDACIONES EXTRANJERAS

Junto a las fundaciones españolas, se inscriben en el Registro de Fundaciones las delegaciones de fundaciones extranjeras. La LF impone a estas últimas que, cuando «ejerzan actividades» en España, deberán establecer una delegación en territorio español (art. 5). Ese ejercicio de actividades debe entenderse habitual, permanente. Precisamente el término «delegación» —paralelo al de sucursal en el ámbito mercantil— implica un establecimiento secundario, y por tanto una organización estable. No tendría sentido que se impusiera una organización estable para una actuación aislada.

(35) Prevé la inscripción de las fundaciones-empresa en el Registro Mercantil, el Derecho suizo (arts. 80 y 81 ZFG), alemán (parágr. 33 HGB); holandés (art. 1, I, c), 11 de la Ley sobre el Registro Mercantil); sueco (art. 157 de la Ley del Registro Mercantil); y danés (parágr. 5 y 53 de la Ley de fundaciones-empresa) (tomo estos datos de H. KRONKE, *Stiftungstypus*, págs. 160 y ss.).

(36) U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación*, págs. 348 y ss.

(37) Y no cabe, por supuesto, la inscripción voluntaria de ellas. El principio de tipicidad del contenido del Registro Mercantil (sobre el que puede verse A. PAU PEDRÓN, *El Registro Mercantil*, Madrid, 1992, págs. 23 y ss) impide la inscripción de sujetos cuando no lo establezca una ley. No puede invocarse en favor de la inscribibilidad, como hace M. A. CABRA DE LUNA (com al art. 23 en *Comentarios*, t. I, pág. 202), el art. 19 Código de Comercio —único supuesto de sujeto mercantil de inscripción voluntaria—, porque ese artículo se refiere únicamente a los empresarios individuales, y la fundación-empresa no lo es.

El sometimiento de la fundación extranjera —en el caso de que ejerza actividades en España— a la legislación de fundaciones no se agota en ese artículo 5, y en la obligación de establecer una delegación e inscribirla en el Registro. El RF es más explícito, en este punto, que la Ley, al decir que «el presente Reglamento será de aplicación a las Delegaciones de las fundaciones extranjeras [...]». Limitándonos al aspecto registral, hay que tener en cuenta que el RRF, tras regular «la primera inscripción del establecimiento en España de una delegación de una fundación extranjera» (art. 7, ap. 3), regula «las inscripciones ulteriores», disponiendo que «reflejarán los hechos sobrevenidos que afecten [...] a la delegación de fundación extranjera». Dada la brevedad del régimen registral español sobre las fundaciones extranjeras, este inciso es de gran importancia: los actos inscribibles —afirma— son «los hechos sobrevenidos que afecten a la delegación»; por tanto, actos inscribibles no son los que afecten a la fundación, sino sólo a la delegación. Para precisar los actos inscribibles, habrá de leerse el art. 3 RRF desde esa perspectiva: por tanto, por «apoderamientos generales» inscribibles habrán de entenderse los nombrados para actuar —en nombre, naturalmente, de la fundación, porque la delegación carece de personalidad jurídica— en territorio español; «el aumento y la disminución de la dotación» sólo serán inscribibles cuando se haya señalado una dotación a la delegación; «la extinción» de la fundación comprenderá, además de la extinción de la fundación misma, la supresión de la delegación en España; etc.

La técnica de la doble registración, por un lado de la entidad, y por otro lado del establecimiento permanente abierto por ella en un país distinto al de su nacionalidad, es bien conocida por el Derecho registral de la Unión Europea; en ella se basa la Directiva 89/666, de 21 de diciembre de 1989 sobre publicidad de sucursales. No puede considerarse que la doble registración de las fundaciones extranjeras constituya una limitación a la libertad de establecimiento —precisamente esa Directiva se dicta «con objeto de facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento», según el primer *considerando* de su preámbulo—, ni que resulte contradicha la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la unidad de registración (38) porque esa

(38) Vid., en este sentido, J. L. PIÑAR MAÑAS, com. al art. 5 en *Comentarios*, t. I, págs. 41 y 42; en relación con ambas objeciones escribe «Si se admite que la exigencia del establecimiento de una delegación en territorio español por parte de las fundaciones de Estados miembros de la Unión Europea puede ser contraria al Derecho Comunitario [se refiere al derecho de establecimiento], también debe llegarse a la misma conclusión en relación con la obligación de proceder en todo caso a la inscripción en el Registro de Fundaciones. El Tribunal de Justicia —aunque en relación con las empresas contratistas con las Administraciones Públicas— ya ha tenido ocasión de señalar que si una empresa está inscrita en el Registro de su país, no podrá exigírsele que haga lo propio en el español». También considera que «la obligación de abrir una delegación en España conculca el Derecho comunitario en cuanto a la libre circulación de personas» J. A. DEL CAMPO ARBULO, *Ley de fundaciones*, pág. 96.

doctrina se refiere a Registros administrativos, y no a Registros jurídicos, que, por estar destinados a los particulares, requieren descentralización —que implica aproximación a sus usuarios—.

El control a que se somete al establecimiento de la delegación es doble: por un lado, la válida constitución con arreglo a su ley nacional; por otro, el carácter general de sus fines. Los concretos problemas de calificación que ello implica se tratan más adelante (IV, A, 4, b), «Calificación del título constitutivo y del establecimiento de delegaciones»). Se ha escrito, con razón (39), que el interés general es un requisito propio de nuestro Derecho, y que existiendo fundaciones extranjeras de interés particular —válidamente constituídas con arreglo a su legislación nacional (art. 9, ap. 11 CC)—, debería autorizarse su acceso al Registro. Pero no creo que el rechazo de su acceso al Registro implique un rechazo al establecimiento de una delegación en España, ni, por supuesto, un rechazo a la realización de actividades aisladas, intermitentes, carentes de una organización estable que las promueva o desarrolle (40). No creo que puedan deducirse estas últimas consecuencias del art. 5 LF. Y sin una norma prohibitiva explícita no podría negarse la actuación en España —para la que basta el cumplimiento del art. 9, ap. 11, CC—. Téngase en cuenta que la generalidad de los fines se trata exclusivamente, en el art. 5 LF, como contenido de la calificación, y por tanto como requisito para la inscripción.

La falta de inscripción en los casos en que esta fuera posible —cuando se cumplieran los requisitos del art. 5 LF (válida constitución y generalidad de los fines)— y la falta de inscripción —cuando ésta no fuera posible (por falta de generalidad de los fines)— sería la misma: básicamente, la absoluta inoponibilidad (*ex* art. 37, ap. 1), con las graves consecuencias que ello tendría, por ejemplo, en caso de revocación de poderes (41). En general, habrán de tenerse en cuenta los efectos que el Registro produce (*infra*, V), para determinar aquéllos de los que carecería la fundación extranjera cuya delegación no se hubiese inscrito; salvo, naturalmente, el efecto constitutivo, que nunca sería aplicable a la inscripción del establecimiento de una fundación extranjera, a pesar de su aparente analogía con la primera inscripción de fundación española.

(39) J. L. PIÑAR MAÑAS, *com* al art. 5 en *Comentarios*, t. I, pág. 43.

(40) Como parece entender J. L. PIÑAR MAÑAS, *ibidem*.

(41) Si el requisito que falta es la válida constitución conforme a su ley nacional, la consecuencia es más grave: la falta de personalidad en España, y por tanto, la falta de capacidad para actuar.

II. ORGANIZACION

El Registro de fundaciones de competencia estatal es único, y depende del Ministerio de Justicia. En concreto, establece el art. 2 RRF que «El Registro de Fundaciones de competencia estatal dependerá del Ministerio de Justicia y estará adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, y dentro de ella a la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles».

Puede distinguirse, en la organización interna del Registro de Fundaciones, una base informática de datos y un archivo de documentos. La primera está integrada por las «hojas registrales» u «hojas informáticas» dedicadas a cada fundación o delegación de fundación extranjera; el segundo está integrado, a su vez, por los «archivos individualizados» abiertos a cada fundación o delegación extranjera.

También debe abrirse «hoja informática» a las cargas duraderas, para hacer constar su «constitución, modificación y extinción» (actos cuya inscripción prevé el art. 3, 1º RRF). En el caso de que una misma carga se impusiera sobre diversos bienes, muebles o inmuebles, parece que la hoja habrá de ser única y abarcar todo el patrimonio gravado. Habrá de abrirse también un «archivo individualizado» a las cargas duraderas, a fin de dar cumplimiento al deber de conservar en el Registro ciertos documentos (art. 10 RRF).

III. OBJETO

El objeto del Registro de Fundaciones no es sólo la llevanza del historial jurídico de las fundaciones —y las cargas duraderas—, sino también la custodia del archivo, la atribución de denominación a las fundaciones —a través de los «certificados de denominación»—, y el depósito de las cuentas de las fundaciones. No se atribuye al Registro de Fundaciones la función de legalizar los libros de las fundaciones, pues según el art. 12, ap. 8, del Reglamento general, «corresponde al Protectorado la legalización de los libros de las fundaciones, salvo cuando éstas realicen actividades mercantiles o industriales, en cuyo caso la legalización corresponde al Registro Mercantil».

1. LA HOJA REGISTRAL

Los actos inscribibles en la hoja registral son los siguientes (art. 3 RRF):

a) La constitución de la fundación.

- b) El establecimiento en territorio español de la delegación de una fundación extranjera, cuando proceda su inscripción en el Registro estatal.
- c) El aumento y disminución de la dotación.

La nociones de *aumento* y *disminución* de la dotación no aparecen en ningún otro punto de la normativa sobre fundaciones. Aumento y disminución son dos operaciones jurídicamente heterogéneas. El aumento sólo puede producirse por un acto jurídico único: la afectación, por el fundador o el Patronato, de bienes y derechos al fin fundacional (art. 10, ap. 2, párr. 2.º, LF). La disminución puede producirse por operaciones jurídicas diversas: enajenación o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación (art. 19, ap. 1, LF) (42), la expropiación de esos mismos bienes, la pérdida por sentencia firme, la destrucción...

De lo anterior se desprende:

1.º Que, a diferencia de la enajenación o gravámen de bienes dotacionales, que implican una «disminución» de la dotación, las compras de bienes, y las herencias o donaciones recibidas por la fundación no implican por sí mismas un «aumento» de la dotación, y no son por tanto inscribibles: es necesario que se realice la afectación.

2.º Que, aunque el art. 5, ap. 2, RRF establece que «las modificaciones de la dotación se inscribirán por medio de escritura o testimonio [...] del acuerdo adoptado por el Patronato», no siempre existirá acuerdo del Patronato: el «aumento» puede derivar de un acto de afectación otorgado por el fundador —dotación sucesiva—, y la «disminución» procederá siempre de actos distintos del acuerdo, como la venta. Y no tiene sentido que se inscriba el acuerdo de vender, permutar o gravar adoptado por el Patronato: primero, porque no produce por sí mismo la «disminución», y segundo, porque en el caso de nombramiento de delegados o apoderados, no precederá a esos actos un acuerdo del Patronato (43).

- d) El nombramiento, renovación, sustitución y cese, por cualquier causa, de los miembros del Patronato y otros órganos creados por los Estatutos.
- e) Las delegaciones y apoderamientos generales concedidos por el Patronato y la extinción de estos cargos.

(42) Si la subrogación real (contraprestación dineraria o en especie en lugar de bien dotacional) actuara automáticamente, las enajenaciones no implicarían una disminución de la dotación. Pero del art. 3, ap. 5 RF se desprende que tal subrogación no actúa automáticamente, sino que es necesario un acto de afectación del objeto de la contraprestación. «en el supuesto de enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional, el valor de la contraprestación *habrá de integrarse en aquélla*»

(43) Vid. *infra*, IV, A, 1, c)

- f) El nombramiento por el Protectorado de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación en el supuesto previsto en el artículo 16.1 de la Ley 30/1994.
- g) La interposición de la acción de responsabilidad contra todos o algunos de los patronos, cuando lo ordene el Juez al admitir la demanda, y la resolución judicial dictada al efecto.
- h) La resolución judicial que, conforme al artículo 34 de la Ley 30/1994, autorice la intervención temporal de la fundación y asunción por el Protectorado de las atribuciones legales y estatutarias del Patronato, con expresión del plazo fijado por el Juez y, en su caso, de la prórroga de éste.
- i) La modificación o nueva redacción de los Estatutos de la fundación.

Cuando la modificación implique una alteración de los fines de la fundación será necesario, como advierte CAFFARENA, que se aporte al Registro de Fundaciones un informe favorable del Protectorado, aunque la Ley no lo exija expresamente, por analogía con lo dispuesto, respecto de la constitución, en el art. 36, ap. 2, de la misma Ley (44).

- j) La fusión de las fundaciones, ya constituyendo una nueva, ya incorporando una a otra ya constituida, y la extinción, en su caso, de las fundaciones fusionadas.
- k) La extinción de la fundación, liquidación de la misma y destino dado a los bienes fundacionales.
- l) La constitución, modificación o extinción de cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general.
- m) Cualquier otro acto, cuando así lo ordenen las disposiciones vigentes.

Respecto de la primera inscripción, dicta el RRF las siguientes reglas (art. 7):

1.^a Abren hoja registral la constitución de una fundación, el establecimiento en España de la delegación de una fundación extranjera y la constitución de cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general.

2.^a El encargado del Registro solicitará del Protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación.

3.^a La primera inscripción del establecimiento en España de una delegación de una fundación extranjera, cuando proceda su inscripción en el Regis-

(44) J CAFFARENA LAPORTA, com. al art. 27, en *Comentarios*, t. I, pág. 249

tro estatal, requerirá igualmente que el Protectorado informe favorablemente sobre el interés general de sus fines.

Tanto el art. 3, b), como el art. 7, 2, RRF limitan la apertura de hoja a la delegación de fundación extranjera al caso de que «proceda su inscripción en el Registro estatal»; esta precisión debe entenderse en los términos del art. 1, ap. 1, párr. 2.º, RF.

a) *La inscribibilidad de los compromisos de aportaciones de terceros*

¿Son inscribibles los *compromisos garantizados* de terceros? El art. 10, ap. 4, LF dice que «se podrán considerar» como dotación. No dice «se considerarán». Hace falta, pues, que medie un acuerdo del Patronato. Por tanto, será necesario un doble título —el que contenga el compromiso garantizado y el que contenga el acuerdo del Patronato de dar a aquél carácter dotacional— para que los compromisos garantizados puedan acceder al Registro.

b) *El acceso de los embargos al Registro*

El silencio de la Ley sobre la inembargabilidad de los bienes dotacionales (que establecía la regulación anterior, exceptuando las fundaciones docentes y culturales) permite concluir que ese privilegio ha desaparecido. Tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 1.449—, como el Reglamento General de Recaudación —art. 114—, exigen que sea una ley la que declare la inembargabilidad, y la Ley de Fundaciones no la ha consagrado.

No comparto la opinión de T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (45) de que: a) las normas anteriores a la presente LF —y concretamente el R.D. de 14 de marzo de 1899 y el Decreto de 21 de julio de 1972— no consagraban la inembargabilidad de los bienes fundacionales, sino sólo un procedimiento especial de ejecución de los créditos; y b) como esas normas no declaraban la inembargabilidad, la exigencia de rango legal carece de interés: el procedimiento especial de ejecución establecido en los citados Decretos subsistirá por efecto de la disp. derogatoria de la LF, que declara vigentes, tanto del RD de 1899 como del D. de 1972, las disposiciones que no se opongan a ella.

(45) T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «El patrimonio de las fundaciones su enajenación y gravamen. Comentario al art. 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994», *RGD*, abril de 1996, pág. 3.326.

Los bienes de las fundaciones benéficas eran inembargables —ésta era la interpretación doctrinal del RD de 1899 (46), y también la práctica de los Registros de la Propiedad, que denegaban la anotación del embargo—, al igual de los bienes de las fundaciones laborales (v. D. de 16 de marzo de 1961 y O. de 25 de enero de 1962: «sus bienes [...] no pueden ser objeto de embargo»), mientras que los bienes de las fundaciones docentes y culturales eran embargables —ésta era la interpretación doctrinal (47) y la práctica registral, que consideraba anotable el embargo, si constaba la previa comunicación al Ministerio Fiscal, que lo comunicaba, a su vez, al Protectorado—.

Tampoco me parecen suficientes para defender la inembargabilidad, una vez promulgada la Ley de Fundaciones, los argumentos de A. REBOLLO ALVAREZ-AMANDI (48): *a)* que la disp. derogatoria de la LF, al dejar vigentes las disposiciones de los Decretos de 1899 y 1972 en lo que no se opongan a ella, está elevando el rango de aquellas normas al de la propia ley; y *b)* que el interés social no debe verse obstaculizado por una ejecución judicial.

Frente al primer argumento cabe aducir: 1.º que si bien las remisiones estáticas (no las dinámicas) hechas por una ley a una norma de rango inferior, sí atribuyen a ésta el mismo rango de la norma que hace la remisión, no sucede lo mismo con la simple declaración de que determinadas normas de rango inferior siguen en vigor, que no cambian por ello de rango; y 2.º que si era la Ley de fundaciones la que debía declarar la inembargabilidad (porque ese efecto exige una norma legal que lo declare), y sin embargo no lo ha hecho, no cabe entender que los citados Decretos queden subsistentes en ese punto, porque han resultado contrarios a la ley; es decir, la ley, con su silencio, ha declarado la inembargabilidad, y por tanto resultan ya inaplicables los decretos anteriores (o más exactamente, el R.D. de 1899) que la declaraban.

Frente al segundo argumento hay que decir que antes que la generosidad está la justicia: primero hay que pagar a los acreedores y después ser altruista; no se puede ser generoso a costa de los demás. Como escribe N. HARTMANN (49), «no se pueden lesionar valores inferiores en aras de los superiores».

La correspondiente anotación del embargo podrá practicarse, por tanto, en los correspondientes Registros de bienes. ¿Deberá acceder también al Registro de Fundaciones, por vía de *archivo* (ex art. 4, ap. 2, RRF), o por vía de *inscripción* (ex art. 3, c))? A mi juicio no: no han de acceder por vía de

(46) Vid., por todos, BADENES GASSET, *Las fundaciones de Derecho privado*, t. I, Barcelona, 1986, pág. 116.

(47) Vid., por todos, R. RIVAS TORRALBA, *Anotaciones de embargo*, Madrid, 1994, pág. 129, en contra, sin embargo, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 418, nota 9.

(48) A. REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, *La nueva Ley de Fundaciones*, pág. 48.

(49) N. HARTMANN, *Ethik*, Berlin, 1949, pág. 607.

archivo, porque éste queda limitado a los gravámenes impuestos por decisión del Protectorado (a los que se circunscribe el art. 19 LGF), y tampoco por vía de *inscripción*, porque el embargo no implica, en sentido estricto, una «disminución de la dotación» —sino una posible disminución futura, que tendrá lugar en caso de incumplimiento de la deuda y consiguiente ejecución del bien—.

2. EL ARCHIVO INDIVIDUALIZADO

El archivo individualizado de cada fundación, delegación de fundación extranjera y carga duradera, que impone abrir y custodiar al RF el Reglamento, comprende:

a) «Las enajenaciones o gravámenes a que se refiere el art. 19 de la Ley, así como las alteraciones superiores al 10 por 100 del activo de la fundación».

De estas enajenaciones, gravámenes y alteraciones, dice el art. 4, ap. 3, RRF que deben «hacerse constar» en el archivo, y el art. 10 del mismo Reglamento que en el archivo deben «conservarse» los documentos relacionados en el art. 4. Como en el art. 4 sólo se citan como «documentos» los mencionados en el ap. 1 (documentos contables), parece que la remisión del art. 10 al art. 4 debe entenderse limitada al ap. 1. Por tanto los documentos en que se reflejen las enajenaciones, gravámenes y alteraciones no han de archivar-se; sólo es necesario «hacer constar» tales actos. Pero en un archivo «se archiva», no se «hace constar» nada. ¿Qué significa entonces «hacer constar en el archivo»? Sólo cabe entender que en el archivo habrá de llevarse una relación en que el personal del Registro haga constar, tomándolo de los documentos o declaraciones correspondientes, esas enajenaciones, gravámenes y alteraciones.

Ahora bien, como determinadas enajenaciones y gravámenes de las contempladas en el art. 19 LF —concretamente, los que tengan por objeto bienes dotacionales— se inscriben en el Registro, tales actos se exceptúan de la *simple constancia* en el archivo, y sus títulos (por lo que se dice a continuación) deben quedar *incorporados* al archivo.

b) Los títulos que hayan servido para realizar la inscripción informática de los actos inscritos.

El Reglamento no limita este archivo de títulos inscritos a aquéllos que no formen parte de un protocolo, por lo que habrán de archivar-se también las escrituras públicas. Esta disposición es perturbadora: en primer lugar, porque, no pudiéndose certificar del contenido del archivo (vid. *infra*, VII), la conservación de los documentos carece de utilidad; en segundo lugar, porque el

archivo del título implica una desconfianza respecto de las inscripciones que se practiquen en el Registro de Fundaciones.

No regula la legislación de fundaciones el problema de la coincidencia —o la susceptibilidad de confusión— de la denominación de una fundación extranjera con una española preexistente. La ausencia en el Reglamento del Registro de Fundaciones de una norma que imponga a la sociedad extranjera la obligación de añadir a su denominación los términos «delegación en España» (50), agrava la cuestión. Es indudable que no puede imponerse a la fundación extranjera un cambio de denominación, pero la cuestión reside en determinar si puede impedirse que actúe de manera estable en España cuando su identificación coincida con una fundación española. La analogía entre establecimiento de una delegación de fundación extranjera y la constitución de fundación española, por un lado, y la regla general de «la denominación de la entidad no podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones» (art. 9, ap. a) LF), de otro, parecen exigir que la fundación extranjera adopte, para su delegación en España, una denominación debidamente diferenciadora, y obtenga para ello el certificado a que se refiere el art. 14 RRF.

Sin embargo, parece más razonable el criterio que adoptó la Dirección General de los Registros en la R. de 11 de septiembre de 1990: «al no tratarse de constitución [...] no procede exigir el cumplimiento de los requisitos que la Ley establece para ese acto jurídico, y entre ellos el de acreditar la novedad u originalidad de la denominación a través de la correspondiente certificación del Registro [...] Basta con que la sociedad [en este caso, la fundación] extranjera creadora de la sucursal [en este caso, la delegación] se halle constituida válidamente conforme a su propia legislación —y a la comprobación de este hecho se extiende la función calificadora del Registro [...]— derivando de tal constitución válida la denominación con la que puede registrarse en España su establecimiento secundario». No hay pues, concluye la resolución, concurrencia de una entidad que se crea con otra creada con anterioridad, y, además, «el riesgo de confusión se elimina con la adición al nombre de la sociedad [aquí, fundación] extranjera de términos que revelen que se trata de una sucursal [delegación]».

3. LA ATRIBUCIÓN DE DENOMINACIÓN

La atribución de denominación la lleva a cabo el RF a través de la expedición de los certificados de denominación. La regulación de estos certificados la establece el art. 14 RRF, con las siguientes reglas:

(50) Como imponía a las sociedades extranjeras el art. 97 del Reglamento del Registro Mercantil de 1965.

1.^a A solicitud de cualquier interesado, el encargado del Registro expedirá certificaciones acreditativas de que una determinada denominación está o no está previamente inscrita en el Registro de Fundaciones. Las certificaciones negativas deberán incluir, en su caso, las denominaciones inscritas que, por su semejanza con la denominación de la que se solicita información, puedan crear confusión entre una y otra.

Este primer apartado del artículo 14 del RRF es contrario a la Ley: debe tenerse en cuenta que esa certificación a que se refiere el último inciso, a pesar de advertir la posibilidad de confusión, es una certificación *negativa*. Y sin embargo, el art. 9, ap. 1, a), de la LF establece que la denominación «no podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones». Si el Registro considera que la denominación «puede crear confusión», no puede entender que está libre; no puede, en rigor, expedir certificación negativa, ha de expedirla positiva. ¿Qué consecuencia práctica tendrá esta certificación *negativa* pero que expresa *posibilidad de crear confusión*? Que el Notario no podrá autorizar, con esa denominación, la escritura constitutiva de la fundación. Es decir, habrá de actuar como si se aportara certificación positiva.

2.^a A la escritura de constitución deberá acompañarse la certificación negativa de la denominación de la fundación constituida, expedida, a lo más, con tres meses de anterioridad al otorgamiento de aquélla.

Como puede verse, el RRF habla sólo de *escritura de constitución*. En el caso de constitución por testamento no será necesario —sería más bien imposible— aportar una certificación vigente —es decir, de tres meses atrás— anterior al otorgamiento del testamento. Tampoco será necesario aportar una certificación posterior. Si la denominación elegida por el testador-fundador figurara ya en el Registro, adoptará el patronato la que considere conveniente, y no será tampoco necesario que, con el título en que conste el acuerdo, se acompañe una certificación negativa.

3.^a Cuando el encargado del Registro expida certificación acreditativa de que no figura registrada la denominación solicitada, se incorporará ésta, a petición del interesado, al Registro, con carácter provisional, durante el plazo de seis meses, contados desde la fecha de la expedición.

Sorprende, en esta última norma reglamentaria, que la reserva temporal de la denominación no se realice de oficio —como sucede en el Registro Mercantil Central (art. 412 RRM) y en el Registro de Cooperativas (art. 8 LGC)—, cuando es indudable el interés del solicitante en la reserva, y el descuido en solicitarla puede llevar consigo la posterior suspensión de la escritura de constitución.

4. EL DEPÓSITO DE CUENTAS

Las fundaciones que han de depositar cuentas en el Registro de Fundaciones son todas aquéllas que no realicen alguna explotación económica (respecto de éstas vid, *supra*, I, 4, «La publicidad registral de la fundación-empresa»). Es cierto que la generalidad con que se produce la disp. adic 7.^a LF parece dar a entender que todas las fundaciones «deberán presentar sus cuentas anualmente en la forma establecida con carácter general en la legislación mercantil para los empresarios» (51), y por tanto que todas las fundaciones deben depositar sus cuentas en el Registro Mercantil. Pero debe tenerse en cuenta, por un lado, que el art. 23, ap. 4, LF prevé, con carácter general, que el depósito se haga en el Registro de Fundaciones, y por otro lado, los argumentos antes expuestos para demostrar que sólo el depósito de las fundaciones-empresa ha de hacerse en el Registro Mercantil.

El depósito de las cuentas de las fundaciones, que ha de hacerse en el Registro de Fundaciones (art. 23, 4 LF), comprende los siguientes documentos:

- a) El inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, que han de confeccionarse anualmente, y en los que han de constar de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación.
- b) La memoria anual, que expresará las actividades fundacionales y la gestión económica, e incluirá el cuadro de financiación así como el exacto grado de cumplimiento de los fines fundacionales. La memoria especificará, además, las variaciones patrimoniales y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación.
- c) La liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior.
- d) El informe de auditoría, cuando la fundación esté obligada a obtenerlo o actúe voluntariamente.

Los casos en que la fundación está obligada a someterse a auditoría externa son los dos siguientes:

1.º Cuando concurren, en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias:

- a) Que el total de su patrimonio supere los cuatrocientos millones de pesetas.

(51) Pues reúnen los dos requisitos de ser sujetos del impuesto de sociedades (vid. art. 7, ap. 1, a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, sobre el Impuesto de Sociedades y la secc 3.^a del cap. I del tít. II LF), y estar obligados a llevar la contabilidad exigida en la normativa reguladora del impuesto citado (vid. art. 139 Ley 43/1995)

- b) Que el importe neto de su volumen anual de ingresos sea superior a cuatrocientos millones de pesetas.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta.

2.º Cuando lo exija el Protectorado, por la presencia de especiales circunstancias que así lo aconsejen, y *siempre en relación* con la cuantía del patrimonio o el volumen de gestión. El Reglamento general precisa, señalando ejemplos, cuáles pueden ser esas «especiales circunstancias» a que se refiere la Ley: «variaciones sustanciales en el patrimonio y en el volumen de gestión, ausencia no adecuadamente justificada de datos, aportación de datos contradictorios o supuestos similares» (art. 13, ap. 2).

En los demás casos —es decir, en todos aquéllos en que no sea obligatoria la auditoria por imposición de la Ley o del Protectorado—, el Patronato es libre para decidir el sometimiento de las cuentas a auditoría externa.

IV. PROCEDIMIENTO

El procedimiento que se desarrolla en el Registro de fundaciones es distinto según se trate de documentos jurídicos o contables.

A) DOCUMENTOS JURÍDICOS

Tratándose de documentos jurídicos, las fases del procedimiento son las siguientes:

1. *Aportación del título*

En unos casos ha de tratarse de documento público, y en otros de documento privado:

a) Deben constar en documento público la constitución *inter vivos* de la fundación, el establecimiento en territorio español de la delegación de una sucursal extranjera, las delegaciones y apoderamientos generales y su extinción, la modificación o nueva redacción de los Estatutos de la fundación, la extinción de la fundación y la constitución, modificación o extinción de cargas duraderas.

b) La constitución testamentaria se hará constar a través del testamento (que ha de contener las circunstancias del art. 7, ap. 4, LF), y por tanto, de escritura pública cuando se trate de testamento abierto, o de acta de protoco-

lización cuando se trate de testamento ológrafo (art. 693 CC), o de testamento cerrado (art. 714 CC).

c) El aumento y la disminución de la dotación pueden inscribirse por escritura pública o mediante documento privado, que será el testimonio del acuerdo adoptado por el Patronato, con las firmas legitimadas notarialmente.

Aunque el RRF prevé que a toda disminución precede un acuerdo (y también el art. 4, ap. 2 a), RF), no siempre será así. Al patronato le corresponde la disposición del patrimonio (art. 17, ap. 2, LF), pero el patronato puede nombrar delegados y apoderados, a los que encomienda *sus facultades* (art. 17). Delegados y apoderados no son —por tanto— simples ejecutores de acuerdos del patronato, sino que pueden decidir, por sí, la realización de actos dispositivos. Y en los casos en que dispongan unos y otros no precederá un *acuerdo* al acto dispositivo.

d) El nombramiento, renovación, sustitución, suspensión y cese, por cualquier causa, de los miembros del Patronato, y otros órganos creados por los Estatutos, podrán constar en escritura pública o en documento privado con firma legitimada notarialmente o extendida ante el encargado del Registro. La expresión «comparecencia firmada» ante el encargado, que emplea el art. 5, ap. 3, RRF, es un tanto absurda.

e) Los actos que procedan de autoridades judiciales o administrativas se inscribirán mediante testimonio de la correspondiente resolución.

f) La extinción de la fundación se inscribirá, en unos casos, mediante escritura o testimonio con firmas legitimadas del acuerdo adoptado por el Patronato (52), y en otros mediante testimonio de la resolución judicial. Procede la primera vía cuando la extinción tenga lugar por realización íntegra del fin fundacional, imposibilidad de esa realización, o cuando se produzca una causa extintiva prevista en el título de constitución o los estatutos no señalada en la Ley, y el acuerdo haya obtenido la ratificación del Protectorado (*ex* art. 30, ap. 5, LF). Procederá la segunda vía cuando en los casos anteriores no hubiese acuerdo del Patronato o éste no fuese ratificado por el Patronato.

¿Cómo accede al Registro la extinción por expiración del plazo? Nada dice al respecto el art. 30 LF, que se limita a afirmar que en tal caso «la fundación se extinguirá *de pleno derecho*». La aplicación analógica de las normas sobre otros Registros —y especialmente el art. 238, ap. 1, RRM— permitiría que la extinción por transcurso del plazo se hiciera constar de oficio por el encargado del Registro, o cuando deba practicar algún asiento en la hoja informática abierta a la sociedad, o cuando se hubiera solicitado certificación o cuando lo solicite, por instancia, cualquier interesado.

(52) Al no existir una regla general de titulación pública de los actos inscribibles, y permitir el art. 5, ap. 2 RRF que determinados acuerdos del Patronato se acrediten, a efectos registrales, por escritura o testimonio, parece que la analogía permite aplicar esta misma regla de documentación a los acuerdos de extinción.

2. *Solicitud de inscripción*

La inscripción en el Registro de Fundaciones es obligatoria. El plazo de presentación varía según los supuestos:

- a) Como regla general, los títulos inscribibles han de presentarse dentro del plazo de tres meses, a contar desde su adopción.
- b) Si la fundación ha sido constituida en testamento que deba ser adverdado judicialmente —ológrafo o cerrado—, ese plazo se contará a partir de la protocolización notarial.
- c) Si la fundación se ha constituido por testamento abierto notarial, su inscripción habrá de ser solicitada en el plazo de un año a partir de la muerte del testador.

La obligación de presentar los documentos en el Registro recae sobre el patronato. De ahí que, en caso de incumplimiento de los plazos, podrán exigírsele las responsabilidades que procedan, a instancia del Protectorado.

En un caso especial, la inscripción la solicita, no el patronato, sino el Protectorado: cuando se trate de enajenaciones previamente autorizadas por éste. En ese caso, prevé el Reglamento general (art. 4, ap. 5, respecto de los bienes inmuebles y art. 7, ap. 1, párrafo último, respecto de los bienes muebles, por remisión) que «se remitirá al Protectorado en ejemplar duplicado el título de enajenación, a efectos de su oportuna constancia en el Protectorado e inscripción en el Registro». Pero lo cierto es que, según el Reglamento del Registro, esas enajenaciones *no se inscriben*, sino que *se hacen constar en el archivo* (art. 4, ap. 3, RRF). Por tanto, será el archivo el que se practique a instancia del Protectorado.

La remisión que hace el Reglamento general, al regular los gravámenes impuestos sobre bienes inmuebles o muebles, a la regulación del «procedimiento» de enajenación de inmuebles (vid. arts. 5, ap. 3 y 7, ap. 1, párrafo último), obliga a entender que también en ese caso de constitución de gravámenes sobre bienes de la fundación, será el Patronato —y no el Protectorado— el que solicite del Registro la constancia en el archivo.

No es necesaria una solicitud expresa de inscripción. Esta «se entenderá solicitada mediante la presentación de la escritura constitutiva» (art. 7, ap. 2, RRF) o «por la sola presentación al encargado del Registro de la documentación oportuna» en los demás casos (art. 9, ap. 2, RRF). «La primera inscripción de las cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general se entenderá solicitada con la presentación de la escritura pública de su constitución» (art. 7, ap. 4, RRF).

3. *Consignación de la fecha de presentación*

Aunque no se prevé la llevanza de un libro-diario, ni material ni informático, ni se prevé por tanto la extensión de asientos de presentación, sí se impone la constancia de la fecha de presentación: Esta fecha es determinante del plazo de calificación y despacho de los títulos, así como de la interpretación negativa del silencio de la Administración.

No se establece una forma concreta de consignar en el Registro las fechas de presentación, por lo que será admisible, tanto la llevanza de un libro auxiliar, como la consignación de las fechas en los correspondientes títulos —que han de quedar luego archivados en el Registro—.

4. *Calificación*

a) *Ambito, contenido y plazo*

La calificación o control de legalidad del título abarca «la validez y las solemnidades extrínsecas», o, lo que es lo mismo, el fondo y la forma. La materia sobre la recae la calificación es, de un lado, el título presentado, y de otro, la relación del título con los antecedentes registrales.

La calificación determina la inscribibilidad o no del documento. En el caso de que no proceda la inscripción, deberá denegarse o suspenderse. El RRF trata de diferenciar las causas de denegación de las causas de suspensión, pero lo hace de manera errónea: «se denegará la inscripción si el acto no es válido. Se suspenderá si falta algún requisito que pueda ser subsanado y no afecte a la validez del acto». Los defectos de esta distinción son dos: por un lado, caer en la tautología de afirmar que se suspenderá cuando el defecto pueda ser subsanado (lo cual no es decir nada, porque la cuestión está en determinar cuando un defecto es subsanable); por otro, afirmar que todo defecto que incida en la validez determina la denegación, cuando la mera anulabilidad siempre se ha considerado que es convalidable, y por tanto el defecto que tenga esa causa, subsanable.

En los casos en que la Ley exige informe (art. 36, ap. 2, LF) o autorización (arts. 19, ap. 1 y 2, 20, ap. 2, 26 y 27, ap. 1) del Protectorado, el Registro no puede reconsiderar o revisar el criterio con que han sido resueltos —no puede controlar su acierto o desacierto— (53). Y si el informe o la autorización son negativos, el encargado no denegará por razones de fondo —falta de

(53) Naturalmente, esta afirmación presupone que la función del Protectorado es examinar la *adecuación* del acto proyectado (enajenación, gravamen, modificación de estatutos, fusión...) a los fines fundacionales y a la dotación. Si se entendiera, como algún autor —erróneamente, a mi juicio— lo hace, que la función del Protectorado es controlar la legalidad del acto, en ese caso el Registro se vería obligado —ex art. 11 RRF— a calificar de nuevo las mismas cuestiones

generalidad de los fines, insuficiencia de la dotación, inadecuación del acto proyectado a los fines o la dotación...—, sino por una única razón de forma: el carácter desfavorable del informe o la negativa a la autorización. Lo mismo puede decirse (vid, *infra*, IV, 3, d], b']) cuando, por el silencio del protectorado, la falta de informe o autorización deban entenderse en sentido positivo: el encargado no puede entrar en el fondo, aunque aprecie que no concurren las circunstancias que motiven la decisión (presunta) favorable. En cuanto a la comunicación, el encargado deberá comprobar que se ha realizado, sin valorar la oportunidad del acto sometido a ella, pero comprobando si el contenido de la comunicación coincide con el acto realizado (54).

Precisamente porque el encargado, en los casos de informe o autorización desfavorable, no puede calificar la decisión del Protectorado, sino que se limita a denegar *porque el informe o la autorización son desfavorables*, no creo —frente a lo que se ha escrito (55)— que esta denegación, que se limita a constatar un hecho, sea susceptible de recurso.

Dentro de los treinta días siguientes a la presentación del título, el encargado ha de calificar el documento; en lo que reste de los tres meses siguientes a la presentación deberá practicar la inscripción.

b) Calificación del título constitutivo y del establecimiento de delegaciones

Para el caso concreto de la calificación del título constitutivo de la fundación, el art. 7, ap. 2, RRF establece que «si el informe [del Protectorado] es favorable, la inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones de la Ley» (56). La lógica

(54) Sobre la necesidad de que se le acredite la comunicación antes de inscribir, vid. las acertadas observaciones de I. OLMOS VICENTE («Novedades», pág. 86) referidas al Registrador de la Propiedad, pero aplicables también al encargado del Registro de Fundaciones.

(55) J. L. PIÑAR MAÑAS, com. al art. 36, en *Comentarios*, t. I, pág. 319.

(56) Esta cuestión se imbrica con otra, que viene suscitada por la reiterada afirmación de que corresponde al Protectorado el «asegurar la legalidad» en la constitución de las fundaciones (art. 32, ap. 1 LF y 22, ap. 3 a) RF). Aparentemente, esta afirmación significa que tratándose del acto concreto de *constitución*, el Registro de Fundaciones carece de facultad calificadoras en relación con él. Y, si bien es cierto que la LF no hace referencia alguna a la calificación, y que su Exposición de Motivos afirma que «las inscripciones practicables requerrán el informe de los órganos administrativos a los que corresponda el ejercicio del Protectorado», no puede olvidarse que el Registro de Fundaciones es un Registro de *seguridad jurídica*, y en armonía con esa naturaleza, el art. 11 RRF establece que «el encargado del Registro calificará la validez y solemnidades extrínsecas de los documentos presentados», sin señalar luego excepción alguna cuando se trate del acto de constitución. Ha sostenido la limitación de las facultades del Protectorado en orden al control de legalidad J. M. DE PRADA GONZÁLEZ («Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones», *R/N*, núm. 11, julio-septiembre 1994, pág. 255).

impide entender este inciso en su sentido literal. Por el hecho de que el Protectorado haya emitido un informe sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación, ¿ha de entenderse que la calificación queda de algún modo limitada en todo lo que exceda de esas cuestiones sobre los fines y la dotación? Por el hecho de que se haya emitido ese informe, ¿no cabe ya la posibilidad de suspender? ¿Cualquier defecto determina entonces la denegación? ¿No cabe ya denegar por defectos ajenos a la Ley de Fundaciones —que es la «Ley» a que se refiere el Reglamento—?

A la vista de ese desafortunado inciso, las tres primeras preguntas habrían de contestarse afirmativamente, y la última en forma negativa. Sin embargo, las respuestas correctas han de ser las contrarias. El informe del Protectorado no puede limitar el ámbito de calificación del encargado (salvo en cuanto a la generalidad de los fines y la suficiencia de la dotación); la emisión de ese informe no puede impedir que el encargado suspenda si aprecia la existencia de un defecto subsanable; no todo defecto que el encargado aprecie, una vez emitido el informe, determinará la denegación. En todo momento cabe denegar o suspender la inscripción cuando se hayan incumplido normas imperativas o se hayan vulnerado normas prohibitivas distintas de las contenidas en la Ley de Fundaciones. El único sentido lógico que puede darse a ese inciso final del ap. 2 del art. 7 RRF es que el encargado del Registro, una vez emitido el informe por el Protectorado, no puede denegar la inscripción por el incumplimiento de los únicos requisitos sobre los que el Protectorado ha informado favorablemente: el interés general y la suficiencia de la dotación.

Respecto de la primera inscripción de la delegación de una fundación extranjera, establece el art. 7, ap. 3 RRF que podrá denegarse cuando la fundación no esté válidamente constituida con arreglo a su ley personal. Como el encargado no conocerá, de ordinario la legislación extranjera aplicable, parece que podrá recurrir, por analogía, a alguno de los medios previstos en el art. 36 del Reglamento hipotecario: aseveración o informe de un Notario o Cónsul español, o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Aunque no lo diga el RRF, para practicar las inscripciones posteriores deberá comprobar las facultades representativas de quien otorgue el documento en nombre de la fundación, para lo que podrá acudir a las mismas vías.

También con relación a la primera inscripción de la delegación de una fundación extranjera, establece la LF (art. 5) que será motivo de denegación el que los fines de la fundación extranjera no sean de interés general. El Reglamento del Registro (art. 7, ap. 3), quizá más consciente que la propia Ley de la naturaleza y los fines del Registro, se ha apartado de lo dispuesto en ella y ha trasladado el control de los fines —con gran acierto— al Protectorado. Es evidente que, para el legislador —y para el autor del Reglamento general—, en el caso de inscripción de una delegación de fundación extran-

jera, el control de los fines había de hacerlo el propio Registro. Así queda de manifiesto en los siguientes puntos:

a) El informe a que se refieren tanto el art. 36, ap. 2, LF como el art. 22, ap. 3, d), RF, sólo debe emitirlo el Protectorado en relación con las fundaciones españolas, como lo demuestra que el art. 10 de la Ley, relativo a la dotación, sea únicamente aplicable a esas fundaciones, y que el art. 22, ap. 3, del Reglamento general prevea la emisión del informe «en relación con la constitución de la fundación» (y el establecimiento de una delegación de fundación extranjera es un acto distinto de la constitución).

b) El informe a que se refieren esos artículos es un informe con un contenido doble e inescindible: el interés de los fines y la suficiencia de la dotación, y, tratándose de delegaciones de fundaciones extranjeras *no se puede comprobar la suficiencia de la dotación*, ni la de la delegación misma —que puede no existir—, ni el de la fundación extranjera. Según el art. 5 LF, «la inscripción podrá denegarse cuando *los fines no sean de interés general* o cuando no estén constituidas con arreglo a su ley personal».

c) El art. 5 LF afirma que la inscripción *sólo podrá denegarse cuando los fines no sean de interés general*, o cuando no estén válidamente constituidas con arreglo a su ley nacional. Esta frase supone la exigencia de que sea el encargado del Registro el que califique; de lo contrario habría dicho que *sólo podrá denegarse cuando no se haya obtenido informe favorable del Protectorado sobre el interés general de los fines*, o cuando no estén válidamente constituidas con arreglo a su ley nacional. El Reglamento del Registro, apartándose del texto legal, cambia el sentido de la Ley: «La primera inscripción del establecimiento en España de una delegación de fundación extranjera [...] *requerirá igualmente que el Protectorado informe favorablemente sobre el interés general de sus fines*». Y añade a continuación: «*la inscripción podrá denegarse* cuando la fundación no esté válidamente constituida con arreglo a su ley personal».

Deslindando debidamente las funciones del Registro —que es un estricto control del cumplimiento de la legalidad— de las funciones del Protectorado —que entrañan una valoración sobre la «generalidad» de los fines, y la «suficiencia» de la dotación— el Reglamento del Registro ha alejado de éste una función que no le corresponde, y la ha situado en su ámbito propio: el Protectorado.

c) El problema de la inscribibilidad de las enajenaciones o gravámenes sujetos a la condición suspensiva de obtener autorización

A pesar de que el art. 10 del Reglamento general califica, en su propio epígrafe, como «enajenaciones y gravámenes defectuosos» los otorgados sin

la preceptiva autorización del Patronato, en su apartado 4 admite que el fedatario autorice («otorgue», dice erróneamente) el acto «sometiéndolo a la condición suspensiva de obtención de la autorización correspondiente». Aunque no existen obstáculos para que se inscriban en el Registro actos sujetos a condición suspensiva, en este caso el criterio ha de ser el contrario. El hecho condicionante es un requisito de legalidad. Por tanto, sólo después de obtenida la autorización exigida por la Ley (art. 19) podrá inscribirse el acto en el Registro.

Todo lo indicado respecto de enajenaciones o gravámenes es aplicable a la aceptación de legados o donaciones con cargas (a las que la Ley exige autorización del Protectorado: art. 20, ap. 2) (57); el Reglamento general permite igualmente que se acepten bajo la condición suspensiva de obtener la autorización (art. 12, ap. 4 y 5).

d) Silencio del Protectorado y calificación registral

La LF exige tres tipos de intervenciones del Protectorado que caen dentro del ámbito de la calificación registral —en el sentido de que el encargado debe exigir su aportación—: informe, autorización, ratificación y comunicación.

a') Se impone la necesidad de informe en el caso de constitución de fundación (art. 36, ap. 2, LF y art. 22, ap. 3, d], RF).

b') Se exige autorización en los siguientes casos con trascendencia registral: enajenación o gravamen de los bienes o derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la Fundación (art. 19, ap. 1, LF), transacción sobre esos mismos bienes (ap. 2), aceptación de legados o donaciones con cargas (art. 20, ap. 2, LF), autocontratación por los patronos y por apoderados generales o especiales (art. 26 LF y 15, ap. 5, RF), y modificación de los Estatutos cuando lo haya prohibido el fundador (art. 27, ap. 1, *in fine* LF).

c') Se exige ratificación cuando el Patronato haya acordado la extinción de la fundación por cumplimiento íntegro del fin social, por imposibilidad de cumplimiento y por concurrir una causa estatutaria de extinción no prevista por la Ley (art. 30, ap. 2, en relación con el art. 29 LF).

d') Se exige el envío de comunicación en los siguientes casos: enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o indus-

(57) También exige la LF autorización del Protectorado para repudiar herencias y legados y para «dejar de aceptar» donaciones (art. 20, ap. 3), y el RF permite también que esos actos se documenten sujetos a condición suspensiva de obtener la autorización (art. 11, ap. 5). Pero ninguno de esos actos es inscribible en el Registro de Fundaciones.

triales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores, y objetos de extraordinario valor (art. 19, ap. 2, LF), transacciones sobre bienes o derechos (art. 19, ap. 3 LF), modificación de los Estatutos cuando no exista prohibición del fundador (art. 27, ap. 4), fusión con otra fundación (58) (art. 28, ap. 1, LF).

Pues bien, el silencio del Protectorado tiene distinto régimen, no ya respecto de cada uno de esos supuestos de intervención administrativa, sino incluso respecto de los diversos casos comprendidos en cada uno de ellos. Las reglas contenidas en la legislación de Fundaciones pueden sistematizarse así:

a') Si en el plazo de tres meses no ha recaído resolución expresa de autorización en los casos a que se refiere el art. 19, apartados 1 y 3 (enajenación, gravamen y ciertas transacciones), el art. 20, apartado 2 (aceptación de legados y donaciones con cargas), y el art. 26 (autocontrato), se entenderán estimadas las solicitudes de autorización (art. 33 LF).

b') Si en el plazo de tres meses no ha caído resolución en el caso contemplado en el art. 27, ap. 1 *in fine* LF (modificación de Estatutos existiendo prohibición), se entenderá estimada la solicitud (art. 16, ap. 2, párr. últ., RF).

c') Si en el plazo de 3 meses no se ha ratificado el acuerdo de extinción, «podrá entenderse ratificado» (art. 18, ap. 4, RF).

d') En cuanto a determinados casos en que ha de comunicarse el acto al Protectorado, en concreto, los previstos en el art. 19, ap. 2, LF (ciertas enajenaciones y gravámenes), «basta la comunicación» (dicen los arts. 4, ap. 6, y 5, ap. 4, y el art. 6 RF, por remisión).

e') En cuanto al caso de comunicación prevista en el art. 27, ap. 4, LF (modificación de Estatutos no prohibida por el fundador), «si en el plazo de tres meses el Protectorado no se opusiera por razones de legalidad a la modificación estatutaria o no formulara objeciones a la misma, el Patronato elevará a escritura pública la modificación de los estatutos para su ulterior inscripción en el Registro de Fundaciones» (art. 16, ap. 4, *par.* 2.º, RF).

f') En cuanto al caso de fusión para el que el RF exige autorización (que exista oposición del fundador), «la solicitud será resuelta en el plazo de tres meses y podrá entenderse estimada de no resolverse en este término» (art. 17, ap. 2, párr. últ.).

(58) El régimen de intervención del Protectorado es distinto en la Ley y en el Reglamento general. En primer lugar es distinto porque la Ley prohíbe que se lleve a cabo la fusión cuando la haya prohibido el fundador («deberán concurrir las circunstancias aludidas en el apartado 1 del artículo anterior», dice el art. 28, ap. 1, LF), mientras que el Reglamento lo permite (art. 17, ap. 2), en segundo lugar es distinto porque la Ley permite únicamente «oponerse» al Protectorado (art. 28, ap. 1, LF), mientras que el Reglamento exige autorización del Protectorado para el caso concreto de que la fusión hubiese sido prohibida por el fundador (art. 17, ap. 2, RF).

g') En cuanto a los demás casos de fusión, ésta «deberá ser comunicada al Protectorado» (art. 17, ap. 2, RF), expresión hay que considerar equivalente a la de «basta la comunicación» que el Reglamento emplea en los casos antes citados. Por tanto, no es necesario esperar a obtener respuesta del Protectorado.

Quedan, por tanto, sin resolver por la legislación de fundaciones los casos de silencio en relación con el informe sobre fines y dotación (art. 36, ap. 2, LF) y la comunicación sobre ciertas transacciones (las previstas en el art. 19, ap. 3, en relación con el apartado anterior LF).

En cuanto al primero, habrá de entenderse, a la vista del art. 43, ap. 2 c), LRJAP-PAC («[...] se podrán entender estimadas [...]: b) Solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes [...]), que el silencio tiene sentido positivo. Como escribe PIÑAR MAÑAS, «todos los actos presuntos del Protectorado, sean o no de contenido autorizatorio, tendrán carácter positivo si no hay una disposición expresa que establezca lo contrario» (59).

En cuanto a la segunda, la analogía con los demás supuestos de comunicación hace que deba considerarse suficiente la remisión al Protectorado de los datos relativos a la transacción efectuada sobre bienes dotacionales o de escaso valor en relación con el patrimonio fundacional, sin que sea necesario esperar respuesta de la comunicación, ni por tanto, interpretar el silencio (según el art. 42 LRJAP-PAC, están exceptuados de la obligación de resolver los procedimientos relativos al ejercicio de derechos que sólo deban ser objeto de comunicación).

La resolución presunta por silencio tiene dos consecuencias en relación con el Registro:

a') Como, según el art. 44, ap. 1, LRJAP-PAC, los actos administrativos presuntos se podrán hacer valer incluso ante la propia Administración, el Registro de Fundaciones habrá de considerar cumplido el requisito del informe o la autorización del Protectorado cuando se le acredite el silencio positivo. Esta acreditación se hará mediante la certificación expedida por el Departamento ministerial al que, según los fines de la fundación, corresponda el Protectorado.

b') La resolución por silencio, al igual que la resolución expresa, impide que el Registro califique las cuestiones sometidas a autorización. El hecho de

(59) J. L. PIÑAR MAÑAS, com. al art. 33, en *Comentarios*, t. I, pág. 300. E insiste más adelante: «No sólo las autorizaciones a que se refieren los artículos 19, apartados 1 y 3; 20, apartados 2 y 3, y 26 deben resolverse en un plazo de tres meses, entendiéndose estimadas las solicitudes si en el mismo no recae resolución expresa, sino todos los supuestos de solicitudes presentadas al Protectorado» (el subrayado es mío).

que el Protectorado no haya examinado la solicitud no faculta al Registro para hacerlo.

e) La calificación desfavorable

Según el art. 15 RRF, las decisiones negativas se han de adoptar por el Director General de los Registros, a propuesta del encargado, y por tanto, *a sensu contrario*, las decisiones favorables se adoptarán directamente por el encargado. Esta distribución de competencias carece de sentido:

a') porque muchas causas de suspensión, las más frecuentes —como la falta de un requisito (falta del informe del Protectorado sobre los fines y la dotación; autorización del Protectorado para ejanenaciones o autocontratos; omisión en el título del domicilio de la fundación o de la edad o el estado civil de uno de los fundadores; carencia de apostilla, si se trata de un título extranjero por el que se establece la delegación de una fundación en España...)—, pueden determinarse con facilidad por el encargado del Registro directamente;

b') porque decidir que el título es inscribible puede tener mayor dificultad técnica que decidir su no inscripción;

c') porque el verdadero problema, que es el caso de que el encargado tenga dudas sobre si procede inscribir o no (y que es cuando tendría sentido la consulta a la Subdirección o al Director), no está previsto, lo que en la mayoría de los casos se traducirá —con perjuicio de los interesados— en una propuesta formal de denegación;

d') porque si el encargado no califica en el plazo de tres meses, la consecuencia será una denegación por vía de silencio (*ex art. 15, ap. 2, RRF*). Es decir: lo que no puede hacer de manera expresa lo puede hacer de manera tácita.

No establece el RRF un plazo para que recaiga la resolución del Director General, a la vista de la propuesta del encargado y el informe de la Subdirección. Es indudable que el plazo de quince días que establece el art. 11, ap. 4, se refiere sólo a la calificación del encargado, y por tanto, será su propuesta negativa la que deberá hacerse dentro de esos quince días. Ahora bien, como el silencio respecto de toda solicitud de inscripción formulada ha de interpretarse negativamente (art. 15, ap. 2, RRF), será el plazo para interpretar el silencio el que haya de emplear el Director *para dictar su resolución denegatoria*. Más complejo será el caso en que el Director considere, frente al criterio de la propuesta, que el título es inscribible, porque entonces deberá volver el expediente al encargado del Registro, y practicarse la inscripción, dentro de ese mismo plazo de tres meses.

f) El problema de la previa inscripción en los Registros patrimoniales

No se establece, en el ámbito del Registro de fundaciones, una norma semejante a la del art. 383 RH. Siendo el acto inscribible en un Registro patrimonial, no se prevé la inscripción en éste como requisito previo a la inscripción en el Registro de fundaciones (60). El RRF se limita a establecer que en la hoja registral se haga «referencia, en su caso, a la inscripción a nombre de la fundación practicada en los Registros correspondientes de bienes muebles o inmuebles» (art. 4, ap. 3, *in fine*). No parece que se pretenda ordenar la inscripción previa en los Registros patrimoniales, sino únicamente que se indiquen los datos de inscripción en esos Registros, si constan en el título.

Sí se impone en la LF la obligación de inscribir los bienes de las fundaciones en el Registro de la Propiedad, aunque no con carácter previo. Ya el D. de 21 de julio de 1972 imponía la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles de las fundaciones docentes y culturales (art. 26, ap. 2), pero ahora es una norma legal la que lo impone. Y lo hace, no sólo en relación con los bienes y derechos de todas las fundaciones (de competencia estatal) —«la fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos que integren su patrimonio, los cuales se harán constar en su inventario y en el Registro de fundaciones, y se inscribirán, en su caso, en los registros correspondientes»—, sino también en relación con las cargas duraderas —«tales cargas deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones y, en su caso, en el de la Propiedad» (disp. adic. 1.^a)—.

La carga será inscribible en el Registro de la Propiedad cuando grave, con carácter real, inmuebles determinados (por ejemplo, la prevista en el art. 788 CC), o cuando consista en un modo condicionante (por ejemplo, el previsto en los arts. 651 o en el art. 979, párr. 2 CC). Cuando se trate de un modo puro, cuyo incumplimiento no permita ejercitar la resolución, no podrá tener eficacia frente a terceros, y no cabrá por tanto su inscripción registral.

g) Calificación desfavorable e inscripción parcial

«Toda disposición de los estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley se tendrá por no

(60) Lo que habría sido la regla más adecuada de coordinación. E. CORONA y otros (*Las Fundaciones*, pág. 171) habían planteado que «sería conveniente que el Reglamento que desarrolle el referido Registro [se refieren al de fundaciones] contemple determinadas reglas con el fin de hacer coincidir, en beneficio de terceros, el contenido del Registro de Fundaciones con el Registro de la Propiedad, evitándose así que la eficacia registral de uno y otro sean diferentes con la consiguiente prevalencia de la fe pública resultante del Registro de la Propiedad por mor del apartado 2 del artículo 37».

puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso no procederá la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones», dice el art. 9, ap. 2, LF. El legislador de fundaciones hace aquí una aplicación concreta del principio *utile per inutile non vitiatur*, de aplicación frecuente en el Derecho civil (arts. 641, 737, 743, 786, 814, 1.155, 1.328, 1.476 y otros CC). A diferencia de lo que sucede en otros casos, la norma de nulidad parcial no contiene una referencia a la norma sustitutoria, es decir, a la que integra la laguna que ha dejado la cláusula nula. Pero es indudable que, a pesar del silencio de la LF, en lugar de la cláusula nula se aplicará la norma legal sobre la misma cuestión.

La norma vulnerada ha de ser una norma *de la Ley de fundaciones*, no cualquier otra disposición del Ordenamiento. Es indudable que la referencia a la Ley abarca también a sus disposiciones de desarrollo, tanto el RF como el RRF. Es lógico que si el efecto —sin duda beneficioso para la fundación, puesto que evita la ineficacia total del título— de la nulidad parcial se establece para el caso de infracción de una norma legal, este mismo régimen se aplique a la infracción de una norma de menor rango.

Por otra parte, la norma vulnerada no debe ser de tal relevancia que su infracción afecte a la «validez constitutiva» de la fundación. Entre esas normas cuyo incumplimiento incida en la validez habría que citar, en primer lugar, las que exigen interés general de los fines y suficiencia de la dotación. Como no se trata de extremos que haya de apreciar el Registro, sino el Protectorado, será el informe negativo de éste el que determine la denegación *total* por parte del Registro. Entre aquéllas normas habrán de citarse también la vulneración de las reglas sobre denominación (art. 9, ap. 1, a), LF) y domicilio (art. 4 LF) y la configuración del órgano de representación de modo distinto al previsto en la Ley (arts. 13 y 14). En algún caso, determinadas manifestaciones del fundador revestirán tal importancia, que su vulneración pueda afectar también a la «validez constitutiva»; como escribe J. CAFFARENA, «puede ocurrir que para el fundador sean esenciales algunas de las disposiciones establecidas por él, de tal modo que resulte clara su voluntad de condicionar la creación de la fundación a la existencia y vigencia de las mismas. En este caso, si dichas disposiciones son contrarias a la ley no sólo no procederá la inscripción de la fundación, sino que habrá que considerar que el negocio no producirá los efectos en él contenidos» (61).

Desde la perspectiva registral, la consecuencia de la nulidad parcial —la inscripción parcial— tiene particular relevancia; no puede decirse que se trate de una norma innecesaria, «obvia» (62). En el tema la inscripción de Estatutos —cualquiera que sea su objeto: propiedad horizontal, sociedad mercantil,

(61) J. CAFFARENA, com al art. 9, en *Comentarios*. t. I, pág. 84.

(62) J. CAFFARENA, *ibidem*.

junta de compensación...— se ha considerado siempre que al constituir aquéllos un conjunto orgánico y sistemático de normas, habían de inscribirse o rechazarse en su integridad, y este mismo criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia hipotecaria. El Reglamento del Registro Mercantil de 1989 introdujo la inscripción parcial (art. 63) y el nuevo Reglamento de 1996 ha reiterado la misma norma. En esta misma línea se manifiesta ahora el art. 9, ap. 2 LF, pero con la particularidad de que el encargado del Registro no necesita, para verificar la inscripción parcial, que ésta se hubiese previsto en el título o se solicite por el interesado mediante instancia.

La referencia a los estatutos y a la voluntad del fundador, y la expresión «validez constitutiva», dan a entender, con toda claridad, que la nulidad parcial y la inscripción parcial sólo pueden tener lugar en los casos de títulos constitutivos de fundaciones. Es una lástima que no se hayan extendido esas reglas de nulidad e inscripción parcial a otros casos, como modificaciones estatutarias, acuerdos del Patronato con contenido diverso, y, en general, a cualquier acto inscribible, como hace el art. 63 RRM.

El que las cláusulas ilegales se tengan «por no puestas» no exime de que se extienda una nota de calificación en la que se fundamente la exclusión de tales cláusulas. Por tanto, también este caso habrá de ser el Director General el que suscriba la calificación desfavorable. No parece que el art. 15 RRF deba entenderse limitado al supuesto en que la «decisión negativa» abarque la totalidad del título (63).

5. *Subsanación y recurso*

Aunque el RRF no lo exprese, el patronato podrá subsanar los defectos advertidos por el encargado del Registro. Como no se prevé la posibilidad de subsanar, no se establece plazo para realizarla. Por tanto, podrá hacerse en cualquier momento. Como la «fecha de presentación» a que alude el art. 11, ap. 4, RRF no tiene una vigencia determinada, el momento de la presentación del título defectuoso —una vez subsanado— es indiferente (64). No sucede lo mismo con la fecha de la presentación del título subsanado, que puede deter-

(63) Entender lo contrario nos permitiría añadir un argumento más para demostrar lo absurdo de que el encargado del Registro pueda inscribir pero no denegar: que sólo si se trata de vulneración de normas sobre fundaciones —que son las de mayor importancia en relación con la figura—, el encargado puede denegar; pero si se trata de vulneración de otras normas, como no cabe entonces la inscripción parcial, habría de ser el Director quien calificara desfavorablemente.

(64) Este es uno de los puntos en que se hacen más necesarias esas «disposiciones de desarrollo» a que se refiere la disposición final primera del RRF. Especialmente para el caso de que se haya presentado un segundo documento, estando suspendida la inscripción del primero.

minar la oponibilidad del mismo a un título posterior (y no porque los efectos de la inscripción se retrotraigan a la presentación, sino porque el primer título presentado deberá despacharse antes).

No se establece la vía judicial a la que deberá acudir en caso de denegación o suspensión. «Las reglas sobre [...] régimen de recursos están basadas en el ámbito de los Registros de la Propiedad y Mercantiles», dice el preámbulo del RRF. Pero esta afirmación coincide muy poco con la realidad. No hay un solo punto del art. 15 RRF que coincida con el régimen de esos Registros, en los que es el propio Registrador el que deniega, y en que no hay presunción alguna deducible de su silencio (porque, según el preámbulo del RD de 16 de septiembre de 1994 la calificación registral, por su naturaleza de jurisdicción voluntaria, queda al margen del procedimiento administrativo; además, la disp. adic. segunda del citado RD —referida a los casos en que no haya resuelto el Director General de los Registros— establece una regla de silencio positivo. frente al silencio negativo que consagra el ap. 2 del art. 15 RRF).

Aunque el Reglamento no establece la jurisdicción competente para revisar las resoluciones denegatorias del Director de los Registros (que pondrán fin a la vía administrativa), en caso de recurso, habrá de ser la civil. Para que pudieran ser objeto de recurso contencioso-administrativo se requeriría, conforme a los arts. 1 LJCA y 9, ap. 2 y 4 LRJAP-PAC, que se diesen en las decisiones estas dos condiciones: 1.º Ser actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo. 2.º No referirse a cuestiones de índole civil. Ninguna de estas condiciones se da en los actos de la función registral: no están sujetos al Derecho administrativo y deciden cuestiones de índole civil. En cuanto a lo primero, la propia Constitución española considera que las normas reguladoras de los Registros constituyen parte integrante de la legislación civil (art. 149, 1, 8.ª). En cuanto a lo segundo, ha escrito TOMÁS Y VALIENTE que «el prolongado proceso de *administrativización* (si se me permite el largo y feo vocablo) del Derecho de Fundaciones no ha transformado la naturaleza jurídica del derecho de fundación. De derecho civil hablamos, cuando del derecho de fundación hablamos» (65). El Auto del Presidente del TSJ de Madrid de 23 de diciembre de 1993 afirma, en este sentido, que «la jurisdicción competente para conocer de dichas resoluciones (66), en las que se aplica el Derecho privado y se realizan funciones registrales, será la jurisdicción civil»; y la STS de 22 de diciembre de 1994 sostiene el mismo criterio. Un Juzgado de primera instancia ha admitido ya, por primera vez, un

(65) F. TOMÁS Y VALIENTE, estudio previo a *Comentarios*, t. I, pág. XXXVI.

(66) Se refiere a resoluciones dictadas en recursos gubernativos interpuestos contra calificaciones de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, pero la generalidad con que se expresa el Auto hace extensible su razonamiento a otras resoluciones de la Dirección

recurso interpuesto contra una resolución de la DGRN en que se confirmaba una nota de calificación de un Registrador. Y en el ámbito del Registro de la Propiedad Intelectual, el art. 139, ap. 2, del RDL 1/1996, de 12 de abril, establece que «contra el acuerdo del Registrador podrán ejercitarse directamente ante la jurisdicción civil las acciones correspondientes».

6. *Inscripción*

La inscripción ha de practicarse, si no median defectos, en el plazo de tres meses a contar desde la presentación del título en el Registro (art. 11, ap. 4, RRF). Si median defectos, y éstos se subsanan, habrá de entenderse, a falta de una norma que lo determine, que comienza un nuevo plazo de tres meses, a contar desde la nueva presentación del título ya subsanado, para examinar si la subsanación se ha hecho correctamente y, en su caso, practicar la inscripción. Como el título ya ha sido calificado por el encargado del Registro, las normas de desarrollo deberían prever para este caso un plazo menor.

El RRF detalla el contenido de las inscripciones, distinguiendo según se trate de la primera o las posteriores, y, en el primer caso, según se trate de fundaciones españolas, delegaciones de fundaciones extranjeras o cargas duraderas de interés general (arts. 8 y 9). La primera inscripción de fundaciones españolas comprenderá:

- a) Número de la hoja informática abierta a la fundación.
- b) Denominación de la fundación.
- c) Fines de interés general que persiga la fundación.
- d) Domicilio.
- e) El nombre, apellidos, edad y estado civil de los fundadores, si son personas físicas, y la denominación o razón social, si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad y el domicilio.
- f) Estos mismos datos de los dotantes, en caso de ser distintos de los fundadores.
- g) Dotación, su valoración y forma y realidad de su aportación.
- h) Estatutos de la fundación.
- i) Identificación de las personas que integran el órgano de gobierno, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.
- j) Notario autorizante de la escritura constitutiva.
- k) Fecha de la autorización de la escritura constitutiva.
- l) Fecha de la inscripción en el Registro.
- m) Identificación y autorización del encargado del Registro.

Los mismos datos, ajustados a las peculiaridades de su estatuto personal, constarán en la primera inscripción del establecimiento en España de una

delegación de una fundación extranjera. En su caso, se inscribirá la dotación prevista para sus actividades en territorio español.

La primera inscripción de la constitución de cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de fines de interés general contendrá una descripción de los fines sujetos al gravámen; los datos personales de los titulares de tales bienes; la especificación de los fines perseguidos, y los demás datos del título y de la inscripción señalados en las letras *j)* a *m)* en la enumeración anterior.

Las inscripciones ulteriores reflejarán los hechos sobrevenidos que afecten a la fundación, a la delegación de fundación extranjera establecida en España o a las cargas duraderas inscritas, con indicación del título, su fecha y autorizante, y se cerrarán con la fecha de la inscripción y la identificación y autorización del encargado del Registro.

7. *Archivo del título inscrito*

Una vez practicada la inscripción, debe incorporarse al archivo el documento que la ha motivado (art. 10, ap. 2, *in fine*). Sobre esta criticable exigencia, *vid.* lo que se dice *supra*, III, 2, b).

8. *Comunicación al Protectorado*

Practicada la inscripción e incorporado el título al archivo, el Registro debe comunicar aquélla, de oficio, al órgano competente del Protectorado. Al no determinarse el contenido de la comunicación, parece que no habrá de hacerse un traslado íntegro de la misma, sino únicamente notificarse el hecho de haberse extendido.

B) DOCUMENTOS CONTABLES

Tratándose de documentos contables, el procedimiento se desarrolla a través de las siguientes fases:

1. *Presentación al Protectorado*

Antes de su aportación al Registro, los documentos contables han de presentarse al Protectorado, dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente. Respecto del informe de auditoria se establece un plazo más

breve de presentación: los tres meses siguientes a su emisión (art. 23, ap. 4, LF).

2. *Control de legalidad*

El Protectorado procede a examinar los documentos contables y a comprobar su adecuación a la normativa vigente (art. 23, ap. 4 LF y arts. 12, ap. 3, RF, que habla de «verificar la adecuación de sus aspectos tanto formales como materiales a la normativa vigente», y 22, ap. 5, g) RF, que habla de «*supervisar* el régimen contable»). La amplitud con que se determina la función del Protectorado en relación con los documentos contables, mueve a considerar que no queda, respecto de ellos, ningún margen de calificación registral. No hay, en el RRF, una norma paralela a la del art. 368, ap. 1, RRM, norma que aplicarán, sin embargo, los Registradores mercantiles cuando se realice el depósito de cuentas por una fundación-empresa.

3. *Depósito por el Protectorado e incorporación por el Registro*

El propio Protectorado —y no los representantes de la fundación— ha de depositar los documentos contables en el Registro de Fundaciones (art. 23, ap. 4, LF). Y el Registro los incorpora de oficio (art. 5, ap. 5, RRF). La incorporación ha de hacerse en un *anexo* como *archivo individualizado* abierto a cada fundación (art. 4, ap. 2, RRF). El término *anexo* tiene gran importancia a efectos de publicidad formal (cfr. art. 12, ap. 1, RF, e *infra*, VII). De forma paralela a como se establece respecto del Registro Mercantil (art. 368, ap. 2, RRM), el RRF establece que en la hoja registral ha de hacerse una «sucinta referencia» al depósito de los documentos contables (art. 4, ap. 2).

4. *Recursos*

Dado que el depósito por el Protectorado y la incorporación por el Registro se producen sucesivamente y sin trámites intermedios, no cabrá recurrir contra la incorporación misma, a la que no precede ninguna decisión administrativa. El único acto administrativo susceptible de ser recurrido será por tanto el control del Protectorado sobre la adecuación de los documentos contables a la normativa vigente. Y, según el art. 35 LF, los actos del Protectorado que pongan fin a la vía administrativa serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

C) LA APLICABILIDAD SUPLETORIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
COMÚN

A diferencia del Reglamento general, que determina las normas que supletoriamente han de regular el procedimiento de actuación del Protectorado (disp. adic. 2.^a), el Reglamento del Registro no establece el régimen supletorio del procedimiento registral. La idéntica naturaleza de la función registral desarrollada en el ámbito del Registro de Fundaciones a la desarrollada en otros Registros de seguridad jurídica, lleva a la conclusión de que no es aplicable el régimen jurídico del procedimiento administrativo. La función registral pertenece a la jurisdicción voluntaria; no tiene naturaleza administrativa. El encargado del Registro de fundaciones resuelve solicitudes que reclaman la aplicación de normas de Derecho privado, como cualquier otra iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria. El preámbulo del RD 1.879/1994, de 16 de septiembre, «por el que se aprueban determinadas procedimentales en materias de Justicia e Interior» afirma que «las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no son actos administrativos, y las decisiones del Departamento en relación con las mismas tienen el carácter de jurisdicción voluntaria, dejando a salvo a los interesados la vía de orden jurisdiccional civil» (67). De la propia Dirección de los Registros —en la que está encuadrada el Registro de Fundaciones— se ha dicho que es «un órgano *formalmente administrativo*, cuyas funciones no se diferencian esencialmente de los que corresponden, en otros escalones, a los órganos judiciales y sus resoluciones» (68).

Ahora bien, los *aspectos puramente administrativos del procedimiento* sí deben considerarse sometidos a la LRJAP-PAC (como afirma el preámbulo al RD antes citado), con las siguientes precisiones que hace PRETEL SERRANO (69):

a) No se trata de aplicación supletoria de las normas administrativas (cfr. la Resolución de 26 de junio de 1986), sino de una aplicación directa, la cual no podrá desvirtuar la naturaleza no administrativa del procedimiento.

(67) Y esta norma, que se extiende —aunque no los nombre— a los Registros de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, y al Registro de Ventas a Plazos, debe extenderse también al Registro de Fundaciones, aunque no esté a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, por la identidad de función.

(68) Preámbulo de Reglamento del Registro Civil, párrafo 11.

(69) J.J. PRETEL SERRANO. «La legislación administrativa y la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Madrid, 1996, pág. 483. Se refiere el autor a los Registros de la Propiedad, Mercantil, y demás dependientes de la Dirección General de los Registros, pero no explícitamente al Registro de Fundaciones —porque al tiempo de escribir su trabajo no se había constituido aún este Registro—, aunque sus afirmaciones pueden extenderse a él.

b) Será posible también una aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo, pero con una supletoriedad de segundo grado: en defecto de las normas especiales de las leyes procesales civiles, en cuanto que estamos en el campo de la jurisdicción voluntaria.

Y cita este autor entre esos aspectos puramente administrativos del procedimiento, la abstención y recusación de la persona que vaya a realizar la propuesta de resolución o que vaya a adoptar la misma (arts. 28 y 29 LRJAP-PAC), la posible utilización de lenguas distintas del castellano en el escrito que se dirija al encargado del Registro (art. 36 LRJAP-PAC), la utilización de los registros de cualquier órgano administrativo o de las oficinas de correos (arts. 38, ap. 4, LRJAP-PAC), la subsanación en el plazo de diez días de las posibles faltas (art. 71 LRJAP-PAC), acumulación (art. 73 LRJAP-PAC), finalización del procedimiento (resolución y posible desistimiento y renuncia) (arts. 89, 90 y 91 LRJAP-PAC).

V. EFICACIA

Los efectos que produce la inscripción en el RF son los siguientes:

1. PUBLICIDAD O CONSTITUCIÓN DE LOS ACTOS INSCRITOS

A pesar de la rotunda afirmación de la Exposición de Motivos de la LF, de que «el Registro de Fundaciones se configura como constitutivo», no es así; precisamente la inoponibilidad de los actos a los terceros de mala fe (art. 37 LF y 13 RRF) demuestra que la regla general es la contraria: inscripción declarativa. Los actos inscribibles existen, al margen del Registro, y el conocimiento que los terceros tengan de ellos impide que puedan alegar el silencio del Registro.

Únicamente tiene carácter constitutivo la inscripción de constitución de la fundación. Según el art. 1 LF, «las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones». El carácter constitutivo supone, pues, la atribución de personalidad. A diferencia de las sociedades capitalistas en formación, la fundación en formación —es decir, en el tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción en el Registro de fundaciones— no tiene personalidad jurídica. Aunque el órgano de gobierno pueda realizar los actos indispensables para la conservación del patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio grave para la fundación, sólo en el momento mismo de la inscripción se produce la asunción automática por la

fundación de esos actos realizados en favor suyo (art. 11 LF). Tampoco la fundación irregular —la no inscrita después de cierto plazo— tiene personalidad jurídica (70); aunque la responsabilidad de los actos realizados a su favor recae, en primer lugar, en el patrimonio fundacional (art. 11, *in fine*), este patrimonio —afectado a un fin (71)— no pertenece a la fundación, sino a los fundadores o dotantes.

¿Cuándo se convierte en irregular la fundación no inscrita? Una cuestión de tanta importancia, pues determina el comienzo de la responsabilidad ilimitada de los patronos, queda sin precisar por la ley. Según el régimen de la figura paralela de la sociedad irregular, ésta comienza a ser tal una vez «verificada la voluntad de no inscribir y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado la inscripción» (art. 16 LSA y 11 LSRL). El inciso final del art. 11 LF se limita a hablar del «supuesto de no inscripción», sin señalar un término inicial. No existe por tanto, en el caso de fundaciones, una modalidad de *irregularidad automática*, pero tampoco se da a entender que exista una modalidad de *irregularidad querida*. Ni se habla de *voluntad* ni se habla de *tiempo* (72).

Sin embargo, puede afirmarse que existe fundación irregular en tres casos:

a) Cuando, por un lado, ha transcurrido el plazo para inscribir (tres meses desde la adopción del acuerdo de constitución —si ésta ha tenido lugar por acto entre vivos— o desde la protocolización del testamento ológrafo o cerrado; o un año a partir de la muerte del testador, si la constitución ha tenido lugar por testamento abierto [art. 6 RRF]), y, por otro, ha empezado el órgano de gobierno a realizar actos que vayan más allá de los indispensables para la conservación del patrimonio y de los urgentes que traten de evitar un perjuicio para la fundación.

b) Cuando se haya suspendido la inscripción en el Registro de fundaciones, y los patronos no hayan subsanado el defecto o recurrido contra la ca-

(70) La opinión de que la fundación irregular no tiene personalidad jurídica es general en la doctrina; vid J. CAFFARENA, com. al art. 11 en *Comentarios*, pág. 101, y FERRER I RIBA, «El procés constitutiu d'una fundació en la Llei de 3 de març de 1982 de fundacions privades catalanes», *RJC*, 1984, pág. 92.

(71) DE CASTRO señala, como un supuesto de *patrimonio afectado a un fin*, «la destinatio atque vinculatio de unos bienes para una fundación de interés público; acto pre-fundacional que liga los bienes mientras la fundación no llega a ser persona jurídica» (*Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 61).

(72) No obstante, existe un plazo, el de vigencia de certificado de denominación, que es de seis meses (art. 14, ap. 3, RRF), y que —haciendo un razonamiento paralelo al del art. 16 LSA—, podría considerarse el determinante de la irregularidad. Porque el plazo de un año que establece este artículo es el de vigencia de la certificación (art. 412 RRM) menos el tiempo de que puede disponerse de la certificación para otorgar la escritura.

lificación; y cuando se haya denegado la inscripción y los patronos no hayan recurrido. Aunque se ha sostenido que para este último supuesto debería adoptarse un régimen distinto (73), lo cierto es que el art. 11 LF no distingue, y tanto en el casos de inscripción no solicitada, como en los de inscripción suspendida o denegada, se trata de «supuestos de no inscripción» (art. 11 *in fine*), y por tanto a todos ellos deberá aplicarse el régimen de responsabilidad señalado en ese artículo.

A pesar de la falta de personalidad de la fundación irregular, los negocios celebrados en nombre de ella serán válidos. Y es evidente que los patronos no pueden invocar en su beneficio la falta de inscripción (74).

La inscripción de los demás actos —aumento y disminución de la dotación, nombramiento y cese de representantes, modificación de los estatutos, fusión con otra fundación, etc.— tiene carácter declarativo. El efecto de la inscripción declarativa es su plena oponibilidad. Inscritos aquellos actos, afectarán a todo tercero, los conozca o no.

Entre esos actos cuya inscripción es declarativa hay que incluir también la fusión, a pesar de su analogía con la constitución cuando la fusión dé lugar a una fundación nueva (es decir, cuando no se trate de una absorción). Tratándose de sociedades mercantiles capitalistas, la inscripción de la fusión tiene carácter constitutivo (arts. 245 LSA y 94 LSRL), pero la LF no lo establece así.

2. INOPONIBILIDAD Y OPONIBILIDAD

«Los actos sujetos a inscripción en el Registro de Fundaciones y no inscritos no perjudicarán a terceros de buena fe» (art. 36, ap. 1, LF y 13 RRF). La buena fe supone el desconocimiento de los actos no inscritos. Se presume la buena fe (según los preceptos citados).

¿Quiénes son los terceros en relación con el Registro de fundaciones? Es indudable que no se trata de los destinatarios de los fines fundacionales —para los que no tiene ningún interés la consulta al Registro—. La cuestión ha de relacionarse con la naturaleza del Registro como *Registro de responsabilidad*: terceros serán las personas que pretendan contratar con la fundación, y necesiten conocer el patrimonio fundacional y las personas —patronos, delegados, apoderados— que puedan vincularlo contractualmente.

(73) A. REAL PÉREZ. «Las fundaciones en proceso de formación», *DPC*, núm. 9, mayo-agosto de 1996, págs 268 y 270.

(74) No lo dice expresamente la LF ni el RRF, a diferencia de algunas normas autonómicas sobre el Registro de Fundaciones (art. 7, ap. 1 del Decreto 140/1985 de la Comunidad de Aragón y art. 6 de la Orden de 21 de julio de 1989 de la Comunidad de Castilla y León).

Aunque la LF sólo proclama la inoponibilidad, ésta presupone la oponibilidad de lo inscrito. Es frecuente que las normas registrales establezcan sólo la inoponibilidad —art. 32 LH, en relación con el Registro de la Propiedad; 21, ap. 1, CCom, en relación con el Registro mercantil—, que es sólo el reverso de la oponibilidad. La oponibilidad es, no ya un efecto, sino la función misma de la publicidad. De la propia naturaleza de los Registros de seguridad jurídica deriva la oponibilidad, que no existe, sin embargo, en los Registros de información administrativa.

Como ha escrito AMORÓS GUARDIOLA, la formulación meramente negativa de la inoponibilidad postula, como un complemento de ella, la otra afirmación, de carácter positivo: sólo lo inscrito afecta a terceros o produce efectos frente a ellos. «Ambas formulaciones —añade— serían así manifestaciones de un principio general, según el cual lo inscrito afecta al tercero y lo no inscrito no le perjudica. Principio que se apoya en la propia naturaleza de la publicidad registral» (75). En la doctrina francesa ha dicho, muy expresivamente, M. DAGOT, que la oponibilidad, como el dios Jano, tiene dos rostros: según por el lado por el que se mire se contemplará la oponibilidad o la inoponibilidad (76).

3. PRESUNCIÓN DE EXACTITUD Y VALIDEZ

La oponibilidad tiene que ir unida, necesariamente, en los Registros de seguridad jurídica, a una presunción de exactitud. Si lo que el Registro publica es oponible a los terceros, es porque el contenido del Registro tiene garantía de autenticidad. Y esta garantía de autenticidad proviene de los dos principios que constituyen el fundamento de todos los Registros de seguridad jurídica, y sin los cuales —sin cualquiera de ellos— la eficacia del Registro carecería de base, carecería de fundamento (77). Como en el Registro de fundaciones existe calificación de fondo y forma (art. 11 RRF) y existe tracto sucesivo (cfr. la alusión a los «obstáculos que surjan del Registro», a que se refiere el art. 11, ap. 2, RRF) no puede negarse, a pesar de que carezca de una expresa formulación legal, que existe una presunción de exactitud de lo pu-

(75) M. AMORÓS GUARDIOLA, com. al art. 606 en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, EDESA, Madrid, 1980, pág. 281.

(76) M. DAGOT, *La publicité foncière*, París, 1981, pág. 142.

(77) Sobre el carácter de la legitimación y el tracto como principios-fundamento, frente a la idea tradicional que los viene considerando como simples principios-requisito de la inscripción, puede verse A. PAU PEDRÓN, «Teoría de los principios hipotecarios», en Ciclo de conferencias en conmemoración del cincuentenario de la Ley hipotecaria, en prensa.

blicado (78). Algunas normas autonómicas reguladoras de Registros de fundaciones, con más acierto que el legislador estatal, han formulado, junto a la regla de inoponibilidad, la presunción de exactitud: cfr., por ej., arts. 6 y 9 de la O de 21 de julio de 1989 de la CA de Castilla y León.

Como sucede, en general, en el ámbito de los Registros jurídicos, la presunción de exactitud ha de entenderse *sin perjuicio* de las demás presunciones de exactitud que se establecen respecto de los otros Registros. Es decir: es necesario deslindar *cada presunción de exactitud* —atendiendo al objeto propio de cada Registro— para que no existan superposiciones, y con ellas, discordancias que perjudiquen a los terceros. Tratándose de Registros personales (Registro Mercantil, Registro de Cooperativas), la presunción de exactitud (art. 20, ap. 1 y 2 CCom y arts. 1 y 8 RRM; art. 18, ap. 2 y 6 LGC) ha de entenderse limitada por la presunción de exactitud que rige respecto de los Registros patrimoniales; y lo mismo sucede en el Registro de Fundaciones —que es también un Registro personal—.

El ámbito de exactitud del Registro de Fundaciones se extiende a todo su contenido —cfr. art. 3 RRF—; pero, respecto de los bienes concretos que integran su patrimonio, habrá de estarse a lo que determine el Registro de la Propiedad (79). El tercero que adquiriera un bien de una fundación sólo está protegido en los términos que establecen los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, y no podrá invocar la exactitud del Registro de Fundaciones, salvo en aquellas cuestiones que se refieran a la fundación misma, como la vigencia de las facultades de sus representantes. Lo mismo puede decirse del tercero que haya obtenido una providencia de embargo que deba hacerse efectiva sobre bienes de una fundación. Ahora bien: como la dotación fundacional es un elemento esencial del contenido del Registro de Fundaciones (cfr. art. 18 LF y 3 c] RRF), toda inexactitud respecto de la misma llevará consigo la responsabilidad del patronato que haya incumplido la obligación («*deberá figurar* como titular de todos los bienes que integren su patrimonio [...] en el Registro de Fundaciones», art. 18 LF) de llevar al Registro, en el plazo que marca el RRF (art. 6), los títulos que contengan los cambios reales.

(78) La falta de una expresa declaración legal hace que esta presunción no deba entenderse en el sentido del art. 1.251 CC, sino como una deducción del carácter oficial y público del Registro de fundaciones, de un lado, y de la existencia de calificación y tracto, de otro.

(79) En este sentido debía interpretarse, a pesar de la generalidad con que se expresaba, el art. 73, ap. 2, del D de 21 de julio de 1972. «En caso de discordancia entre el Registro de Fundaciones Culturales Privadas y el Registro de la Propiedad, prevalecerán los asientos de este último»

VI. CONOCIMIENTO

Frente a la declaración terminante del art. 36, ap. 4, LF, de que «el Registro de Fundaciones es público», el Reglamento, excediéndose de sus facultades, limita, por un lado, la publicidad, y la extiende por otro:

a) Circumscribe esa publicidad a quienes tengan «interés legítimo en conocer su contenido» (art. 12, ap. 12, ap. 1). Aunque, según el Reglamento «el interés se presume por el solo hecho de solicitar la publicidad», debe tenerse en cuenta que ésta presunción admite la prueba en contrario (vid. art. 1.251 CC), lo que contraría la apertura al público, sin restricciones, que establece la Ley de Fundaciones.

Por interés legítimo habrá de entenderse interés negocial. Sólo los terceros que pretendan realizar un acto o negocio jurídico en relación con la fundación tendrán acceso al mismo. La curiosidad, la publicidad comercial, la publicidad informativa u otros motivos o intereses no pueden considerarse incluidos en el *interés legítimo* exigido por el Reglamento.

La existencia de una presunción de interés a favor del consultante impide que, en caso de duda o sospecha, pueda el Registro preguntarle sobre la naturaleza de su interés. Las presunciones sólo pueden destruirse por la prueba en contrario: el Registro ha de probar el interés no legítimo —no negocial— del consultante.

b) Extiende la publicidad a los documentos contables. Mientras la Ley de Fundaciones prevé únicamente que los asientos del Registro puedan ser conocidos al público (art. 36, ap. 4), el Reglamento extiende la publicidad al *anexo*, y por tanto a los documentos contables (vid. art 4, ap. 2). Sin embargo, a continuación, al transcribir el art. 36, ap. 4, inciso segundo de la Ley en el ap. 2 de su art. 12, traslada la contradicción a su propio texto: si sólo se pueden expedir certificaciones y notas respecto de los asientos; ¿cómo se realiza la publicidad formal de los documentos contables depositados?

Esa doble antinomia sólo puede resolverse en el sentido de considerar, primero, que los documentos contables son *también* accesibles al público; y, segundo, que la publicidad de los mismos puede hacerse, *también*, a través de certificación o nota —porque no existen otros medios—.

Tanto de la Ley como del Reglamento se desprende el carácter absolutamente reservado del archivo (y se desprenden no sólo de los arts. 36, ap. 4, LF y 12, ap. 2, RRF, sino de la ausencia de una norma expresa semejante a la del art. 342 RH). Este criterio es acertado en relación con las escrituras inscritas, porque, de darse publicidad de ellas a través del Registro, se crearía una duplicidad —escritura e inscripción— que, en caso de discordancia, sería perturbadora para los terceros; y también es acertado respecto de los actos de enajenación o gravamen, que podrían crear confusión con la publicidad de la hoja registral sobre la dotación (art. 3, c) RRF).

Por tanto, los dos medios reconocidos de publicidad —certificación y nota— son utilizables tanto para dar a conocer los asientos registrales como los documentos contables. La diferencia entre uno y otro medio reside en que «sólo las certificaciones tendrán la consideración de documentos públicos» (art. 12, ap. 3 RRF). El RRF regula con detalle una certificación de especial importancia: el llamado «certificado de denominación». Las normas reglamentarias que lo regulan se han expuesto al tratar del procedimiento registral.

Me parece necesario insistir en que la publicidad del Registro de fundaciones no se puede equiparar a la mera accesibilidad que caracteriza los Archivos y Registros administrativos (80). Además —y a diferencia de los Registros administrativos— el Registro de fundaciones no sólo es público, sino que está dotado de publicidad material negativa, que se traduce en una presunción de desconocimiento de lo no inscrito. Y aunque la legislación estatal de fundaciones no llegue a establecer la publicidad material positiva u oponibilidad de lo inscrito —a diferencia de algunas regulaciones autonómicas sobre el Registro de fundaciones, que sí lo establecen—, es indudable, como se ha dicho (*supra*, V, 2), que rige también en ella, porque se trata, en realidad, de un único principio que puede formularse de forma negativa o positiva. Es una prueba más de que los Registros de fundaciones, en general, parten de una «apertura» a la sociedad muy distinta de la mera accesibilidad de los Registros administrativos; no sólo son públicos, sino que, como llega a decir una regulación autonómica, su contenido «se presume conocido por todos» (art. 7 del Decreto 140/1985, de 6 de noviembre, de la CA de Aragón). La fórmula, técnicamente, es inaceptable, pero revela, en un punto más, la distancia que media entre el Registro de Fundaciones y los Registros administrativos.

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad. Notario
Abogado del Estado

(80) Sobre las profundas diferencias de extensión, fundamento y finalidad entre publicidad de los Registros de seguridad jurídica y accesibilidad a Registros de información administrativa, puede verse mi *Curso de práctica registral*, pág. 21. Podría también cotejarse la muy elaborada doctrina sobre la publicidad formal del Registro de la Propiedad —por citar el Registro de seguridad jurídica más característico, y más estudiado por la doctrina— y la doctrina administrativa sobre la *accesibilidad*, fundamentalmente CASTELLS ARTECHE, «El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública», *RVAP*, núm 10, 1984, MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid, 1993, y POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, 1989.

Limitaciones del dominio derivadas de la legislación especial. En particular su régimen de publicidad registral

SUMARIO I. PRIMERA PARTE: LIMITACIONES DEL DOMINIO DERIVADAS DE LA LEGISLACION ESPECIAL. A) EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD. B) LIMITACIONES GENÉRICAS O INSTITUCIONALES DEL DOMINIO. C) LIMITACIONES ESPECÍFICAS IMPUESTAS POR LA LEGISLACIÓN ESPECIAL: 1. *Distinción entre límites y limitaciones del dominio*. 2. *Clasificación de las limitaciones*. a) Por su origen. b) Por su fin. c) Por la parte del dominio a que afectan. 3. *Categorías en que se subdividen*: a) Limitaciones administrativas de la propiedad en sentido estricto. b) Las servidumbres administrativas c) Los deberes fucionales. d) Otras categorías 4. *El contenido esencial del dominio*. 5. *Indemnizabilidad de las limitaciones del dominio. Sus diferencias con la expropiación forzosa*. a) El criterio de la singularidad. b) El criterio del beneficio. 6. *Inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de las limitaciones legales del dominio*. 7. *Especial referencia a la publicidad registral de las limitaciones del dominio de tipo urbanístico Aspectos generales de la cuestión* a) La tensión publicidad urbanístico-administrativa *versus* publicidad registral en los Tribunales de lo contencioso-administrativo b) La tensión publicidad urbanístico-administrativa *versus* publicidad registral en los Tribunales de lo civil—II. SEGUNDA PARTE: LAS LIMITACIONES DEL DOMINIO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO. EXAMEN ESPECIAL DE LAS QUE TIENEN SU ORIGEN EN LA PROXIMIDAD A LOS BIENES DE DOMINIO PUBLICO ESTATAL: A) DISTINCIÓN ENTRE LIMITACIONES DEL DOMINIO Y SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS. B) LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEY DE COSTAS DE 28 DE JULIO DE 1988: 1. *Servidumbre de protección*. 2. *Servidumbre de tránsito*. 3. *Servidumbre de acceso al mar*. 4. *Zona de influencia* 5. *Régimen especial de suspensión de los Acuerdos que infrinjan las limitaciones del dominio y servidumbres establecidas por la Ley de Costas*. C) LAS LIMITACIONES REFERIDAS AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO: 1. *Servidumbres administrativas*. 2. *Servidumbres civiles* D) LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEY DE NAVEGACIÓN AÉREA DE 21 DE JULIO DE 1960. E) LAS LIMITACIONES AFECTANTES A LOS TERRENOS COLINDANTES CON LAS VÍAS FERROVIARIAS. 1. *Extensión*. 2. *Contenido* F) LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEY DE CARRETERAS DE 29 DE JULIO DE 1988: 1. *Extensión*. 2. *Contenido*. G) LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEY DE ZONAS E INSTALACIONES DE INTERES PARA LA DEFENSA NACIONAL DE 12 DE MARZO DE 1975. A) *Zonas de interés para la Defensa Nacional* B) *Zonas de seguridad*

I. PRIMERA PARTE: LIMITACIONES DEL DOMINIO DERIVADAS DE LA LEGISLACION ESPECIAL

A) EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La definición del derecho de propiedad siempre ha incluido una referencia a sus límites, pero de ser considerados éstos una excepción a la plenitud de potestades contenidas en el dominio, han pasado a ser el principal elemento configurador del derecho (PUIG BRUTAU).

En efecto, en la concepción antigua y romanista de la propiedad se consideraban las limitaciones del dominio como anomalías raras e insólitas de un derecho por naturaleza absoluto (CASTÁN). Se entendía que el derecho de propiedad atribuía facultades ilimitadas sobre su objeto, que sólo eran restringidos mediante las contrapuestas facultades atribuidas a terceros. Esta idea se revalida en el período de la Revolución francesa de 1789. Así el legislador revolucionario de 1789 muestra una clara adhesión al derecho de propiedad. Como señala BURDEAU, la Declaración de Derechos del Hombre lo coloca entre los derechos naturales, y es el único que declara inviolable y sagrado. Pero, además de enunciar el derecho de propiedad, la Declaración de Derechos del Hombre lo garantizó mediante una sanción eficaz. Dice, en efecto, su artículo 17, que «siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, ninguno puede ser privado de ella, a no ser que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija, evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización».

Estas formulaciones encierran entre sus fuentes de inspiración la doctrina construida por la escuela del Derecho natural, y posteriormente por los fisiócratas para quienes la propiedad era un elemento universal y permanente del orden natural, porque es a la vez conforme con el instinto del hombre y necesario para el equilibrio social. Más tarde, esta tesis fue alimentada por la teoría del contrato social (ROUSSEAU), que añade al carácter natural del derecho de propiedad su valor de derecho absoluto.

Esta concepción individualista y absoluta del derecho de propiedad pasa al Código Civil napoleónico de 1804, admitiendo las limitaciones al mismo como algo excepcional. Su artículo 544 dice que «la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la *manera más absoluta*, siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o los reglamentos». Esta concepción tiende a perdurar en el tiempo, y así el Código Civil alemán que entró en vigor casi un siglo más tarde (1 de enero de 1900), dispone en su parágrafo 903: «El propietario de una cosa, en tanto que la ley o los derechos de terceros no se opongan, puede proceder con ella según su voluntad y excluir toda intromisión de los demás». Todavía más tarde, el Código Civil italiano de 1942 mantiene la misma idea al declarar: «El

propietario tiene el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de un *modo pleno y exclusivo*, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el Ordenamiento Jurídico» (art. 832). SALVATORE DI MARZO observa cómo este precepto no difiere sustancialmente del artículo 436 del Código Civil italiano derogado, que se limitaba a reproducir el artículo 544 del Código Civil francés, que a su vez no hacía otra cosa que repetir la definición del postglosador BARTOLO: «*dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat*», que como se advierte es la propia definición de nuestro Código, que en su artículo 348 dice: «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Así pues, ha habido —tras más de un siglo de estudios jurídicos— muy escasa evolución en la regulación legislativa del derecho de propiedad.

Sin embargo, antes de que concluyera el siglo XIX, GIERKE ya había reaccionado contra las definiciones del derecho de propiedad de carácter unitario que pretendían tener validez para toda clase de objetos: «Que un pedazo de nuestro planeta —decía refiriéndose a la propiedad inmobiliaria— pueda pertenecer a un solo hombre como si se tratara de un paraguas o de un billete de florín, es un contrasentido que ofende a la cultura».

Esta idea de modalizar el contenido del derecho de propiedad según su objeto e imponerle límites en ciertos casos, ya aparece con fuerza en los textos constitucionales contemporáneos que mantienen la propiedad como uno de los fundamentos del orden social, pero ya no confiere más que prerrogativas limitadas. Es un derecho mediatizado por el interés general de la comunidad, que priva a aquél de su fundamento individualista.

La Constitución alemana (1949) enuncia esta concepción en términos concluyentes, al decir que «Propiedad obliga. El uso de la propiedad debe contribuir al mismo tiempo al bien de la colectividad». Igual idea late en el artículo 42 de la Constitución italiana: «la propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley que determina sus modalidades de adquisición, de disfrute, así como los límites, a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos».

Nuestra Constitución de 1978 responde a esta misma evolución. Así su artículo 33, tras reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia, declara que «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes». Esta proclamación de que la función social delimita su contenido con arreglo a las leyes, sirve para dar cobijo, por su amplitud y flexibilidad, a todas las formas de limitaciones y vinculaciones positivas de la titularidad dominical impuestas en las leyes especiales o administrativas, que en su conjunto integran lo que se ha denominado el «régimen administrativo de la propiedad privada», y que se integra por diversos instrumentos o técnicas, ya se trate de limitaciones administrativas de la propiedad propia-

mente dichas, ya de servidumbres administrativas, ya de deberes funcionales o prestaciones obligatorias *in natura*.

B) LIMITACIONES GENÉRICAS O INSTITUCIONALES DEL DOMINIO

Pero es que, además de las limitaciones impuestas por las leyes especiales, hoy se admite comúnmente que la propiedad está sometida a *diversas limitaciones genéricas* o institucionales derivadas de su misma naturaleza, pues, en la concepción moderna, el dominio no responde al exclusivo interés de su titular, sino que está llamada a cumplir un fin racional y la función social que le sea propia por razón de su objeto. De entre estas limitaciones genéricas hay unas de *naturaleza positiva*, que afectan al ejercicio del dominio, y otras de naturaleza negativa, que afectan a la facultad de excluir.

a) En cuanto a las primeras destacan la proscripción del abuso del derecho y de los actos de emulación, en virtud de los cuales se han de considerar ilícitos los actos que impliquen un ejercicio del derecho de propiedad anormal o contrarios a los fines económicos o sociales del mismo, o aquéllos que obedezcan tan sólo al deseo de dañar, sin verdadero interés para el propietario (actos de emulación). La jurisprudencia, especialmente la francesa, hace interesantes aplicaciones de la teoría del abuso del derecho en materia de propiedad. Recogiéndola entre nosotros, IGNACIO DE CASSO cita los siguientes actos del propietario que fueron reputados como manifiestos abusos jurídicos:

- agotar a bomba y con carácter constante el agua de un pozo existente en su predio no para utilizarla, sino para verterla en una ribera con el solo intento de privar de ella a su vecino;
- levantar sobre un edificio una falsa chimenea para quitar vistas al predio contiguo (famosa Sentencia del Tribunal de Colmer de 2 de mayo de 1855);
- construir una alta cubierta innecesaria en un edificio y pintarla de negro para oscurecer la casa contigua (caso de Sedán, Sentencia de 17 de diciembre de 1901);
- producir ruido en su terreno, contiguo a un coto de caza, para espantar ésta.

En otros países del Continente se manifestó la misma orientación de la jurisprudencia. Por el contrario, en Inglaterra, todavía en 1895, en la sentencia dictada en el caso «Mayor of Bradfor v. Pickler», la Cámara de los Lores declaró que un vecino perjudicado no puede oponer que el otro ejercitó su derecho maliciosamente.

Sin embargo, más modernamente y al menos en *América*, la limitación en el ejercicio del derecho parece imponerse: la sentencia dictada en el Estado

de Nebraska en el caso «Dunbar v. O'Brien» —1958— contiene esta declaración: «Contrariamente a una mayoría de opiniones anteriores de los Tribunales, el moderno punto de vista, fundado en la razón y la justicia, afirma que el dueño de los bienes no tiene permitido usar su derecho con la única finalidad de perjudicar maliciosamente a su vecino».

En la actualidad esta limitación del dominio está positivada en nuestro Derecho tras la reforma del Título preliminar del Código Civil de 1973, disponiendo el artículo 7 número 2 del Código Civil que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

b) En cuanto a las limitaciones de la facultad de excluir, se traducen en la atribución de ciertos derechos a los extraños, aún sin constituir verdaderas servidumbres y que, al margen de los supuestos de estado de necesidad, se refieren básicamente al denominado *ius usus inocui*, que ya aparecía formulado en el Derecho Romano como un principio de equidad: «*quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur*», que COVARRUBIAS formulaba diciendo: «cada uno puede hacer en el fundo de otro lo que a él aproveche y no daña al fundo. Son manifestaciones consuetudinarias del mismo: el espiguelo o facultad de recoger los sobrantes de cosechas abandonadas por el propietario, pasear por el monte, coger setas, beber en sus aguas, etc. El Código Civil es frecuente entender que atribuye al propietario en los artículos 348 y 349 la facultad de prohibir el uso inocuo, el cual si se da es, por tanto, por mera tolerancia. Pero en la actualidad entienden los autores (DÍEZ-PICAZO) que no será admisible la intolerancia que constituya un ejercicio antisocial del derecho de propiedad (*ex art. 7 del Código Civil*).

C) LIMITACIONES ESPECÍFICAS IMPUESTAS POR LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

Entrando propiamente en el campo de las limitaciones específicas impuestas por la legislación especial, es preciso abordar diversas cuestiones generales que suscitan el conjunto de tales limitaciones, a saber: la distinción entre los «límites» y las «limitaciones» del dominio, la clasificación de las limitaciones y las diferentes categorías en que se subdividen; el concepto del «contenido esencial» del dominio como límite o frontera máxima de las limitaciones administrativas del dominio; la indemnizabilidad o no de las citadas limitaciones y las correlativas diferencias entre limitación y expropiación; y, por último, la inscribibilidad registral o no inscribibilidad de las reiteradas limitaciones.

1. *Distinción entre límites y limitaciones del dominio*

Ya en el siglo pasado GIERKE en la doctrina alemana adelantaba la conveniencia de distinguir entre límites o confines, y limitaciones *strictu sensu* —o comprensión, ablación o mutilación— del derecho de propiedad. Los límites señalan el punto normal hasta donde llega el poder del propietario, o sea, el régimen ordinario de restricciones a que está sujeto el poder del *dominus*. Estos «límites» o confines de la propiedad determinan concretamente el ámbito de las facultades de su titular, y vienen a permitir el cumplimiento de la función social a que está llamado el derecho. Por el contrario, las «limitaciones» reducen en casos singulares el poder que normalmente —dentro de los límites— tiene el propietario sobre la cosa.

La distinción es importante porque los límites, por referirse al régimen normal de la propiedad, existen sin necesidad de un acto especial que los establezca en cada caso, y por ello las prohibiciones legales y las servidumbres de origen legal, en principio, no necesitan estar inscritas para perjudicar a terceros. Así, cuando el artículo 26 de la Ley Hipotecaria se refiere a las prohibiciones de disponer o enajenar, afirma en su norma 1.ª que «las establecidas por la ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio». Es decir, producirán sus efectos sin necesidad de publicidad registral por tratarse de los límites normales de la propiedad. Por la misma razón, el artículo 37 número 3 de la LH indica que las acciones de retracto legal se darán incluso contra tercero que haya inscrito el título de su derecho.

Por el contrario, las limitaciones han de quedar establecidas mediante un acto especial de constitución referido a una cosa determinada, y sólo puede perjudicar a tercero si han sido objeto de la correspondiente publicidad, y su existencia ha de ser objeto de prueba en cada caso, porque la propiedad se presume libre.

No obstante esta disposición, algunos autores (PUIG BRUTAU, PEÑA), con referencia a la propiedad inmueble urbana, entienden que las disposiciones que establecen límites legales son tan variadas y cambiantes que pueden ser calificadas de limitaciones, a pesar de tener su origen en disposiciones legales de carácter general.

2. *Clasificación de las limitaciones*

Existen diversos criterios de clasificación de las limitaciones del dominio:

- a) Por su *origen*, pueden distinguirse las limitaciones legales —o impuestas por la ley— y las voluntarias. Sólo a las primeras, por razón del objeto de la ponencia, nos hemos de referir.

- b) Por el *fin* que persiguen se subdividen, las impuestas por la ley, en limitaciones de interés público —de carácter predominantemente administrativo— y las de interés privado —de carácter civil, establecidas principalmente, por razón de la vecindad de los fundos son las clásicas servidumbres de medianería, de luces y vistas, de desagüe de edificios, etc.—. Estas últimas, por venir establecidas en el Código Civil y no por la legislación especial, serán preteridas en esta ponencia.
- c) Por último, *por la parte del dominio a que afectan* pueden distinguirse las restricciones que hacen relación a la totalidad del dominio, y las que sólo tocan a alguna de sus facultades, como la de gozar o disponer (en este último grupo destacan de forma muy importante los tanteos y retractos legales).

3. *Categorías en que se subdividen*

Las tres categorías fundamentales en que se agrupan las limitaciones dominicales son: 1) las limitaciones administrativas de la propiedad en sentido estricto; 2) las servidumbres administrativas, y 3) los deberes funcionales.

Habiendo quedado expuesto ya el concepto y principales características de las limitaciones en sentido estricto, diremos que la categoría de las *servidumbres administrativas* constituye una de las técnicas de intervención de la Administración en la propiedad privada, cuya sistematización y perfecta distinción no resulta fácil de determinar.

La terminología legal (GARCÍA DE ENTERRÍA) es confusa, ya que en ocasiones se denomina expresamente como servidumbre lo que no lo es propiamente, y en otras ocasiones sucede lo contrario.

En síntesis, cabe afirmar que la servidumbre administrativa supone una atribución de facultades a la Administración (o a quien trae causa de ella, como un concesionario), pero respetando la titularidad privada. En cuanto a sus elementos siempre tiene que existir un predio sirviente, a cuyo propietario se priva de parte del goce de la finca. Sin embargo, no es imprescindible la existencia de un predio dominante. Así sucede no en el caso de las servidumbres reales, sino personales: el sujeto activo se determina *no* en relación con un predio, sino en atención a una persona o colectividad. Este es el caso, por ejemplo, de las servidumbres de protección costera, no pudiendo considerarse el mar como predio dominante, sino la Administración como sujeto activo de la servidumbre en cuanto ejecutora del servicio público de vigilancia del litoral.

Otro ejemplo curioso es el de las *calles privadas*. Cuando las urbanizaciones son ejecutadas por empresas privadas, se plantea el problema de la titu-

laridad de las calles que se abren al público. Los Ayuntamientos suelen rechazar su naturaleza pública para evitarse los gastos de su conservación y mantenimiento. En estos casos se justifica el uso público de tales calles entendiendo que sobre ellas pesa una servidumbre administrativa personal a favor de la comunidad, resultante de su afectación a los fines y condiciones previstos en el Plan Parcial correspondiente.

En cuanto a los *deberes funcionales* del propietario, esta categoría está íntimamente vinculada a la teoría de la función social de la propiedad. A ello se refirió en la doctrina francesa HAURIOU, al decir —quizá con un punto de exageración— que «el propietario de nuestro tiempo deja de ser un soberano para convertirse en un servidor de la sociedad, casi en un funcionario, cuya especial retribución vendría a ser el derecho a disfrutar las rentas de la cosa».

Estos deberes son de muy variada índole: tributarios, de mera información o notificación a la Administración para que ésta desarrolle sus técnicas de control por medio de autorizaciones o licencias, o de cumplimiento de deberes positivos: cesión obligatoria de suelo, urbanización, edificación de solares, mejoras de fincas rústicas, transformaciones de secano a regadíos, reconversión de cultivos, repoblación obligatoria de montes, y un largo etcétera.

Para *garantizar* el cumplimiento de estos deberes se utilizan diversos recursos que van desde la imposición de sanciones pecuniarias, pasando por la ejecución forzosa y por sustitución (por ejemplo, en la Ley de Montes se prevé que si se ordena a un propietario la repoblación de un monte y éste no la realiza, puede hacerlo directamente la Administración), hasta llegar a la expropiación forzosa. Esta es la llamada «expropiación-sanción» o expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, regulada en los artículos 71 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa. Importantes aplicaciones de esta sanción se contienen en la Ley del Suelo. En concreto el artículo 207 dice: «la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad se aplicará: a) Por inobservancia de los plazos establecidos para la urbanización de los terrenos y su edificación o, en general, de los deberes básicos establecidos en esta ley, cuando no se opte por la aplicación del régimen de venta forzosa; b) en los supuestos de parcelación ilegal en suelo urbanizable no programado o no urbanizable, en cuyo caso se deducirá del justiprecio el importe de la multa que se imponga».

Consecuencia de alguno de estos deberes positivos es el imponer al dueño en caso de incumplimiento no ya una sanción, sino un régimen de *responsabilidad por razón del dominio*, que tiene lugar cuando el dominio se ejerce con perjuicio de tercero y omisión de la diligencia debida. La relación entre la imposición de deberes positivos de ejecución y la correlativa responsabilidad en caso de incumplimiento se ve claro en los preceptos que nuestro Código Civil dicta en materia de edificios ruinosos y árboles que amenazan

caerse. Así, dispone que si un edificio o cualquier otra construcción amenazare ruina, el propietario está obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Caso de no realizarlo, la autoridad puede hacer la demolición a costa del mismo (art. 389 del Código Civil).

El Tribunal Supremo ha extendido la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo a otros supuestos variados como los siguientes: propiedad de unas instalaciones industriales defectuosas (Sentencia 14 de mayo de 1963); otro caso de daños producidos por gases nocivos desprendidos de la industria de la sociedad demandada (Sentencia 30 de octubre de 1963). En este último caso, se argumenta por el Tribunal la obligación de indemnizar el daño causado como una forma de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil.

Algún autor, como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, segrega del concepto de las limitaciones del dominio lo que denomina como «*modificaciones singulares del contenido ordinario*» del derecho de propiedad, entendiendo que se producen, entre otros supuestos, por el sometimiento del contenido del dominio a un estatuto distinto que puede presentar carácter típico o estandarizado (caso de las VPO o de las fincas adjudicadas por el IRYDA).

Por último, hay que citar las diversas *formas de prestaciones «in natura»* no identificables con la expropiación forzosa, como la ocupación temporal (toma de posesión de ciertos terrenos de propiedad particular por la Administración durante cierto tiempo y para sus obras o servicios) y la requisa que viene a ser una suerte de expropiación forzosa «sumarísima» —incautación por la autoridad militar de bienes de propiedad privada para las necesidades de guerra o movilización—.

Cabe concluir con la cita de las diversas formas de *transferencias coactivas*, como las permutas forzosas y muy especialmente la expropiación forzosa.

4. *El contenido esencial del dominio*

Ante la situación actual de «legislación motorizada» que vivimos —en expresión feliz del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA— que ha determinado, entre otras cosas, una enorme proliferación de las diversas limitaciones legales del dominio, lo que cabe plantearse es hasta dónde pueden llegar tales limitaciones, o en otros términos cuál es el contenido esencial de la propiedad privada que como último reducto no puede quedar sujeto a restricciones, sin llegar a desnaturalizar el propio concepto de dominio.

El punto de partida para resolver esta cuestión la determina el artículo 53 número 1 de la Constitución, según el cual sólo por ley, que además deberá respetar su «contenido esencial», podrá regularse el ejercicio de los derechos

reconocidos en el Capítulo 2.º del Título I de la Constitución, entre ellos, el derecho de propiedad sancionado en el artículo 33. Este precepto, al margen de la reserva de ley que establece —en virtud de la cual toda limitación debe contar con una previa habilitación legal (lo que no siempre implica necesidad de ley en sentido formal, cabiendo los Registros ejecutivos, pero eso sí, dentro del marco de la previa habilitación normativa legal) —al margen de dicha reserva de ley, digo—, este precepto establece que toda limitación deberá respetar el «contenido esencial» del derecho de propiedad. Esta expresión, de origen alemán (art. 19 núm. 2 de la Ley Fundamental de Bonn), es un típico concepto jurídico indeterminado, que se ha de concretar en cada caso a través del control último del Tribunal Constitucional [art. 53 núm. 1 de la Constitución se remite al art. 161 núm. 1 a) de la misma].

Pues bien, la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 distinguió, para la determinación del contenido esencial de un derecho, entre el punto de vista dogmático o del tipo de derecho de que se trate y el de los intereses y finalidades que el derecho protege: a) Desde el punto de vista dogmático será aquella parte del contenido que permita reconocer al derecho como perteneciente al tipo dado. b) Desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses, el contenido esencial de un derecho será aquél que resulte necesario para que queden protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir. Aplicando estas ideas al derecho de propiedad cabría decir que desde la primera perspectiva apuntada el contenido esencial de la propiedad limita la acción del legislador, de forma que éste no podrá *prima facie* llegar a la privación de los *ius utendi, fruendi* y *disponendi* (valores en uso, en renta y en venta) característicos del derecho de propiedad, no podrá realizar la conversión general de la propiedad en concesión administrativa (Disp. Trans. 1.ª de la Ley de Costas de 1988 *a contrario*), ni podría realizar la declaración de propiedad pública de todos los bienes de producción. Desde la segunda perspectiva de la jurisprudencia de los intereses, lo único que se puede afirmar de forma abstracta es que el legislador no podrá llegar a anular la utilidad individual derivada del derecho de propiedad sobre la clase de bienes de que se trate.

El Tribunal Constitucional viene reproduciendo en todas las sentencias en que se plantea esta cuestión la doctrina que sentó en su Sentencia de 26 de marzo de 1987, en la que declaró que «la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad

privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social —concluye el Tribunal Constitucional— definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (Fundamento Jurídico 2.º).

Dos últimas observaciones: 1) el equilibrio entre utilidad individual y función social en algún caso se escora claramente, a mi juicio, en la jurisprudencia constitucional en favor del segundo concepto. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991, sobre la Ley de Costas, en cuya Disposición Transitoria 1.ª se verifica *ex lege* una conversión de propiedad privada en mera concesión administrativa que el Constitucional avala como válida;

2) No dejan de observarse importantes dissentimientos en el criterio de los Magistrados del Tribunal Constitucional sobre esta compleja cuestión. Así, en la reciente Sentencia de 17 de marzo de 1994, en la que se examina desde la perspectiva de una posible vulneración del artículo 33 de la Constitución el régimen de prórroga forzosa establecido por la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, el Tribunal entiende que dicho régimen no representa *per se* una pérdida esencial o vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado, sino que dicha pérdida procede de la falta de cumplimiento de la previsión de actualización de la renta o merced arrendaticia, y que la limitación que implica la prórroga forzosa arrendaticia queda dentro de las facultades del legislador y justificada por la función social que a la propiedad atribuya el artículo 33 de la Constitución.

Sin embargo, frente a este criterio mayoritario se firmó un voto particular por tres Magistrados, en el que se afirmaba que «el Tribunal no puede eludir decir cuál es el núcleo de utilidad meramente individual del derecho de propiedad —porque alguno tiene que haber— cuya pervivencia tras la acción del legislador es indispensable para que la propiedad inmobiliaria sea reconocible como perteneciente al tipo constitucional descrito, más allá de la «pluralidad de propiedades» en que se diversifica la institución dominical. Esta labor de interpretación constitucional se evita afrontar, viniendo a dejar en manos del legislador ordinario, en aras de la función social de la propiedad, la definición del contenido esencial de las «propiedades» o distintos tipos de propiedad, al establecer para cada una de ellas su propio y específico régimen jurídico, reconociéndole además una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial de la propiedad será lo que diga el propio legislador en cada caso. Así, huérfano de todo referente *ex Constitutione*, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto

de «contenido esencial» de que habla el artículo 53 de la Carta Magna, se desvanece y volatiliza.

5. *Indemnizabilidad de las limitaciones del dominio.*

Sus diferencias con la expropiación forzosa

Por regla general las limitaciones del dominio no son indemnizables, con lo que, desde esta perspectiva, su régimen es igual al de los confines o límites. Pero los problemas surgen en el lado opuesto, esto es, respecto de las expropiaciones. Si a efectos indemnizatorios es intrascendente (GARCÍA DE ENTERRÍA) distinguir entre limitaciones y límites, es muy importante distinguir entre limitaciones y expropiaciones, ya que aquéllos no son indemnizables y éstas sí lo son (art. 33 núm. 3 de la Constitución).

La confusión entre limitaciones y expropiación es un problema relativamente reciente, que surge en el momento en que la expropiación forzosa, frente al criterio tradicional que la consideraba como una simple enajenación forzosa, adopta una forma muy amplia, según resulta del artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, según el cual se entiende por expropiación «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio». Este concepto lo amplía todavía más el Reglamento de Expropiación Forzosa diciendo en su artículo 1.º que la enumeración de supuestos de privación singular del artículo 1.º de la Ley «tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos».

A los efectos de distinción entre limitaciones y expropiaciones parecen extraerse dos criterios posibles de la propia Ley de Expropiación Forzosa:

- a) la singularidad: hay expropiación cuando la limitación se impone mediante actos administrativos singulares y concretos, y hay limitación *strictu sensu* cuando ésta se impone mediante normas generales para determinadas categorías de bienes, apartándose del «contenido ordinario» del dominio. Sin embargo, este criterio no es seguro, ya que hay expropiaciones que no se determinan mediante actos singulares, sino que se refieren a grupos o series de bienes (arts. 59-70 LEF, mediante Decreto). En otras ocasiones, tiene lugar mediante norma legal: es el caso de las expropiaciones legislativas o por *lex specialis* (Rumasa);
- b) el beneficio: hay expropiación cuando hay un beneficiario, tal como éste se tipifica en el artículo 2 de la Ley de Expropiación Forzosa. Este criterio se explicita a través de la técnica civilística de las atri-

buciones patrimoniales o, más precisamente, del enriquecimiento sin causa. Según este criterio, los casos controvertidos se podrán resolver determinando si existe un enriquecimiento —y correlativo empobrecimiento— en una de las partes implicadas. Donde no exista un beneficiario concreto (no entraría en este concepto el conjunto de la Comunidad jurídica) no habrá expropiación. Pero tampoco este criterio es seguro. Así, por ejemplo, en la legislación de arrendamientos urbanos —especialmente en la de 1964, pero también en la de 1994— hay limitaciones o mutilaciones del derecho de propiedad, como vimos anteriormente, que tienen un beneficiario muy concreto —el arrendatario— que se enriquece en términos jurídicos con ellos, y sin embargo no cabe hablar de expropiación, sino de limitación.

En suma, no hay un criterio apriorístico absolutamente fiable, por lo que habrá que atender para fijar la indemnizabilidad de las restricciones a lo que diga en cada caso el legislador, que igualmente en esta materia tiene una amplia discrecionalidad, precisamente por faltar referentes claros *ex Constitutione* al concepto de «contenido esencial» del derecho de propiedad, como antes señalábamos.

El problema se agudiza porque, a falta de tales referentes, el legislador encasilla los casos concretos en una u otra categoría de forma puramente pragmática y aún aleatoria. A título de ejemplo de esta falta de criterio uniforme, señalemos cómo no se indemniza la prohibición de edificar en las zonas colindantes con las carreteras y, en cambio, se indemniza la prohibición de edificar en las zonas colindantes con los aeropuertos (GARCÍA DE ENTERRÍA). Aquí, se podría quizá vislumbrar el criterio de la singularidad, puesto que hay muchas más carreteras que aeropuertos. En *materia urbanística*, el artículo 6 de la *Ley del Suelo* dice que «la ordenación del uso de los terrenos y construcciones no confiere derechos indemnizatorios, salvo en los supuestos que la ley define»: Existen supuestos en que se adopta un criterio mixto como sucede al preverse una indemnización en casos de alteraciones del planeamiento, por vinculaciones singulares, etc. (arts. 237 a 241 LS).

Otra consecuencia jurídica importante derivada de la distinción entre expropiaciones y limitaciones del dominio, que abunda en la conveniencia de fijar criterios más seguros para establecer una clara distinción entre una y otra categoría, es la de que la expropiación esté sujeta a un riguroso procedimiento formal, de manera que si la Administración no cumple sus trámites, el particular puede reaccionar frente a ella por la vía interdictal, como si se tratara de simples vías de hecho.

6. *Inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de las limitaciones legales del dominio*

El problema de la necesidad o no de publicidad registral de las limitaciones legales del dominio se ha planteado, tradicionalmente, circunscrita la discusión a un tipo de limitaciones concretas, los tanteos y retractos legales, que según la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo en su célebre Sentencia de 17 de diciembre de 1955, son limitaciones a modo de cargas de Derecho Público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares, están motivadas por el interés general, y cuyas conclusiones son extrapolables a la mayor parte de las limitaciones legales del dominio.

Se enfrentan en esta cuestión las posiciones ya clásicas de ROCA SASTRE y TIRSO CARRETERO. A) Para el primero, los tanteos y retractos legales son «restricciones o delimitaciones» de la propiedad que al ser estatuidos por la ley gozan de una publicidad superior a la que el Registro de la Propiedad les pueda proporcionar, haciendo superflua su inscripción. De ahí que el artículo 37 número 3 de la Ley Hipotecaria admita que puedan darse contra terceros, aún sin estar inscritos, las acciones de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen. Refuerza ROCA su tesis alegando que la misma tiene apoyo no sólo en el artículo citado, sino también en el artículo 5 número 3 del Reglamento Hipotecario que exceptúa de inscripción a las servidumbres legales que tengan por objeto «la utilidad pública o comunal», y en el artículo 26 número 1 de la Ley Hipotecaria, que al hablar de las prohibiciones de disponer de origen legal establece que «no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio».

B) Frente a esta tesis de las «limitaciones» legales, se opone la mantenida por TIRSO CARRETERO, fundado en razones de tipo histórico. Así, afirma que ni la Ley Hipotecaria primitiva, ni el Código Civil concedieron efectos contra terceros a las acciones de retracto legal. Esta eficacia surge en una desafortunada, a su juicio, reforma de la Ley Hipotecaria en 1909. La Ley Hipotecaria de 1861 incluye en la lista de acciones que no perjudican a tercero inscrito la del «retracto legal en la venta o derecho de tanteo en la enfiteusis» (art. 38). El Código Civil, al regular los retractos legales, respetó el criterio de la Ley Hipotecaria de 1861 y no concedió al retracto legal efectos *erga omnes* (así resulta de que el art. 1.525 del Código Civil se remite a los arts. 1.511 y 1.518 del Código Civil, pero no a los 1.510 y 1.520, que son los que atribuyen al retracto convencional eficacia contra terceros, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria). La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantuvo esta tesis, y así la Sentencia de 3 de junio de 1867 decía que la acción de retracto no puede establecerse sino contra el comprador.

Con la reforma de 1909, debida a los criterios doctrinales de SÁNCHEZ ROMÁN, la Ley Hipotecaria se apartó del Código Civil, trasladando las acciones de retracto legal al artículo 37, que enumera los casos en que se dan contra tercero las acciones rescisorias, resolutorias y subrogatorias. A la vista de esta reforma, CLEMENTE DE DIEGO mantuvo el carácter real del retracto, y ROCA extrajo su última conclusión: no necesita de inscripción para perjudicar a tercero.

La tesis de ROCA aparece avalada por la literalidad de los preceptos en que se apoya, pero también resulta cierto, como señalaba TIRSO, que la reforma de 1909 no resultaba demasiado perturbadora, en su fecha, porque se refería a unos pocos retractos legales «visibles», que resultaban de las propias inscripciones (colindantes, comuneros, enfiteúticos), pero resulta peligroso o contrario a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario en una época como la actual de proliferación de supuestos de retractos legales y de limitaciones del dominio de todo tipo, que no son visibles, ni fácilmente determinables, y sometidos a regímenes jurídicos muy diversos entre sí. Hay que recordar la finalidad básica de publicidad del Registro de la Propiedad que trata de proscribir las llamadas «cargas ocultas», y comprender que por razones de seguridad jurídica (art. 9, núm. 3, CE) las limitaciones públicas deben ser limitaciones «publicadas» (en feliz expresión de CHICO), teniendo en cuenta que la publicidad de la ley suele ser insuficiente para lograr un conocimiento efectivo de la limitación dominical que puede afectar a un determinado bien concreto, lo cual constituye el verdadero fundamento de su eficacia *erga omnes*.

Hoy, este nuevo criterio se ha abierto paso en la legislación vigente, en la que encontramos numerosas referencias al Registro de la Propiedad en materia de publicidad de las aludidas limitaciones legales. A título de mero ejemplo se pueden citar las siguientes:

1. Ley del Patrimonio del Estado de 1964, artículo 45: en la inscripción de cesiones gratuitas realizadas por el Estado ha de hacerse constar el «derecho de reversión» que al mismo le corresponde en caso de incumplirse los fines para los que los bienes fueron cedidos. Idem, artículos 109 a 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986.

2. Ley de Costas de 1988 y su Reglamento de 1989, artículo 23 número 2: se prevé la publicidad de la denominada servidumbre de protección por medio de la anotación preventiva de incoación del deslinde.

3. La Ley del Suelo de 1992, artículos 291 y 296: prevén la publicidad registral de la existencia de los tanteos y retractos legales que consagra, mediante la remisión por el Ayuntamiento al Registro de la Propiedad de los planos que delimitan las «áreas» sobre las que recaen tales derechos, con especificación de los propietarios y bienes afectados para su debido reflejo registral.

Este criterio se ha impuesto, igualmente, en la doctrina elaborada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, pudiendo destacarse la Resolución de 19 de septiembre de 1994, sobre inscripción de servidumbres de uso público de contenido urbanístico, que se apoya, entre otros argumentos, en el artículo 211 de la Ley del Suelo, según el cual «los actos administrativos de constitución, modificación o extinción forzosa de servidumbres (dictados en ejecución de un Plan) serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, en la forma prevista para las actas de expropiación». A lo cual se ha de añadir el amplio elenco de actos urbanísticos inscribibles definido por el artículo 307 de la mencionada Ley del Suelo, que viene a integrar lo que se podría definir como materia urbanística registrable, y que comprende lo siguiente:

1. Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización.
2. Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico.
3. La incoacción de expediente sobre disciplina urbanística o de aquéllos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas.
4. Las condiciones especiales de concesión de licencia, en los términos previstos por las leyes.
5. Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.
6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias.
7. Las sentencias firmes en que se declare la anulación que se refiere el número anterior cuando se concreten a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento.
8. Cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio de cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas.

En igual sentido cabe citar, para finalizar, las orientaciones que al respecto sentó el VI Congreso Internacional de Derecho Registral *organizado por el CINDER*, Madrid, 1984. En particular hay que destacar su conclusión 5.ª, según la cual «es deseable y compatible con los principios hipotecarios per-

mitir que las situaciones nacidas de la acción de las Administraciones públicas puedan acceder a los libros registrales para dar a conocer los compromisos asumidos por los titulares de los bienes con la sociedad y advertir a los terceros adquirentes de su existencia».

Dado el carácter paradigmático de las limitaciones del dominio derivadas de la legislación urbanística concluiré con un rápido análisis de las relaciones entre las citadas limitaciones y deberes urbanísticos y el régimen de su publicidad registral desde la perspectiva del nuevo marco creado al respecto por la vigente Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.

7. Especial referencia a la publicidad registral de las limitaciones del dominio de tipo urbanístico. Aspectos generales de la cuestión

A título de introducción en esta materia, se ha de comenzar poniendo de manifiesto que la adecuada coordinación entre el Registro de la Propiedad y la acción administrativa urbanística ha sido una aspiración constante, habiendo sido postulada legalmente desde la Ley del Suelo de mayo de 1975, cuya Disposición Final 13.^a contenía un mandato al respecto, sin que sin embargo el problema se haya abordado de forma global hasta el presente.

Con independencia de las acusaciones de falta de voluntad política, lo cierto es que la cuestión presenta una enorme complejidad y dificultad que ha conducido a una situación en la que se prodigan tanto las formulaciones de tono genérico —que carecen de cualquier virtualidad que no sea la puramente retórica—, como a referencias numerosas y asistemáticas hechas al Registro de la Propiedad por parte de la legislación urbanística. Así, por ejemplo: *a)* existen normas urbanísticas que regulan la forma de tramitar e inscribir en el Registro de la Propiedad los diferentes sistemas de gestión urbanística (expropiaciones urbanísticas, sistema de compensación, reparcelación, afecciones registrales de fincas al pago de los costes de urbanización, cesiones de suelo, etc.), que son los temas sobre los que está llamado a centrarse este estudio; *b)* también se acude al Registro de la Propiedad mediante el establecimiento de medidas preventivas (por ejemplo, exigencia por Notarios y Registradores de la licencia previa de parcelación y edificación) y aseguradoras (como en el caso de las autorizaciones para edificaciones provisionales); *c)* o bien para garantizar el ejercicio por parte de la Administración de ciertos tanteos y retractos urbanísticos sobre terrenos no edificados o sobre VPO, etc. Esta tendencia de la normativa urbanística a auxiliarse del Registro de la Propiedad como Institución coadyuvante imprescindible en el proceso de ordenación urbana se ha acentuado en la Ley 8/1990, de la que trae causa el actual TR de la legislación urbanística estatal de 26 de junio de 1992.

Ya con anterioridad, desde la asunción por las CCAA de sus competencias estatutarias en materia de urbanismo, se dictaron por éstas una serie de disposiciones que convertían al Registro de la Propiedad en elemento fundamental de auxilio al ejercicio de la función urbanística de los mismos. Fueron los llamados «protocolos urbanísticos», como el catalán de 1981, que si en un principio carecieron de eficacia normativa, posteriormente pasaron a asumir rango legal autonómico formalmente.

Ante esta situación que reclamaba un planteamiento genérico de las relaciones entre el Urbanismo y el Registro de la Propiedad, desde el comienzo de la tramitación del entonces Anteproyecto de Ley de Reforma del Régimen Urbanístico se solicitó informe al respecto del Ministerio de Justicia, lo que concluyó en la inclusión en el texto de la ley —si bien por vía de enmienda en la discusión parlamentaria en el Senado de la famosa Disposición Adicional 10.^a que, sin perjuicio de su carácter sumarial y de urgencia, enfoca el problema de las correlaciones entre la Institución registral y el urbanismo de modo genérico.

Ahora bien, la dificultad del tema se encuentra en su propio origen, puesto que la acción urbanística es, fundamentalmente, una acción pública, mientras que el Registro de la Propiedad responde a intereses de carácter privado, sin perjuicio de su función de colaboración con las Administraciones públicas. En efecto, el Registro de la Propiedad nació con objeto de dar certidumbre al tráfico jurídico inmobiliario y al crédito territorial. Ahora bien, si ello es cierto igualmente lo es el dato de que en gran medida se ha operado un fenómeno de publicación del Derecho Privado y, en el ámbito concreto del derecho de propiedad inmobiliaria, hoy el Estado y las Administraciones Públicas actúan en el núcleo mismo del dominio, definiendo su contenido y su función o cometido a través de la legislación y el planeamiento urbanístico, por lo que la ejecución de este último ha de ser vinculado a los sistemas de publicidad inmobiliarios para dar seguridad al tráfico jurídico evitando situaciones de clandestinidad y cargas ocultas que afecten perjudicialmente a la contratación inmobiliaria.

Sin embargo, este objetivo de publicidad inmobiliaria se enfrenta a ciertos principios clásicos —sin perjuicio de que en la actualidad estén en gran medida superados— como son el de la inscribibilidad de los bienes de dominio público y de las limitaciones al dominio privado provenientes directamente de imperativos legales (*ex* arts. 5 Reglamento Hipotecario y 26.1 Ley Hipotecaria), por considerar que la publicidad legal supera en fuerza y virtualidad a la publicidad registral.

Los perjuicios derivados de esta concepción se incrementan cuando no se trata de propias limitaciones legales, que vienen a delimitar los contornos ordinarios de la propiedad, sino antes bien de limitaciones urbanísticas, puesto que si bien éstas generalmente emanan de los Planes urbanísticos y éstos tienen

atribuida por la ley eficacia normativa, no es menos cierto que su sistema de publicidad es claramente deficiente, puesto que en la Ley del Suelo de 1975 tan sólo se publicaba el texto del acuerdo de la aprobación del Plan, pero no su contenido, contenido que desde la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 es obligatorio que se publique, pero no en el *BOE* o en el *Diario Oficial de la Comunidad Autónoma*, sino tan sólo en el *Boletín Oficial de la Provincia*. Por ello se viene abogando desde hace tiempo por reforzar la publicidad de las limitaciones urbanísticas a través del Registro de la Propiedad.

Y es que, en efecto, en caso de que no exista dicha publicidad registral concurrente, las limitaciones y gravámenes urbanísticos que pesan sobre las fincas que se encuentran en proceso de urbanización y edificación devienen en cargas ocultas que generan inseguridad en el tráfico inmobiliario.

La situación de colisión entre los intereses públicos y los privados, entre la publicidad urbanística y la publicidad registral era muy evidente bajo el régimen de la anterior Ley del Suelo de 1975, cuyo artículo 88 partía del principio de que «la enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta ley o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos y el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiere contraído con las Corporaciones públicas respecto a la urbanización y edificación». Los gravámenes urbanísticos en que se ha de subrogar forzosamente el adquirente pueden surgir, pues, de tres fuentes distintas: 1) de la propia ley; 2) de los actos de ejecución de la misma; y 3) de los compromisos entre los propietarios y las Corporaciones públicas. Este *statu quo* legal de la cuestión ha sido mantenido por el actual Texto Refundido de junio de 1992, cuyo artículo 22 conserva el mismo principio, incluyendo, además, una cuarta fuente de gravámenes urbanísticos en que igualmente opera la subrogación forzosa, que es la integrada por los «derechos y deberes vinculados al proceso de la urbanización y edificación». Este principio ha recibido numerosas críticas doctrinales por considerarlo atentatorio a la seguridad jurídica, ya que si bien el efecto subrogatorio cabe admitirlo para el supuesto de limitaciones urbanísticas de origen legal —en virtud de la superior publicidad de la ley y del principio de la inexcusabilidad del desconocimiento de las normas legales—, por contra es excesivo en los supuestos de las otras tres categorías de gravámenes urbanísticos.

Esta doble visión del tema ha quedado claramente reflejada en la jurisprudencia emanada de las dos órdenes jurisdiccionales, civil y contencioso-administrativo, a los que ha sido sometido el conocimiento de la cuestión.

1. Así en tanto que los *Tribunales contencioso-administrativos* han mantenido como regla general la inflexibilidad del principio subrogatorio, justificándolo en la previsión de un sistema de publicidad urbanística con-

tenido en el antiguo artículo 55 de la Ley del Suelo de 1975, actual artículo 43 TR que extiende la información que han de proporcionar los Ayuntamientos no sólo al régimen urbanístico aplicable a una finca o unidad de ejecución, sino también al aprovechamiento tipo aplicable y al grado de adquisición de las facultades urbanísticas. Así, por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1990, justifica el perjuicio patrimonial que se le puede ocasionar al comprador por razón del efecto subrogatorio en la propia negligencia informativa de aquél. En este orden de cosas, cabe significar, no obstante, la excepción representada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1990, que no extiende el efecto subrogatorio a las condiciones particulares impuestas en una licencia urbanística de obras, por entender que dichas condiciones no emanan directamente de la ley ni de los actos de ejecución del planeamiento. Modaliza, pues, el efecto subrogatorio y no lo aplica de modo *automático* a toda carga urbanística.

2. Por contra, los *Tribunales del orden civil* han tratado de amparar a los compradores de inmuebles afectados por cargas urbanísticas pendientes u ocultas acudiendo a diversos conceptos civilísticos, como la buena fe, diligencia debida, error, etc. Así, 1) La Sentencia de 27 de mayo de 1983 ha estimado error invalidante del consentimiento en la compra de una parcela para construir si luego resulta que ello no es posible por impedimentos urbanísticos; 2) la Sentencia de 19 de enero de 1990 estima la procedencia de la resolución de la compra y sus consiguientes efectos restitutorios e indemnizatorios en idéntico supuesto por inexistencia o frustración de la causa del contrato (*ex art. 1.275 del Código Civil*): «la edificación es el fin único con categoría de motivo causalizado»; 3) la Sentencia de 27 de marzo de 1989, admite también la resolución del contrato por concurrir dolo al callar o no advertir a la otra parte sobre la situación urbanística de la finca; cuyo dolo y error incluso se llega a presumir —no es preciso prueba al respecto— atendiendo a que el artículo 62 de la Ley del Suelo —actual art. 45 TR— impone la obligación a cargo del vendedor de terrenos no susceptibles de edificación o de edificios fuera de ordenación, de expresar tal circunstancia en el título de enajenación.

No obstante, la cita de este último precepto produce un efecto contraproducente, pues en el mismo se prevé que en caso de infracción de todas las obligaciones, el adquirente puede pedir la rescisión del contrato en el plazo de un año, en tanto que las acciones de rescisión y anulabilidad civiles duran cuatro años (arts. 1.299 y 1.301 del Código Civil).

En suma, atendiendo a las dificultades prácticas que se producen en el tráfico inmobiliario por la descoordinación del binomio publicidad urbanística-publicidad registral, la Ley 8/1990 y el TR de 1992 abordan el tema de forma global a través de la ya citada Disposición Adicional 10.^a que ha

pasado a integrar los artículos 307 a 310 del TR, todos ellos con alcance de disposición de aplicación plena, el primero de los cuales define, como dijimos anteriormente, lo que podríamos llamar como *materia urbanística registrable* a través de una enumeración de actos o situaciones urbanísticas que serán objeto de reflejo registral, y cuyo estudio pormenorizado reclama ser objeto de un tratamiento monográfico más amplio que rebasa los propósitos del presente trabajo.

II. SEGUNDA PARTE: LAS LIMITACIONES DEL DOMINIO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO. EXAMEN ESPECIAL DE LAS QUE TIENEN SU ORIGEN EN LA PROXIMIDAD A LOS BIENES DE DOMINIO PUBLICO ESTATAL

I

En esta segunda parte del presente estudio nos ocuparemos de examinar el régimen jurídico positivo de las limitaciones del dominio en el ordenamiento español, centrándonos en las que derivan de la colindancia o proximidad de los inmuebles con bienes de dominio público estatal, ya se trate del llamado demanio natural (aguas, costas), ya del demanio afectado (carreteras, vías férreas, aeropuertos o zonas militares o de seguridad).

Vaya por delante que partimos de un *concepto amplio de limitaciones del dominio, comprensivo tanto de las limitaciones en sentido estricto como de las servidumbres administrativas*. Como es sabido, es ésta una de las distinciones clásicas de la parte especial del Derecho Administrativo, que no está de más recordar siquiera en sus términos más generales.

En primer término, las limitaciones del dominio, entendidas en sentido estricto, forman parte del contenido del derecho de propiedad inmobiliaria, y no se encuentran establecidas en favor de otros inmuebles determinados o de personas o entidades concretas. Es el caso de las limitaciones que dimanar de los planes de ordenación urbana, de forma que la edificabilidad o inedificabilidad o el volumen de edificación permitido al propietario de un inmueble, delimita en cada momento el contenido del derecho de propiedad sobre el mismo.

Por su parte, las servidumbres administrativas se diferencian de las limitaciones del dominio en que se encuentran establecidas en favor de un determinado inmueble o espacio. Responden por tanto al concepto civil de servidumbre (gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, art. 530 del Código Civil), si bien lo que en el orden civil es el predio dominante suele ser en el ámbito administrativo y espacio natural o una obra pública.

II

Pasando a examinar las concretas limitaciones del dominio y servidumbres administrativas reguladas en nuestro ordenamiento, debe comenzarse por *las que derivan de la proximidad de los terrenos al demanio natural*, principalmente aguas y costas, que, en términos generales, vienen a consistir en la prohibición de ejecutar construcciones dentro de una determinada zona colindante con estos bienes de dominio público.

Empezando por la *Ley de Costas de 28 de julio de 1988*, se regulan en sus artículos 23 y siguientes, las servidumbres de protección, tránsito y acceso al mar.

1.º Servidumbre de protección: debemos destacar:

A) *Delimitación*. comprende una zona de cien metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, si bien puede ampliarse a doscientos metros por la Administración del Estado, de acuerdo con la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondiente.

B) *Contenido*: del conjunto de actividades y obras que la Ley de Costas prohíbe dentro de la zona de servidumbre de protección, interesa, por lo que a las limitaciones a la propiedad privada se refiere, la prohibición general de ejecutar edificaciones destinadas a residencia-habitación [art. 25.1.a)], regla que admite dos excepciones (art. 25.3):

- De un lado, excepcionalmente y por razones debidamente acreditadas, puede autorizarse el tendido de líneas de alta tensión o la construcción o modificación de vías de transporte.
- De otro, se permiten las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicio al dominio público marítimo-terrestre.

La Ley de Costas atribuía competencia a la Administración del Estado para autorizar las obras, instalaciones y actividades en la servidumbre de protección, y para imponer las sanciones establecidas por aquel cuerpo legal por el incumplimiento de las normas reguladoras de esta servidumbre. Se planteó, sin embargo, si esta atribución competencial vulneraba los artículos 148.13 y 148.1.9 de la Constitución, que atribuyen competencia a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio y de medio ambiente.

La cuestión vino a ser resuelta por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991, que declara que la previsión del artículo 26.1 de la Ley de Costas, que atribuía al Estado para autorizar los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección, «debe reputarse contraria al orden

constitucional de distribución de competencias, pues se trataría de una competencia de carácter ejecutivo ajena a las constitucionalmente reservadas al Estado y que se engloba, por su contenido, en la ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas».

En cuanto a la imposición de sanciones, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional salva la competencia de la Administración del Estado, siempre que la conducta infractora atente contra la integridad del demanio. El alcance de la sentencia que examinamos sobre esta atribución competencial ha sido examinado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Tercera) de 14 de febrero de 1995 (Rec. 9/93), en los siguientes términos:

«Se funda la denuncia de falta de competencia del órgano sancionador (Demarcación de Costas del Estado en Cataluña) en los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, que analizó como acto impugnado la Ley 22/1988, de Costas, cuando declaró inconstitucional y nulo el artículo 26.1 (y Disposiciones Transitorias y Finales concordantes), entendiendo que dicho fallo determina que la competencia sobre los usos permitidos en zona de protección corresponde a las Comunidades Autónomas o, en su caso, a los Ayuntamientos, para ejercitar las potestades referidas a la autorización de los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección; sin embargo, la simple lectura del Fundamento Jurídico I.D.d. de la meritada sentencia, lo que posibilita es el ejercicio exclusivo de potestades de las Comunidades Autónomas en la zona de servidumbre de protección de la autorización de usos que inciden en la normativa de protección del medio ambiente, o en la ordenación del territorio y/o urbanismo, *pero en modo alguno desprovee a la Administración del Estado de la atribución de la competencia ejecutiva como titular del demanio respecto de las conductas tipificadas y sancionadas en los artículos 90, 91 y 99 de la Ley de Costas*, pues como el propio Tribunal Constitucional trata de aclarar las faltas perseguibles por las Comunidades Autónomas, se circunscriben a la ejecución de las normas de protección sobre medio ambiente, o de legislación sobre vertidos industriales y contaminantes, que son los sectores materiales a que dichas normas se referían, de manera que *no se cuestiona la competencia del Estado para regular su propia actuación como propietario del demanio*, y aun cuando son las Comunidades Autónomas litorales las competentes para ejecutar las normas sobre protección del medio ambiente persiguiendo y sancionando las faltas cometidas en las zonas de servidumbre e influencia, *pueden serlo también por la Administración del Estado cuando la conducta infractora atente contra la integridad del demanio o el mantenimiento de las servidumbres de paso y acceso que garantizan su libre uso*; es decir, que aun

en el supuesto de zona de servidumbre si la propiedad es demanial tiene la Administración del Estado la obligación de perseguir y sancionar las faltas, y, con mayor incidencia, cuando se trata, como en el supuesto de autos, de hechos realizados dentro de la zona marítimo-terrestre».

En otro orden de cosas, tal vez el problema jurídico de mayor interés que plantea esta servidumbre es el relativo a los efectos del otorgamiento de licencias de obras por los Ayuntamientos respectivos para la ejecución de las obras que al mismo tiempo están sujetas a autorización por parte de la Comunidad Autónoma respectiva.

En principio, es claro que nos hallamos en presencia de un régimen de autorizaciones concurrentes, de forma que la obtención de licencia de obras atiende exclusivamente a la adecuación de la obra al planeamiento urbanístico, y no vincula a la Administración competente para conceder la autorización exigida por la Ley de Costas. Ahora bien: el problema se plantea porque la reacción administrativa frente a la ejecución de obras sin autorización no puede, en el sistema de la Ley de Costas, ser otra que la imposición de una sanción. Es decir: la Ley de Costas, con un criterio a nuestro juicio incorrecto, sólo prevé el restablecimiento de la legalidad vulnerada, y la consiguiente demolición de lo indebidamente construido en la zona de servidumbre de protección, mediante la imposición de una sanción.

Como es sabido, entre los principios propios del Derecho Penal que el Tribunal Constitucional ha declarado aplicables al Derecho Administrativo sancionador se encuentra el de culpabilidad. Fundándose en ello, es frecuente que frente a la imposición de una sanción por no haberse solicitado autorización de la Comunidad Autónoma respectiva para ejecutar obras en la servidumbre de protección, o de la Administración del Estado para el uso común especial o privativo del dominio público marítimo-terrestre, se alegue la infracción del principio de culpabilidad. Se dice en estos casos que la Administración (local, en estos casos) ha creado una apariencia de legalidad, concediendo al administrado una licencia de obras, sin advertirle de la necesidad de recabar al mismo tiempo la autorización de otra Administración pública.

La cuestión ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios de nuestros Tribunales. Así, los argumentos que se acaban de exponer son rechazados por la reciente Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Tercera) de 21 de mayo de 1996 (Rec. 38/95), que confirma una sanción impuesta por la Demarcación de Costas del Estado por la ocupación del dominio público sin autorización, aun adecuándose dicha ocupación (consistente en la instalación de hamacas) al Plan de usos elaborado por el Ayuntamiento respectivo. Así, declara la sentencia que «las manifestaciones del alcalde de Sitges y las referencias al Plan de usos remitido a la Generalidad de Cataluña, sin perjuicio de las competencias concurrentes que se atribuyan tanto al Ayuntamiento como a la Comu-

nidad Autónoma, en modo alguno relevan al recurrente de estar en posesión de la previa autorización administrativa que exige el artículo 51 de la Ley de Costas de 1988, cuya conducta infractora se tipifica en el apartado b) del artículo 90 y se sanciona en el 97, lo que cabalmente realizó el órgano competente para ello, es decir, el asignado para tal cometido por la Administración del Estado, por lo que nada puede enervar tal proceder y, mucho menos, alegar ignorancia o introducir una pretendida confianza legítima en directa contradicción con los artículos 6 y 7 del Código Civil, que son los que verdaderamente obligan a la observancia de las normas con diligencia y buena fe».

El criterio contrario al expuesto es acogida por otra reciente Sentencia de 25 de junio de 1996, dictada por la misma Sala y Sección en el Recurso 1796/94, curiosamente promovido contra otra Resolución de la Demarcación de Costas del Estado en Cataluña con el mismo contenido que la anterior, por unos hechos iguales y fundado en los mismos argumentos. En este caso declara la Sala:

«Desde la órbita de las relaciones existentes entre la parte actora y la Administración municipal fácilmente se alcanza que en el presente caso la actuación de la parte actora se hallaba nítidamente determinada por las indicaciones de la Administración municipal al extremo que, a los efectos sancionadores que se enjuician, no cabe dudar de la aplicación de los principios de seguridad jurídica, buena fe y especialmente el de protección de la confianza legítima que, como es conocido, han de amparar a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, *de tal manera que cuando la actuación de la Administración genera en el ciudadano una fundada creencia o confianza en la legalidad de su comportamiento y de su proceder, sobre todo puesto de manifiesto en dilatados períodos de tiempo, es suficiente esa creencia o confianza sustentada en la conducta de la Administración*, deducida razonablemente, con fuerza suficiente para moverle a realizar una conducta o actividad que, directa o indirectamente, repercute en su esfera patrimonial —así, entre otras y respecto de diversas materias, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 28 de febrero de 1989, de 1 de febrero de 1990, de 8, 15 y 29 de junio de 1990, de 5 de octubre de 1990, de 22 de marzo de 1991 y de 7 de octubre de 1991».

2.º **Servidumbre de tránsito:** se regula en el artículo 27 de la Ley de Costas, debiendo señalarse:

A) *Delimitación.* consiste en una franja de seis metros, medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar. Debe precisarse que el propio concepto de servidumbre supone que los terrenos afectados por ella son de propiedad privada, es decir, no forman parte del dominio público

marítimo-terrestre por no darse en ellos los caracteres naturales a los que se refiere el artículo 3.º de la Ley de Costas.

B) *Contenido*: la zona de servidumbre de tránsito debe dejarse permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento, salvo en espacios especialmente protegidos.

3.º **Servidumbre de acceso al mar**: regulada en el artículo 28 de la Ley de Costas, implica la obligación de los propietarios de terrenos colindantes con el mar de permitir el uso público y gratuito de los accesos al mar que se encuentren en estos terrenos. Dos son, por tanto, sus rasgos:

- De un lado, supone que los propietarios de estos inmuebles no pueden impedir el paso público por sus accesos al mar, lo que en muchas ocasiones obedece a la finalidad de privatizar de hecho el disfrute de las playas a las que sólo puede accederse a través de propiedades particulares. Como declara la citada STC de 4 de julio de 1991, al salvar la constitucionalidad del precepto en lo que a la competencia de la Administración del Estado se refiere, «la llamada servidumbre de acceso al mar que establece el artículo 28 es medida indispensable para la efectividad de la defensa del uso general del dominio público marítimo-terrestre».
- De otro lado, los propietarios de los terrenos sujetos a esta servidumbre no pueden exigir ninguna contraprestación por permitir el acceso público al mar, ni siquiera cuando dicho acceso se realice con vehículos. La cuestión se ha planteado recientemente en la isla de Menorca, en donde los propietarios de fincas colindantes con determinadas calas han venido a exigir el pago de determinadas cantidades por permitir el acceso de vehículos, bien que encubriendo esta contraprestación bajo la forma de «visita turística» o «visita paisajística». Ello constituye una infracción de las tipificadas con carácter general en el artículo 90.c) de la Ley de Costas. No es ésta, por el contrario, la específica infracción grave consistente en «la interrupción de los accesos públicos al mar y de la servidumbre de tránsito», tipificada en el artículo 91.d); en efecto, este precepto está aludiendo al incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28.4, que prohíbe las obras o instalaciones que interrumpan el acceso al mar sin que los interesados propongan una solución alternativa que garantice su efectividad en condiciones análogas a las anteriores.

Supuesto distinto es aquél en que la Administración considere necesario realizar nuevos accesos públicos o modificar los existentes, así como construir aparcamientos en esta zona, distintos de los que deben prever los planes de ordenación conforme al artículo 28.2 de la Ley de Costas. La ejecución

de estos accesos o aparcamientos está sujeta a un procedimiento expropiatorio, que puede tener por objeto la pérdida del dominio por el propietario del terreno o la constitución de una servidumbre. En este sentido, el artículo 28.3 de la Ley de Costas declara de utilidad pública a efectos de la expropiación o la imposición de servidumbre de paso por parte de la Administración del Estado, los terrenos necesarios para la realización o modificación de estos accesos y aparcamientos distintos de los que deben prever los planes de ordenación.

4.º **Zona de influencia:** regulada en el artículo 30 de la Ley de Costas, tiene una extensión de 500 metros a partir del límite interior de la ribera del mar.

Debe precisarse que la Ley de Costas no impone directamente limitaciones al derecho de propiedad de los titulares de inmuebles incluidos en esta zona: por el contrario, establece una serie de reglas a las que deben ajustarse los planes de ordenación al fijar los aprovechamientos urbanísticos de estas zonas, como son las de evitar la formación de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, para lo cual se establece que la densidad de edificación no podrá ser superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el término municipal respectivo. En suma, a diferencia de las servidumbres que se han citado más arriba, la zona de influencia no establece reglas que deban observarse directamente por los propietarios, sino que contiene un mandato a los Ayuntamientos al elaborar y aprobar los planes de ordenación.

5.º **Régimen especial de suspensión de los Acuerdos que infrinjan las limitaciones del dominio y servidumbres establecidas por la Ley de Costas:** La aprobación de Planes de ordenación que contravengan las servidumbres y limitaciones establecidas por la Ley de Costas (especialmente la servidumbre de protección y la zona de influencia) puede, no obstante su impugnación jurisdiccional dar lugar a situaciones irreversibles, si su ejecutividad no se suspende durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo. Por ello, la Ley de Costas ha establecido un régimen especial de suspensión de estos Acuerdos, tanto en el orden procesal como en el material de los presupuestos necesarios para acordar dicha suspensión. En efecto, dispone su artículo 119:

«Se declaran contrarios al interés general los actos y acuerdos que infrinjan la presente Ley o las normas aprobadas conforme a la misma, y podrán ser impugnados directamente por la Administración del Estado, autonómica o local, ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con petición expresa de suspensión. El Tribunal se pronunciará sobre dicha suspensión en el primer trámite siguiente a la petición de la misma».

En el aspecto procesal, es de notar que el Tribunal debe pronunciarse sobre la suspensión en el primer trámite siguiente a la petición de la misma, es decir, sin ajustarse a los trámites que para la pieza separada de suspensión establece el artículo 123.2 de la Ley Jurisdiccional. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en Auto de 22 de septiembre de 1992 (Ar. 6973) que, remitiéndose a la doctrina del Auto de 6 de septiembre de 1991 (Ar. 6809), declara:

«El artículo 119 de la referida Ley de Costas, en su inciso final, establece que el Tribunal se pronunciará sobre la suspensión de los actos y Acuerdos a los que se refiere este precepto “en el primer trámite siguiente a la petición de la misma”, lo cual supone el establecimiento de un régimen especial en materia de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, que no precisa del cumplimiento de los trámites previstos en los artículos 122 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, dada la excepcionalidad del supuesto y a fin de tutelar de forma inmediata los intereses generales en juego cuando los actos y acuerdos impugnados infrinjan dicha Ley, a tenor del citado artículo 119».

En el orden material, no es preciso que se acredite la causación de perjuicios de difícil o imposible reparación (tal como exige con carácter general el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa) para que proceda acordar la suspensión de estos Acuerdos. Por contra, deberán ponderarse los intereses públicos en conflicto. De un lado, habrá de tener en cuenta cuál es digno de una mayor tutela cautelar, para lo cual no puede ignorarse la especial protección que nuestro ordenamiento concede a la preservación del dominio público marítimo-terrestre, proyectada ya en el propio texto constitucional, a través de las prerrogativas establecidas por su artículo 132.1, y reflejada en las disposiciones de la Ley de Costas destinadas a la protección inmediata del dominio público marítimo-terrestre, como son la recuperación posesoria de oficio (art. 10.2), la inadmisibilidad de interdictos (art. 10.3) o el desahucio administrativo de los ocupantes sin título (art. 108). De otro lado, deberá ponderarse si los perjuicios que se causarían al dominio público marítimo-terrestre como consecuencia de la ejecución de estos Planes y Acuerdos son superiores a los que padecerían los intereses urbanísticos representados por la Administración que aprueba aquellos Planes.

III

Continuando con el examen de las servidumbres relacionadas con el dominio natural, hemos de ocuparnos en segundo lugar de las que se refieren al *dominio público hidráulico*

1.º **Servidumbres administrativas:** son la servidumbre de uso público y la llamada servidumbre de policía:

- En cuanto a la servidumbre de uso público, su extensión es de cinco metros (art. 6.º L.Ag.). Obliga a los propietarios de los predios colindantes con los ríos a soportar, dentro de esta superficie, el paso para el servicio del personal de vigilancia del cauce, el ejercicio de actividades de pesca fluvial y el salvamento de personas o bienes. Obliga, igualmente, a soportar el varado y amarre de embarcaciones de forma ocasional y en caso de necesidad. No se imponen, por tanto, limitaciones permanentes, sino meros deberes de tolerancia que no constituyen verdaderas restricciones al ejercicio positivo del derecho de propiedad. Por este motivo, esta servidumbre no está sujeta a indemnización.
- Mayor importancia tiene la zona de policía, que comprende una zona de cien metros colindante con las márgenes de los ríos [art. 6.1.b) L.Ag.]. La ejecución de cualquier obra o trabajo en esta zona está sujeta a previa autorización, cuyo otorgamiento corresponde al organismo de cuenca. Debe precisarse que esta limitación no tiene el mismo contenido que la servidumbre de protección establecida por la Ley de Costas: mientras en esta última la regla general es la prohibición de toda construcción, la Ley de Aguas no formula una prohibición general de obras y construcciones dentro de la zona de policía. Y aun cuando no se establezcan expresamente los supuestos en que procede denegar la autorización, es claro que nos hallamos ante un acto reglado, de forma que la autorización sólo puede denegarse cuando la ejecución de las obras o trabajos pueda perjudicar al dominio público hidráulico.

2.º **Servidumbres civiles:** la Ley de Aguas (art. 45) reproduce las servidumbres legales de abrevadero, saca de agua, acueducto, estribo de presa y parada o partidior. La única especialidad que contempla la Ley de Aguas es la atribución a los organismos de cuenca de la potestad de imposición forzosa de estas servidumbres para el mejor aprovechamiento del dominio público hidráulico. Es decir, la especialidad que esta legislación administrativa introduce frente a la civil es de orden procedimental. De este modo, en el régimen del Código Civil la constitución forzosa de una servidumbre, en caso de negativa del dueño del predio sirviente, exige el ejercicio de una acción ante el orden jurisdiccional civil. Cuando esas mismas servidumbres sean necesarias para el aprovechamiento del dominio público hidráulico, puede su titular instar del organismo de cuenca respectivo la iniciación del expediente administrativo regulado en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

En cuanto a la impugnación de los actos de constitución forzosa de servidumbres acordados por los organismos de cuenca, se plantea si nos halla-

mos ante verdaderos actos administrativos o ante actos sujetos al Derecho privado (sin perjuicio, en este último caso, de la aplicación de la doctrina de los actos separables a las infracciones de competencia o procedimiento en que pudiera incurrirse al constituir las, cuya fiscalización correspondería en todo caso a la Jurisdicción contencioso-administrativa). Nos inclinamos a entender que el acto de constitución forzosa de una servidumbre por el organismo de cuenca competente es un verdadero acto administrativo, con los efectos que se derivan del artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Prueba de ello es que, de no existir acuerdo sobre el importe de la indemnización que deba satisfacer el dueño del predio dominante, su fijación se lleva a cabo conforme a las reglas de la Ley de Expropiación Forzosa.

V

A continuación, pasamos a examinar *las limitaciones del dominio derivadas de la proximidad de los inmuebles al llamado demanio afectado*, es decir, a las obras adscritas a un uso público o a la prestación de un servicio público.

Comenzando por la *Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960*, ha de indicarse que realiza una formulación muy amplia de las servidumbres derivadas de la proximidad a los aeropuertos, limitándose a disponer el artículo 51 que «los terrenos, construcciones e instalaciones que circunden los aeropuertos o aeródromos estarán sujetos a las servidumbres ya establecidas o que se establezcan en disposiciones especiales», remitiendo a la fijación por el Consejo de Ministros de la naturaleza y extensión de estas servidumbres. En definitiva, la LNA se limita a formular una habilitación al Consejo de Ministros para que en cada momento determine, en relación con determinadas superficies próximas a los aeropuertos, las servidumbres y limitaciones a las que las mismas deben sujetarse para garantizar la seguridad del tráfico aéreo.

VI

En cuanto a *los terrenos colindantes con la vía férrea*, están sujetos a una única servidumbre, regulada en los artículos 280 y siguientes del Reglamento de la *Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres*, de donde hemos de destacar:

1.º **Extensión:** partiendo de los dos límites exteriores de la vía férrea (uno a cada lado), hay que contar primero con una extensión de ocho metros de anchura a cada lado, paralelos a la vía férrea, que son de dominio público. A partir de ahí, la zona de servidumbre está formada por sendas franjas de terreno, con una extensión de veinte metros.

2.º **Contenido:** en primer término, en la zona de servidumbre no pueden realizarse nuevas edificaciones y reedificaciones, salvo que la empresa que tenga atribuida la explotación del ferrocarril excepcionalmente lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes, siempre que no perjudique al ferrocarril.

Además, se requiere autorización de la empresa titular de la explotación del ferrocarril para realizar cualquier obra o cualquier actividad que implique alguna servidumbre o limitación sobre el ferrocarril, sus terrenos, instalaciones y dependencias.

Finalmente, la empresa titular de la línea está facultada para la ocupación temporal de los terrenos comprendidos en la zona de servidumbre para almacenar temporalmente materiales, depositar objetos que se encuentren en la vía férrea y constituyan un peligro para la circulación, abrir temporalmente caminos de acceso a la vía férrea y otros similares. Cuando se trata de verdaderas ocupaciones temporales, están sujetas a indemnización.

Formula a continuación el Reglamento (art. 285, último párrafo) una regla que merece transcribirse, en cuanto recoge a la perfección el principio general en materia de indemnizabilidad de las servidumbres administrativas. Tras disponer que las ocupaciones temporales están sujetas a indemnización, añade que «las demás prohibiciones, limitaciones, servidumbres y afecciones sobre la utilización de la zona de servidumbre que no causen perjuicios económicos tienen la naturaleza de limitaciones generales de la propiedad en favor del servicio público ferroviario, y no serán objeto de indemnización».

VII

Muy similares son las servidumbres y *limitaciones del dominio establecidas en la Ley de Carreteras de 29 de julio de 1988*:

1.º **Extensión:** hay que partir de los terrenos que la Ley (art. 21) configura como de dominio público, que son las carreteras más una franja de terreno a cada lado de ellas, cuya extensión es de ocho metros en autopistas, autovías y vías rápidas, y de tres metros en las demás carreteras.

A partir de este espacio de dominio público, la zona de servidumbre comprende una superficie a ambos lados de la carretera, que es de 25 metros en autopistas, vías y vías rápidas, y de ocho metros en las demás carreteras (art. 22.1).

2.º **Contenido:** se delimita en el artículo 22 de la Ley y concordantes de su Reglamento. En primer término, se establece una limitación del dominio propiamente dicha, formulada en términos mucho más genéricos que en la Ley de Costas o en la de Ordenación de los Transportes Terrestres. Así, no

podrán realizarse obras ni se permitirán más usos que aquéllos que sean compatibles con la seguridad vial, previa autorización, en cualquier caso, del Ministerio de Fomento, sin perjuicio de otras autorizaciones concurrentes y de la intervención de otras Administraciones Públicas cuando se trate de carreteras integradas en una red arterial.

Habría sido deseable que la Ley de Carreteras o su Reglamento hubiesen realizado una enumeración, aunque fuese ejemplificativa, de aquellos usos y obras que se consideran incompatibles con la seguridad vial. En todo caso, debe hacerse notar que la formulación de la Ley en este punto es negativa; es decir, se establece una regla general de prohibición de obras y usos, y se autorizan como excepción aquéllos que sean compatibles con la seguridad vial.

Además de esta limitación del dominio, el Reglamento de Carreteras autoriza la ocupación temporal de los inmuebles afectados por la zona de servidumbre, mediante formas que apenas difieren de las previstas con carácter general por el artículo 108 de la Ley de Expropiación Forzosa: depósito temporal de objetos que puedan constituir un obstáculo para la circulación, estacionamiento temporal de vehículos o almacenamiento de materiales. Según los casos, el artículo 79 del Reglamento exige o no que la ocupación temporal sea previamente notificada al propietario y al poseedor de los terrenos, con expresión de la superficie que vaya a ser ocupada, plazo de ocupación previsto, finalidad de la ocupación y beneficiario de ésta. Al igual que en el régimen general de la Ley de Expropiación Forzosa son indemnizables tanto la ocupación propiamente dicha como los perjuicios que, en su caso, se deriven de ella.

VIII

Continuando con las limitaciones del dominio derivadas de la proximidad al demanio afectado, ha de aludirse a las establecidas por la *Ley de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional de 12 de marzo de 1975*, que distingue según se trate de zonas de interés para la defensa nacional o de zonas de seguridad.

A) *Zonas de interés para la defensa nacional.* se consideran como tales «las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin» (art. 2.º). En todo caso, la declaración de una zona de interés para la defensa nacional corresponde al Consejo de Ministros.

En cuanto a los efectos de esta calificación, ha de indicarse que, a diferencia de los supuestos antes examinados, la Ley no establece con carácter

general las limitaciones a las que están sometidos los terrenos comprendidos dentro de una zona de interés para la defensa nacional. En efecto, es el propio Acuerdo del Consejo de Ministros, que declara la zona, el que fija las prohibiciones, limitaciones y condiciones a las que debe someterse la propiedad de los inmuebles incluidos en ellas.

B) *Zonas de seguridad.* son aquellas zonas que están situadas alrededor de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles de interés militar, cualidad esta última que se adquiere mediante una declaración expresa y singular.

Las limitaciones del dominio de estas zonas tienen distinto alcance según se trate de la zona próxima o la zona lejana de seguridad, en los términos que se exponen a continuación:

1. En cuanto a la zona próxima, su extensión es, como regla general, de 300 metros, si bien puede aumentarse cuando sea insuficiente, o reducirse —y ello será lo más frecuente en la práctica— cuando la general resulte excesiva, especialmente cuando las instalaciones estén ubicadas en el interior de poblaciones o zonas urbanizadas.

En cuanto a las limitaciones que se derivan de la situación de un inmueble en esta zona próxima, ha de indicarse que, como regla general, no pueden realizarse sin autorización del Ministerio de Defensa obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna, salvo que se trate de obras de conservación de las construcciones ya existentes, o de las previamente autorizadas. Pueden, además, autorizarse aprovechamientos agrícolas o forestales y las instalaciones de carácter temporal.

2. En segundo término se encuentra la zona lejana de seguridad, que se fija en cada caso por el Ministerio de Defensa, y en la cual se requiere autorización para realizar plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones e instalaciones análogas de superficie.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Registrador de la Propiedad de Barcelona
Letrado en Comisión de la Dirección General
de los Registros y del Notariado

y

MIGUEL HERRANZ DÍAZ

Abogado del Estado Jefe de Barcelona

Algunas consideraciones acerca de los efectos de la anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos sociales (*)

SUMARIO I. INTRODUCCION. LOS EFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACION DE UN ACUERDO SOCIAL COMO PROBLEMA.—II. REVISION CRITICA. LA INCONSISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS OBSTATIVOS DE LA PROTECCION DE TERCEROS A LA ANOTACION PREVENTIVA DE UNA DEMANDA DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.—III. ENSAYO DE UNA INTERPRETACION ALTERNATIVA.

I. INTRODUCCION: LOS EFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACION DE UN ACUERDO SOCIAL COMO PROBLEMA

1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales (en adelante, la anotación preventiva) es asiento registral que hace su aparición en nuestro Derecho societario de la mano de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1), para encontrar posteriormente reconocimiento normativo, primeramente con carácter reglamentario (arts. 111 y 112 RRM de 1956) y después legal (arts. 121.1 y 2 y 122.3 LSA), sin perjuicio de su mayor desarrollo reglamentario (arts. 155 y 156 RRM) (2). El régimen de la anotación preventiva se completa, antes en

(*) Este artículo ha sido preparado para ser incluido en los Estudios en homenaje al profesor doctor Justino Duque.

(1) RDGRN 20-II-54 = *RAJ*, núm. 833.

(2) El RRM de 1996 ha reproducido literalmente el tenor dado a estos artículos en el Reglamento de 1989, donde, a su vez y en lo esencial, se reprodujo la regulación anteriormente establecida en el Reglamento de 1956, no sin dejar de introducir, como se ha de ver, alguna destacada novedad.

un plano formal que sustantivo, con las reglas comunes a todo tipo de asientos (arts. 33 a 40 RRM) y con lo preceptuado en el Reglamento Hipotecario (artículo 80 RRM). A estas disposiciones debe sumarse lo previsto para la anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo aprobatorio del balance final de liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada (artículo 118.2 *in fine* LSRL).

La anotación preventiva es medida cautelar prevista, como su régimen es válido, no sólo para las demandas de impugnación de los acuerdos de la junta general de accionistas, sino también para las demandas de impugnación de los acuerdos de la Junta general de las sociedades de responsabilidad limitada (cfr. art. 56 LSRL), así como para las demandas de impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración de las sociedades anónimas (cfr. artículo 143.2 LSA) y de las sociedades de responsabilidad limitada (cfr. artículo 70.2 LSRL).

En particular, y según se deduce de lo prevenido en sus disposiciones específicas, el régimen de la anotación preventiva se resume en la determinación de la competencia judicial para acordar su práctica, de sus presupuestos formales y materiales, de los aspectos formales de su práctica, de su publicación, así como de su cancelación. En particular, la competencia para resolver la solicitud de anotación preventiva corresponde al Juez que fuere competente para conocer de la correspondiente acción de impugnación de acuerdos sociales. Desde el punto de vista de los presupuestos formales, la anotación preventiva sólo podrá concederse a instancia de parte, sin que al respecto deba concurrir ninguna especial circunstancia de legitimación, y previa audiencia de la sociedad demandada. Desde el punto de vista de los presupuestos materiales, la orden de practicar la anotación preventiva solicitada únicamente se hace depender del «prudente arbitrio» del Juez y, si lo estima procedente («podrá supeditar»), de la prestación por parte del demandante de caución adecuada a los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse. Una vez acordada mediante auto, la anotación preventiva se practicará a virtud de mandamiento judicial y habrá de ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Por excepción a lo anterior, la anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo del balance final de liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada será acordada de oficio por el Juez que conozca del asunto, y aparentemente sin dar audiencia a la sociedad y sin establecer fianza alguna (art. 118.2 LSRL). Finalmente, procederá la cancelación de la anotación preventiva practicada mediante mandamiento judicial en caso de desestimación de la demanda, desistimiento o caducidad de la instancia, o bien mediante testimonio de la sentencia firme en caso de estimación de la demanda; naturalmente, y en cualquiera de los casos, la cancelación de la anotación preventiva practicada deberá ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*,

sea como parte del extracto de la sentencia estimatoria, sea independientemente en los demás supuestos.

Y nada más se establece legal o reglamentariamente acerca de la anotación preventiva. En particular, nada se establece acerca de sus efectos, como tampoco nada se estableció al respecto en la regulación anteriormente en vigor.

2. No se me oculta, sin embargo, que la cuestión que ahora suscito, los efectos de la anotación preventiva, no ha merecido una consideración especialmente detenida por parte de nuestros autores, como tampoco desconozco, de otro lado, que las líneas que hasta la fecha se han dedicado a la anotación preventiva reflejan un estado de opinión pacífico.

En este sentido, no estará de más empezar recordando que la sentencia que acoja una acción de impugnación de acuerdos sociales, producirá sus efectos frente a todos los accionistas, pero en cambio no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado (art. 122.1 LSA, que reproduce fielmente el tenor del antiguo art. 67 II LSA 1951). Pues bien, en general, con tanta contundencia como escasa argumentación y atención a las implicaciones, se ha sostenido, con unos u otros términos, que la práctica de la anotación preventiva impide que los terceros adquirentes de derechos a consecuencia del acuerdo impugnado (y posteriormente declarado nulo o anulado) puedan beneficiarse de la protección legalmente dispuesta (3). En esta línea, además, se ha pronunciado recientemente también la Dirección General de los Registros y del Notariado (4).

(3) Si no yerro, esta es la opinión de F. VICENT. *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo I, 3.ª ed., José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1991, pág. 616, e Id., *Introducción al Derecho mercantil*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 226; R. GARCÍA LUENGO y R. SOTO, *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Comares, Granada, 1991, págs. 567 y 568, J. SORIA, «Consideraciones sobre la eficacia de los acuerdos sociales declarados nulos», en *RDM*, núms. 165-166, 1982, págs. 537 y sigs. y pág. 552; V. GIMENO, en V. CORTÉS, V. GIMENO y V. MORENO, *Derecho procesal. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 582 y 583; J. P. RUANO, «El gobierno de la Sociedad Anónima», en AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, págs. 303 y sigs., págs. 315 y 316; J. LANZAS, «Las anotaciones preventivas y las Sociedades Anónimas», en *RDM*, núm. 210, 1993, págs. 1309 y sigs., pág. 1329; J. BOLÁS, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada. Comentario a la Ley tras la reforma de 25 de julio de 1989 y el Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 155; J. R. FERRÁNDIZ y R. GIMENO-BAYÓN, *Junta general y administradores*, en J. M. CALAVIA y R. CABANAS (coordinación), *Sociedades Mercantiles: Sociedades Anónimas*, Praxis, Barcelona, 1991, pág. 421; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *Impugnación de acuerdos de las Juntas de accionistas*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 242. I. DIEZ-PICAZO y A. DE LA OLIVA, «Especialidades procesales en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Revista Derecho Procesal*, 1990, págs. 421 y sigs., pág. 438. E incluso tímidamente quien esto escribe: J. MASSAGUER, «La estructura interna de los grupos de sociedades», en *RDM*, núm. 192, 1989, págs. 281 y sigs., pág. 308.

(4) RDGRN 8-XI-95 = BOE, núm. 293, Fundamento de Derecho 5.ª «Estas anotaciones (preventivas de demandas de impugnación de acuerdos sociales) ...responde (sic) a la

3. Las graves consecuencias prácticas de esta orientación de nuestra literatura y del Centro Directivo se perciben con absoluta nitidez en cuanto se repara en el círculo de terceros afectados o, desde otra perspectiva, en el ámbito de actuaciones y operaciones cuya ineficacia puede deparar la anotación preventiva.

En efecto, entre los terceros que pueden haber adquirido derechos frente a la sociedad a resultas de un acuerdo social impugnado pueden contarse no sólo quienes hayan adquirido derechos mediante actos o contratos que dan ejecución al acuerdo impugnado, sino también quienes los hayan adquirido mediante actos o contratos distintos de los anteriores respecto de los cuales el acuerdo impugnado es simplemente un presupuesto mediató (5). Si entre los primeros figuran, por ejemplo, el contrato establecido con el auditor nombrado por el acuerdo de Junta general objeto de la impugnación, entre los segundos se deben contar, por ejemplo, todos los actos y contratos hechos por los administradores nombrados mediante el acuerdo social impugnado.

No puede extrañar, por tanto, la incertidumbre y dificultades que en algunos casos célebres recientes ha suscitado la anotación preventiva practicada o sólo solicitada en relación con la demanda de impugnación del acuerdo social de renovación de los cargos del Consejo de Administración. Y lo cierto es que no faltan razones para preocuparse: la sentencia que estimara la acción de impugnación del nombramiento de administradores no determina inmediatamente la ineficacia de lo actuado por los administradores, pero determina que se vea afectado por un vicio de nulidad (art. 1.259 II del Código Civil), sin que aparentemente la posición jurídica de los terceros de buena fe, mediante la anotación preventiva, pueda quedar protegida, como procedería de otro modo (art. 122.1 LSA).

No creo dudoso que ésta sea una conclusión poco tranquilizadora. Está en juego, ni más ni menos, la posibilidad de que la sociedad pueda actuar con normalidad en el tráfico económico, no obstante la interposición de una de-

finalidad propia de las anotaciones de demanda que se practican en los Registros jurídicos, la de garantizar la eficacia de la sentencia que en su día se dicte enervando con su presencia el juego legitimador de la publicidad registral que resulta de la presunción de validez y exactitud del contenido del Registro (art. 20.1 del Código de Comercio) de suerte que evite la ineficacia relativa que podría sufrir frente a derechos adquiridos por terceros de buena fe (art. 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 20.2 del Código de Comercio) con anterioridad a la fecha en que ya una sentencia firme, de prosperar la demanda, acceda al Registro constatando la inexactitud o nulidad de lo previamente inscrito» (subrayado añadido)

(5) Distinción apuntada en la doctrina alemana: cfr. U. HÜFFNER, en E. GESSLER y otros, *Aktiengesetz Kommentar*, 9. Lief., F. Vahlen, Munich, 1984, § 248, núm. 20, págs. 202 y 203, y que entre nosotros no dejara de atisbar J. GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1952, pág. 332.

manda de impugnación; o desde la perspectiva contraria, la posibilidad de que la sola interposición de una demanda de impugnación paralice *de facto* la vida de la sociedad. La incomodidad de las soluciones a que conduce la interpretación mayoritaria se hace tanto más evidente cuando se atiende a la legitimación activa para instar la adopción de la anotación preventiva: cualquier socio o administrador, e incluso cualquier tercero que acredite tener un interés legítimo si el acuerdo impugnado lo fuere por estar incurso en un vicio de nulidad, así como a los presupuestos legalmente fijados para su adopción: prudente arbitrio judicial y contracautela en forma de fianza, si bien esta última sólo a instancia de la sociedad demandada y siempre tamizada por la discrecionalidad del Juez reglada en atención a las circunstancias del caso. Y dicha incomodidad se acrecienta todavía más en cuanto se contrastan dichos requisitos con la legitimación activa y presupuestos vigentes para la suspensión de la ejecución de un acuerdo impugnado, como se ha de exponer seguidamente.

II. REVISION CRITICA: LA INCONSISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS OBSTATIVOS DE LA PROTECCION DE TERCEROS A LA ANOTACION PREVENTIVA DE UNA DEMANDA DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES

La eficacia obstativa de la protección de los terceros reconocida generalizadamente a la anotación preventiva, a mi entender, no sólo arroja dudas y sombras desde una perspectiva práctica, sino también serios reparos desde un ángulo puramente técnico-jurídico. En efecto, y siempre desde mi punto de vista, aquel reconocimiento se apoya, en mayor o menor medida y de forma más o menos explícita según los casos, en cuanto malentendidos: la equiparación funcional de la suspensión de ejecución de los acuerdos sociales impugnados y de la anotación preventiva; la atribución de un fundamento registral a la tutela de los terceros en el marco de la impugnación de acuerdos sociales; la transposición mecánica de principios y reglas hipotecaristas y, en fin, la desconexión de la interpretación respecto de las exigencias de fidelidad comunitaria.

4. Tras la lectura mayoritaria se esconde, en primer lugar, lo que considero una inadecuada valoración de la dualidad de medidas cautelares legalmente previstas en relación con la impugnación de acuerdos sociales. En efecto, la anotación preventiva se encuadra entre las medidas cautelares que, desde una perspectiva procesal, son específicas del juicio de menor cuantía previsto actualmente para la impugnación de acuerdos sociales, papel que comparte con la suspensión de ejecución del acuerdo impugnado (art. 120

Ley de Sociedades Autonómicas, desarrollado por art. 157 RRM), como se destaca generalmente en la literatura especializada (6).

Y siendo ello así, el reconocimiento de una eficacia obstativa de la protección de terceros a la anotación preventiva comporta un doble desajuste, funcional y estructural.

Bajo el primer aspecto, sin duda, conviene advertir la peculiaridad del origen de la anotación preventiva. Como ya tuve ocasión de indicar, la anotación preventiva nace en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En particular, y al amparo de su inclusión genérica entre los asientos que podían practicarse en el Registro Mercantil contenida en el entonces vigente Reglamento del Registro Mercantil de 1919 (art. 17 I RRM 1919), se recurrió a la anotación preventiva precisamente con la finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia que en su día pudiera dictarse en el procedimiento seguido para la impugnación del correspondiente acuerdo social, si bien no debe olvidarse que así se hizo sólo a falta de otra medida cautelar que permitiera asegurar tal objetivo (7).

Al intérprete no puede pasar por alto, en cualquier caso y no obstante la fecha de la Resolución considerada, que la legislación aplicada no era la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, sino el Código de Comercio, que carecía de toda clase de medida cautelar para el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Las cosas, sin embargo, cambiaron radicalmente con la entonces nueva Ley de 1951. Si ésta hubiera sido la legislación aplicable, pocas dudas debe haber acerca de que se habría recurrido a la suspensión de la ejecución,

(6) Así, V. GIMENO, en V. CORTÉS, V. GIMENO y V. MORENO, *Derecho procesal*, ob. cit., pág. 582 y sigs.; J. L. RUBIDO DE LA TORRE, «La impugnación de acuerdos sociales en la Sociedad Anónima. Examen especial de las medidas cautelares: suspensión de acuerdos y anotación preventiva», en *La Ley*, 1994-2, pág. 944 y sigs., *passim*, en especial pág. 948, col. dcha.; M.^a L. REYES, «Suspensión de acuerdos sociales y anotación preventiva de demanda», en *Poder Judicial*, 2.^a época, 1991, núm. 23, pág. 99 y sigs., págs. 102 y 103; no obstante, la anotación preventiva es sólo «otra norma procesal especial» para L. Díez-Picazo y A. de la Oliva, *Revista Derecho Procesal*, 1990, núm. 3, pág. 438.

(7) RDGRN 20-II-54, cit. *supra*. «(a)un cuando el Registro Mercantil encuentra su principal fundamento en la legitimación de las situaciones jurídicas y fehaciencia de los documentos aportados, con lo que claramente se pone de manifiesto sus diferencias con el Registro de la Propiedad, dirigido a la concreción y tutela de los derechos, por lo que no cabe una absoluta equiparación entre ambos no deja de ser necesario también en aquél reflejar por medio del asiento oportuno las situaciones que, como la constancia de una oposición a los acuerdos de la Junta general de accionistas, tienda a impedir que la sentencia que en su día recaiga carezca de eficacia práctica, por lo que cabe un principio en nuestro sistema —máximo teniendo en cuenta el carácter supletorio que posee el Reglamento Hipotecario— resolver tal dificultad aplicando la doctrina de la anotación preventiva de demanda que al amparar el derecho, que se ejercita, publica una posible causa de rescisión que afecta a los terceros y sobre todo al asegurar a los demandantes la efectividad de la sentencia, produce los deseados efectos precautorios» (subrayado añadido).

y no a la anotación preventiva. En este sentido, ya entonces, la introducción de la suspensión de ejecución del acuerdo impugnado como medida cautelar propia del procedimiento especial de impugnación de acuerdos sociales (art. 70 IV LSA 1951) hacía del todo superflua la regulación de la anotación preventiva, al menos en la medida en que su objetivo fuera «impedir que la sentencia que en su día recaiga carezca de eficacia práctica». Así parece corroborarlo, por lo demás, la fuente de inspiración del legislador de 1951: en efecto, la regulación de la suspensión de la ejecución de los acuerdos sociales se tomó, casi literalmente, del ordenamiento italiano (cfr. art. 2.378 del *Codice Civile*), que empero carecía de toda previsión relativa a la anotación preventiva [y que había asignado, y aún hoy asigna, aquella finalidad cautelar a la suspensión] (8). Y lo cierto es, de otra parte, que no parece exagerado pensar que la primera regulación de la anotación preventiva estuvo rodeada de serias dudas acerca de su procedencia, como se deduce de la extensión que presta la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil a cuestión tan poco trascendente (sobre todo por la entonces vigente previsión de la suspensión de ejecución de los acuerdos impugnados).

Bajo el segundo de los aspectos antes apuntados, esto es, bajo un aspecto estructural, la eficacia obstativa de la protección de terceros predicada de la anotación preventiva se aviene mal con el juego de analogías y diferencias que se advierten entre la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado y la anotación preventiva. En efecto, por un lado, suspensión de ejecución y anotación preventiva son medidas que poseen un mismo alcance objetivo, pues no parece lícito entender ejecución en un sentido estricto y negar que se pueda ordenar la suspensión de la ejecución de los acuerdos sociales que operan sin necesidad de una ejecución en sentido estricto, sino que es más correcto entender que la suspensión tiende a paralizar en todos los casos la eficacia del acuerdo en cuestión (9). Sin embargo, y por otro lado, una y otra medida difieren en la legitimación activa así como en sus respectivos presupuestos materiales. En este sentido, la equivalencia funcional entre la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado y la anotación preventiva se compagina mal con las diferencias estructurales que pueden apreciarse entre ambas medidas, y que apuntan a la menor dificultad de la obtención de esta segunda: si la legitimación activa se reserva en la suspensión de ejecución a los accionistas impugnantes que representen al menos un 5 por 100 del capital social (art. 120.1 LSA), la solicitud de la anotación preventiva está abierta a cualquier demandante (art. 156.1 RRM), lo que incluye tanto a los accionistas, cualquiera que fuere su participación en el capital, como a los adminis-

(8) F. FERRARA y F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 8.^a ed., Milán, Giuffrè, 1992, pág. 531.

(9) F. GALGANO, *Diritto commerciale, Le Società*, 4.^a ed., Zanichelli, Bologna, 1994, págs. 245 y 246.

tradores, e incluso a los terceros (art. 117.1 y 2 LSA); si la concesión de la suspensión de la ejecución está condicionada, como repetidamente ha exigido una jurisprudencia menor especialmente consciente de la gravedad de esta medida, a la presencia de un *fumus boni iuris* y de un *periculum in mora* (10), la concesión de la anotación preventiva se condiciona, por el contrario, sólo al prudente arbitrio del juez (11). En cambio, en ambos casos la contracautela, o prestación de caución por el demandante dirigida a garantizar los daños y perjuicios una injustificada suspensión o anotación preventiva, es discrecional para el Juez, que, no obstante, puede acordarla de oficio en relación con la suspensión de la ejecución (cfr. art. 120.2 LSA), y sólo podrá dictarla previa solicitud de la sociedad demandada en relación con la anotación preventiva (cfr. art. 155.1 RRM). De otro lado, e igualmente en el plano de las coincidencias, en ambos casos, su eventual eficacia frente a terceros de buena fe, fuere la que fuere, queda condicionada a la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (cfr. arts. 121.1 y 121.2 LSA, en relación con el art. 21.1 CCom., no obstante la omisión de la suspensión de ejecución en el art. 353.20.º RRM).

En suma, tanto la génesis de la anotación preventiva como medida cautelar propia de los juicios de impugnación de acuerdos sociales, como las analogías y diferencias estructurales que se aprecian entre anotación preventiva y suspensión de la ejecución de los acuerdos impugnados, a mi modo de ver, permiten sostener que debe asignarse una diferente función a una y otra medida cautelar. No parece fuera de lugar, en efecto, rechazar que, en la práctica, puedan alcanzarse los mismos resultados (inejecución del acuerdo, pues difícilmente habrá terceros dispuestos a asumir la ineficacia de su adquisición) a través de dos mecanismos diversos, tanto más cuanto uno de ellos, la anotación preventiva, posee unos requisitos menos rigurosos. En este sentido, y en particular, a la suspensión de ejecución debe reservarse la función propiamente aseguradora de la eficacia de la sentencia frente a la realización de actos durante la tramitación del procedimiento que pudieran dejarla sin sentido. Desde otra perspectiva, pero en este mismo orden de cosas, si no concurren los requeridos *fumus boni iuris* y *periculum in mora* no se acierta

(10) SSAP Barcelona (Sección 13.ª) 26-V-92 = RGD, núm. 579, 1992, pág. 12149 (Sección 15.ª) 24-I-94 = RJC, 1994-II, pág. 409. AP Barcelona (Sección 11.ª) 31-I-91 = RJC, 1991, pág. 440, AP Madrid (Sección 18.ª) 3-XI-94 = Revista de Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, 1995, pág. 497.

(11) De hecho se dice que su adopción es discrecional: R. JIMÉNEZ DE PARGA, «La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley reguladora de la Sociedad Anónima», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 1801 y sigs., pág. 1818, así como J. L. RUBIDO DE LA TORRE, *La Ley*, 1994-2, pág. 948, col. izqda. Entre la doctrina procesal, por contra, se exige igualmente *fumus boni iuris* y *periculum in mora*: V. GIMENO, en V. CORTÉS, V. GIMENO y V. MORENO, *Derecho procesal*, ob. cit., págs. 583 y 584.

a ver tampoco la necesidad de una anotación preventiva encaminada a asegurar la efectividad del fallo firme estimando la impugnación; y al contrario: si concurren, procede la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado, y no la mera anotación preventiva.

5. De otro lado, la destrucción de la protección de los terceros mediante la anotación preventiva se ha afirmado con un más o menos acusado olvido del fundamento de la tutela de sus derechos derivados del acuerdo impugnado. La posición mayoritaria, efectivamente, se funda, de forma explícita o implícita, en una lectura en clave registral de la tutela procurada a los terceros de buena fe que adquieren derechos a consecuencia de acuerdos nulos o anulados; en este sentido, se ha dicho incluso que tal protección no deja de ser una concreción del principio de fe pública (art. 20 CCom., y art. 8 RRM): la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará a los derechos de terceros de buena fe (12). Ello, a mi modo de ver, pasa por alto el doble carácter general que posee la tutela de los terceros en este contexto.

En primer lugar, la protección de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe se establece sin distinguir entre acuerdos impugnados inscribibles y no inscribibles, particularmente sin que quede limitada a los acuerdos inscribibles. En este sentido conviene tener presente que el fundamento de la protección de los terceros no es la previa inscripción del acuerdo impugnado, sino sólo la buena fe. Y de ahí también que, en otro orden de cosas, si la referida protección tuviere el pretendido carácter registral, también debiera aceptarse que habría de restringirse a los acuerdos no ya inscribibles, sino inscritos, precisión que no encuentra respaldo alguno en la doctrina y que, por lo demás, dejaría al intérprete ante un abismo idéntico a aquel ante el que se hallaba a la hora de aplicar las normas generales sobre nulidad antes de la reforma de régimen jurídico de las sociedades anónimas en 1951, cuestión que con tanta preocupación fue abordada por nuestra mejor doctrina (13). La dimensión actual del problema es mayor si cabe, y ello se aprehende con facilidad en cuanto se repara en que esta norma de protección de terceros es aplicable a la impugnación de los acuerdos de la Junta general de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 56 LSRL), entre cuyas competencias figuran igualmente la adopción de decisiones gerenciales (art. 44 LSRL), o a la impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración de anónimas y limitadas (art. 143.2 LSA, art. 70.2 LSRL, y art. 155.1 RRM), los cuales en buena parte de los casos son inscribibles.

(12) Especialmente claro, G. LANZAS, *RDM*, núm. 210, 1993, pág. 1329.

(13) Cfr. J. GARRIGUES, *Traído de Derecho mercantil*, tomo I-2. *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, pág. 1018 y sigs., en línea que antes publicara en su artículo «Nulidad e impugnación de los acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima», en *RDM*, núm. 3, 1946, pág. 415 y sigs.

En segundo lugar, y lo que es más importante, la protección de los derechos de los terceros adquiridos a resultas de un acuerdo impugnado no es una norma que refleje un principio registral, sino una norma que establece una regla de Derecho general de obligaciones (14). Tal y como a las claras revelan las preocupaciones expresadas por la doctrina bajo la vigencia del régimen de la sociedad anónima del Código de Comercio (15), la finalidad de la tutela de los derechos adquiridos por tercero consiste en asegurar la más conveniente tutela del tráfico (16) o, en un plano económico, en asegurar el normal desenvolvimiento de la actividad de la sociedad en sus relaciones con los terceros (17). Y en este sentido, y como ya se ha apuntado, debe valorarse adecuadamente el hecho de que el presupuesto de la protección de terceros sea sólo la buena fe, y no la inscripción registral del acuerdo impugnado. De ahí que no pueda cuestionarse seriamente el carácter general o de Derecho común, y no registral, de la excepción (y protección) que introdujo primeramente el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, y que ahora dispone el artículo 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989; de hecho, esta lectura se corresponde con la interpretación mayoritaria en la doctrina (18).

Siendo todo ello así, no parece dudoso tampoco que la buena fe exigida para mantener la adquisición de derechos resultante del acuerdo impugnado (y devenido ineficaz) consiste en la creencia de que no existe vicio que pueda invalidar el correspondiente acuerdo social (arg. ex art. 1.950 CC). Y si es cierto que su inscripción en el Registro Mercantil funda suficientemente dicha creencia, no lo es, en cambio, que la anotación preventiva pueda destruirla, precisamente porque la protección no tiene por causa la previa inscripción del acuerdo, esto es, porque se mueve en el plano de la realidad, y no en el de la apariencia registral.

Desde esta perspectiva, en efecto, la buena fe consiste en el conocimiento efectivo de la realidad extrarregistral. En este sentido, la anotación preventiva poco más puede hacer que proclamar la existencia de un litigio en

(14) En esta línea, SAP Barcelona (Sección 1.ª) 4-X-96 (no publicada, pero en el archivo del autor).

(15) Vid. J. GARRIGUES, *RDM*, núm. 3, 1946, págs. 428 a 430.

(16) Extremo comúnmente indicado entre nosotros, *per omnia*, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. M.ª MUÑOZ, *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo V, *La Junta General de Accionistas*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 344.

(17) Aspecto especialmente destacado por nuestra jurisprudencia. SSTS 27-VI-69 = *RAJ*, núm. 3667, 21-II-73 = *RAJ*, núm. 533, 27-XII-73 = *RAJ*, núm. 4982, 29-XI-83 = *RAJ*, núm. 6733.

(18) Para el artículo 67 II LSA, 1951, J. GARRIGUES y R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 3.ª ed., por A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, Madrid, 1976, págs. 767 a 771, y, ahora para el artículo 122.1 LSA, en lugar de muchos, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. M.ª MUÑOZ, *La Junta General de Accionistas*, ob. cit., págs. 343 a 347.

torno a la nulidad o anulabilidad de un acuerdo social, pero no introducir en el Registro Mercantil elementos o datos que revelen la inexactitud de los asientos registrales. De ahí que, a mi juicio, pueda convenirse sin dificultad en que la anotación preventiva destruye el normal juego del principio de legitimación, pero deja absolutamente intacta la eficacia de toda normativa que, como el artículo 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, contenga una regla general de Derecho de obligaciones. Dicho en otros términos, la práctica de la anotación preventiva y la imposibilidad de entender vigente el principio de legitimación, no debe llevar, a continuación, a entender que la anotación preventiva, adoptada como lo está con base en el prudente arbitrio del Juez, y sin incorporar ningún tipo de pronunciamiento sobre el fondo, toma la presunción de exactitud y validez en otra de inexactitud e invalidez en perjuicio de los terceros. Desde mi punto de vista, en efecto, nada autoriza a apartarse del principio general de presunción de la buena fe de los terceros y, más en particular, de la presunción general, y por ello mismo formulada con independencia del juego registral, de validez de los acuerdos sociales impugnados que ha formulado nuestra jurisprudencia (19); de modo que tampoco nada autoriza a desechar la opinión que sostiene, de un lado, que «la existencia o no de buena fe en el tercero es una cuestión de hecho» y, de otro lado y sobre todo, que «el conocimiento de la impugnación no bastará por sí solo para constituir en mala fe al tercero» (20).

6. Rasgo también acusado en la eficacia destructiva de la protección de los terceros propuesta para la anotación preventiva es una, a mi juicio, difícilmente aceptable asunción y traslación de principios hipotecaristas, particularmente en lo relativo a la eficacia de las anotaciones preventivas.

Ciertamente, no debe haber disputa acerca de la influencia decisiva que, tanto desde una óptica institucional y formal como sustantiva y técnica, ha tenido el acarreo de instituciones hipotecaristas en la construcción del régimen jurídico de la publicidad registral mercantil, y otro tanto puede decirse de la importancia de la dogmática hipotecarista en la interpretación de las normas reguladoras del Registro Mercantil y, por supuesto, de las facetas registrales del Derecho de sociedades. Sin embargo, la transposición de instituciones y lecturas hipotecaristas al ámbito de la publicidad registral mercantil y del Derecho registral de sociedades puede no hallar justificación suficiente en todos los casos, al menos sin serias correcciones, de todo punto precisas para asegurar su acomodo sistemático y funcional al nuevo contex-

(19) Así expresamente para la anotación preventiva SAP Barcelona, 4-X-96, cit. *supra*.

(20) Así, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. M.^a MUÑOZ, *La Junta General de Accionistas*, ob. cit., pág. 347.

to (21). Y la atribución de efectos obstativos de la protección de los terceros a la anotación preventiva puede ser un buen ejemplo de ello.

Bajo este aspecto, parece oportuno comenzar recordando que, de los distintos elementos en que se basa la protección del tercero que adquiere confiado en la apariencia del Registro de la Propiedad, la anotación preventiva de demanda no destruye la buena fe, sino que introduce en el registro la causa que determina la ineficacia del título del transmitente. Así, la anotación de demanda frustra la aparición de un tercero protegido, de una persona que no fue parte de la situación previamente registrada, con absoluta independencia de su estado subjetivo.

En este sentido, no es dudoso que el juego de la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad está íntimamente vinculado a su estructura y principios rectores. En efecto, si en el sistema registral hipotecario se ha podido decir que la anotación preventiva de demanda es «un medio de asegurar que, cuando recaiga una sentencia condenatoria, ésta pueda ejecutarse en iguales condiciones y circunstancias bajo las cuales hubiera podido la misma cumplirse al tiempo que se inició la instancia correspondiente» (22), ello se debe tanto a la configuración del Registro de la Propiedad, en un plano material, como registro de derechos, con la consiguiente proyección de los principios de legitimación y fe pública sobre derechos, así como al carácter sustantivo del principio de prioridad (23). Por el contrario, el Registro Mercantil es un registro de personas y de actos de las personas inscritas, con la consecuencia de que los principios de legitimación y buena fe sólo pueden predicarse de las personas y sus actos

(21) Ya J. GARRIGUES, «El Registro Mercantil en Derecho español», en *RCDI*, núm. 69, 1930, pág. 657, y págs. 668 y 669.

(22) R. M.^a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo II, 6.^a ed., Bosch, Barcelona, 1968, págs. 849 y 851, palabras acogidas por el Tribunal Supremo. «la anotación preventiva es una medida cautelar que tiene por finalidad asegurar que cuando recaiga una sentencia condenatoria, ésta pueda ejecutarse en aquellas circunstancias que cuando se inició la instancia judicial» (STS 30-XII-74 = *RAJ*, núm. 4944)

(23) Así ha podido establecerse que el efecto de la anotación preventiva de demanda consiste «en asegurar un rango al derecho real que como consecuencia del litigio pueda constituirse, asegurando la retroactividad del mismo al momento de la anotación de la demanda frente a terceros que hayan inscrito en el intermedio algún derecho» (J. COSSIO, *apud* J. L. LACRUZ, *Derecho Inmobiliario Registral, Elemento de Derecho Civil*, tomo III bis, Librería Bosch, Barcelona, 1984, pág. 222), y, en general, que el efecto de la anotación preventiva es eludir la inoperancia de ciertos derechos que todavía no pueden acceder al Registro y prevenir los riesgos ocasionados por el juego de la fe pública registral, permitiendo que tales derechos tengan efectividad frente a terceros antes de su inscripción (R. M.^a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, ob. cit., tomo II, pág. 843). Es altamente significativo, en este sentido, que la eficacia enervante de la fe pública registral atribuida a la anotación preventiva se produzca sólo en favor de titulares de situaciones jurídicas todavía no inscribibles (como destacara L. DIEZ-PICAZO, «Las anotaciones preventivas», en *RDN*, 1964, pág. 21)

pero no de los títulos relativos a sus derechos; de otro lado, el Registro Mercantil es un registro en el que el principio de prioridad tiene un carácter estrictamente técnico (art. 10 RRM): ordena el acceso de los documentos a los libros del Registro. Siendo ello así y, particularmente, careciendo en el ámbito registral mercantil los principios de fe pública y de prioridad de virtualidad para resolver conflictos entre derechos incompatibles, difícilmente parece sostenible que la anotación preventiva enerve la protección establecida en el contexto considerado por introducir en el Registro Mercantil la causa de ineficacia de la transmisión, pues ni su objeto ni el título de la sociedad tienen reflejo registral. En el Registro Mercantil, en suma, no se produce un conflicto entre derechos de terceros y la consiguiente necesidad de tutelar a uno de ellos. Por ello, la anotación preventiva de demanda no puede tener en el sistema registral mercantil una función equivalente a la que desempeña en el sistema hipotecario (24).

7. Finalmente, la lectura que se ha hecho mayoritariamente de los efectos de la anotación preventiva no parece ajustarse debidamente a las exigencias comunitarias. Como es bien sabido, es exigencia de la normativa comunitaria de armonización en materia de sociedades que, cumplidas las formalidades establecidas acerca del nombramiento de administradores sociales (inscripción y publicación), la irregularidad del correspondiente acuerdo social no pueda oponerse a los terceros de buena fe, a menos que la sociedad demuestre que tenían conocimiento del vicio que afectaba a su nombramiento [art. 8 de la Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar para hacer equivalentes las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del art. 85 del Tratado, para proteger los intereses de los socios y terceros (68/151/CEE) = DOCE, 1968, N.º L 65/8].

(24) No en vano, nuestra mejor doctrina ha indicado en unas líneas luminosas que: *«Las anotaciones preventivas pierden en el Registro Mercantil su significación primordial (asegurar una acción personal que tiende a la inscripción o a la cancelación de un derecho). En rigor, como se trata de derechos, sino de hechos realizados, no cabe hablar de anotaciones preventivas en el Registro Mercantil. Sin embargo, el Reglamento admite las anotaciones preventivas por suspensión (arts. 44 y sigs.). Ahora bien, esta clase de anotaciones se explica cuando el orden cronológico de presentación en el Registro determina el orden de preferencia en el derecho (principio de prioridad en el sistema hipotecario español y en el suizo). Pero la mayoría de las inscripciones en el Registro Mercantil no puede determinar ningún orden de preferencia en los derechos, precisamente porque no se inscriben derechos, sino hechos (A se dedica al comercio; B otorga un poder general, C se aparta de una sociedad colectiva, la sociedad D eleva su capital social, etc.). El orden cronológico de la inscripción es aquí indiferente. Rara vez se producirá colisión entre dos derechos inscritos y servirá la fecha de presentación para decidir el conflicto entre dos posiciones jurídicas contradictorias»* (J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 7.ª ed., s.e., Madrid, 1976, pág. 703, retomando palabras antes escritas en su trabajo «El Registro Mercantil en Derecho español», en *RCDI*, núm. 69, 1930, págs. 669 y 670).

De ahí se sigue, en primer lugar y cuando menos, que la pretendida destrucción de la protección de terceros mediante la anotación preventiva no pueda aplicarse al que probablemente resulta ser el supuesto más importante de la práctica: el acuerdo de nombramiento de administradores. En efecto, y sin perjuicio de cuanto aún se ha de exponer en el párrafo siguiente, en este caso concurren, a mi modo de ver, los presupuestos necesarios para afirmar la eficacia vertical de la norma de la Directiva ahora considerada o, lo que es lo mismo, para interpretar la disposición española relevante conforme a la Directiva, pues el tenor de aquélla no es abiertamente incompatible con el mandato de ésta (25).

Pero todavía pueden extraerse más consecuencias de la norma comunitaria. En este sentido, no puede dejar de considerarse que el hecho de que el legislador español, a diferencia del italiano, por ejemplo, haya dejado de incorporar la disposición comunitaria no significa necesariamente que haya incumplido sus obligaciones. Bien pudiera ocurrir, al contrario, que el legislador español no se hubiera sentido obligado a ello. Y lo cierto es que me parece preferible esta explicación para la falta de regulación, que aquella otra que imputaría al legislador español un incumplimiento de sus obligaciones comunitarias. Bajo este aspecto, por tanto, parece posible sostener que si el legislador español no ha incorporado el tenor del artículo 8 de la Primera Directiva de Sociedades se debe al entendimiento de que el ordenamiento societario interno no necesitaba adaptación en este punto por hallarse plenamente vigente la protección requerida. Y tal entendimiento ha de fundarse necesariamente en el artículo 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, que no distingue entre clases de acuerdos, y, al mismo tiempo, en la insuficiencia de la anotación preventiva para destruir dicha protección.

III. ENSAYO DE UNA INTERPRETACION ALTERNATIVA

8. De cuanto antecede puede concluirse, al menos, que existen serias dudas acerca de la aptitud de la anotación preventiva para privar de protección a los terceros que adquieren derechos de una sociedad a partir de un acuerdo social impugnado y luego declarado nulo o anulado. Asimismo, no parece exagerado convenir en que, tras la reforma de 1951, la anotación preventiva difícilmente podría mantener la función con que fue introducida originariamente, el aseguramiento de la eficacia de la sentencia que acogiera la impugnación, en concurrencia con la función típica y propia de la suspen-

(25) SSTJCE 13-XI-90, asunto C-106/89 «Marleasing, S. A. c Comercial Internacional de Alimentación, S A » = Rec., 1990, pág. I-4135, cdo (8), 14-VII-94, asunto C-91/92 «P. Faccini Dori c Recreb Srl» = Rec., 1994, pág. I-3347, cdo. (26).

sión de ejecución del acuerdo impugnado, pero con una dificultad o, si se prefiere, con un coste de obtención inferior. Y en este sentido, bien puede cuestionarse la necesidad y, en cualquier caso, la conveniencia de mantener la anotación preventiva tras la introducción de la suspensión de ejecución del acuerdo impugnado.

Ello no obstante, y hoy por hoy, la anotación preventiva es medida que, por más que quizá pudiera considerarse superflua, debe jugar algún papel en el contexto de la impugnación de acuerdos sociales, si bien resulta abiertamente precisa una clarificación de su función y efectos vigentes.

9. Desde este último ángulo, parece oportuno asumir que la protección de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe a consecuencia de un acuerdo nulo o anulado se desenvuelve en un plano diverso al característico de los efectos de la anotación preventiva. En efecto, no puede ignorarse que, como medida cautelar que es, la anotación preventiva está orientada y ordenada al aseguramiento de una situación jurídica litigiosa que, en este caso y en y por principio, se desenvuelve en un plano intra-societario sin perjuicio de la legitimación activa reconocida a los administradores (emanación de su deber de administración dirigente que comprende el control de la legalidad de la vida societaria) y a los terceros con interés legítimo. En el plano interno que aquí interesa, también en principio y amén de no discutirse cuestiones relativas a la titularidad de derechos sino a la legalidad de los acuerdos sociales, no se dilucidan conflictos que afecten a los terceros (al menos a los terceros en sentido propio a que, como se ha de ver, se refiere el art. 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas) de un modo directo o inmediato y, en particular, conflictos que enfrenten a los demandantes o a la sociedad con dichos terceros. Siendo ello así, la anotación preventiva tampoco debe extender su eficacia tuitiva más allá del estricto ámbito interno en que se plantea el conflicto, tanto más cuanto que las repercusiones que pueden seguirse de dicho conflicto para los terceros son objeto de una específica regulación de carácter general, que dispone la protección de los derechos que pudieran adquirir de buena fe como consecuencia del acuerdo impugnado y luego anulado. Y de la vocación *ad intra* de su eficacia da buena cuenta, desde un ángulo positivo, la previsión de que la anotación preventiva se practique de oficio en el caso de impugnación del acuerdo social aprobatorio del balance final en la liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 118.2 LSRL); en este supuesto, en efecto, por definición no existe la posibilidad de que los terceros establezcan relaciones jurídicas con la sociedad fundadas en este acuerdo (cfr. arts. 118.1 y 120 LSRL), como tampoco pueden los socios invocar ninguna regla de protección de la adquisición de la cuota de liquidación (cfr. art. 122.1 LSA, por remisión del art. 56 LSRL) que necesitara de la anotación preventiva para quedar desvirtuada.

De tal modo, la anotación preventiva debe valorarse como un mecanismo de carácter estrictamente técnico-registral, cuyos efectos también quedan limitados al ámbito registral (26). De ahí se siguen, en mi opinión, varias consecuencias. En primer lugar, la anotación preventiva sólo puede pedirse y ordenarse en relación con acuerdos que deban tener acceso al Registro Mercantil, pero no respecto de acuerdos no inscribibles (27). En segundo lugar, y por lo que hace a los terceros en un sentido propio, la anotación preventiva impide, efectivamente, el normal juego del principio de legitimación. Sin embargo, esta eficacia no va más allá de privar al tercero que contrató con la sociedad de la defensa que, de otro modo, le prestaría la presunción de exactitud y validez. En este sentido y de conformidad con la aceptada tesis que, con carácter general, sostiene que la función de las anotaciones preventivas consiste en impedir que ciertas situaciones jurídicas que actualmente no son susceptibles de ser inscritas resulten por entero inoperantes a causa del normal juego de la fe pública registral (28), la anotación preventiva impide al tercero invocar el contenido del Registro Mercantil en amparo de su adquisición, esto es, le impide aprovechar la inscripción del acuerdo impugnado (29). Ciertamente no es éste un efecto muy destacado en el caso que ahora se considera: el contenido del Registro Mercantil sólo beneficia a los terceros de buena fe (30), y la prueba de falta de buena fe (conocimiento de la realidad extrarregistral) en el tercero corresponde a quien la invoca, lo que en la práctica deja las cosas tal cual serían sin la anotación preventiva; pero lo poco trascendente del efecto no obedece en este contexto sino al hecho de que el presupuesto de la protección de los derechos adquiridos por terceros a partir de un acuerdo social ineficaz es la existencia misma del acuerdo y la buena fe del tercero, y no la inscripción registral del acuerdo. Siendo todo ello así, la anotación preventiva en la práctica (y sin perjuicio, no estará de más

(26) Como ya apuntara, con carácter general y para todas las anotaciones preventivas practicables en el Registro Mercantil, B. CAMY, «La nueva regulación del Registro Mercantil», en *RCDI*, núms. 400-401, 1961, pág. 946 y sigs., págs. 988 y 989.

(27) En ello están de acuerdo también algunos de los autores que propugnan la lectura mayoritaria. F. VICENT, *Introducción al Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 226.

(28) Vide R. M.^a ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo III, 7.^a ed., Bosch, Barcelona, 1979, págs. 16-18. Y así también en relación con la anotación de demanda de una demanda de impugnación de acuerdos sociales, AP Barcelona, 4-VI-91 = *RJC*, 1991, II, pág. 1062.

(29) Sobre la interpretación de este precepto del artículo 21 del Código de Comercio como regla de la invocabilidad de «los hechos inscritos, tal y como están inscritos, ... por terceros de buena fe»: C. PAZ-ARES, «La reforma del Registro Mercantil», en *BMJ*, núm. 1.556, págs. 65 y 66, respaldado expresamente por A. MENÉNDEZ, «La Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades y el Registro Mercantil español», en *RCDI*, núm. 597, 1990, pág. 401.

(30) *Per omnia*, A. MENÉNDEZ, «La buena fe y el Registro Mercantil», en *Curso de conferencias sobre el Registro Mercantil*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1971, pág. 169 y sigs., *passim*.

insistir en ello, de cuanto se ha explicado a su efecto sustantivo inhibitor del normal juego de la fe pública del Registro) cumple predominantemente una función de publicidad noticia (31). Bajo este aspecto, y como es obvio, la publicación de la existencia de un litigio acerca del acuerdo no torna la presunción de existencia y validez en una presunción de ineficacia, como tampoco lleva al conocimiento de los terceros la existencia de un vicio de nulidad, por lo que es inhábil desvirtuar *per se* la buena fe de los terceros, fundada como está, del modo que se ha explicado repetidamente, en la existencia del acuerdo, y no en el contenido del Registro; en el mejor de los casos, y a partir de la asunción de que sólo la buena fe diligente es protegible, únicamente podría postularse, quizá, que sobre el tercero pesa una carga de comprobar razonablemente la regularidad del acuerdo impugnado.

Así las cosas, y siempre a partir de la premisa de la necesidad utilidad que debe suponerse a toda previsión normativa, la función de la anotación preventiva no tiene tanto un cariz destructivo de posiciones jurídicas de otro modo amparadas por el ordenamiento, cuanto preventivo de la aparición sorpresiva de posiciones jurídicas no amparadas por el ordenamiento. En este sentido, conviene reparar ahora en el ámbito subjetivo de la protección de los derechos adquiridos a causa de un acuerdo impugnado. Aunque legalmente, y a estos efectos, sólo se distingue entre socios y terceros, no parece dudoso que todavía es necesario precisar quiénes pueden tener la consideración de terceros a estos efectos. Para su determinación no vale el concepto registral (los que no son parte del acuerdo impugnado, esto es, los que no eran socios al tiempo de su adopción), sino material, construido a partir de la naturaleza y alcance del acto o negocio realizado por la sociedad a raíz del acuerdo impugnado. De ahí que sea útil distinguir entre negocios (y, por ello mismo, relaciones) jurídico-societarios y negocios (y relaciones) de tráfico, tal y como hace la doctrina alemana (32). A partir de tal distinción, no creo dudoso que la protección de los derechos adquiridos a consecuencia del acuerdo impugnado deba limitarse a los terceros que lo sean por actos o negocios de tráfico, y no a los que lo sean por actos o negocios jurídico-societarios, esto es, no a los que devengan socios por virtud, aunque de forma mediata, del acuerdo impugnado.

En este contexto, y siempre atendida la presencia concurrente de la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado, halla la anotación preventiva

(31) Así, SAP Barcelona, 4-X-96, cit. *supra* «la anotación preventiva de demanda (de impugnación de acuerdos sociales) tiene en todo caso un objetivo meramente informativo.. y por tanto aunque el Registro Mercantil sea de personas y no de derechos, el que se informa de su contenido no por ello puede pretender o presumir la ineficacia de las inscripciones vigentes en razón de la anotación preventiva».

(32) W. SHILLING, en C. H. BARZ y otros, *Grosskommentar Aktiengesetz*, W. de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1973, 248, núm. 4.

una función sustantiva conforme con la que cumple en el ámbito registral inmobiliario y también, probablemente, necesaria. En efecto, la anotación preventiva da a conocer la existencia de una impugnación a los socios y a terceros, en particular a los terceros que, por adquirir derechos mediante un negocio jurídico-societario que traiga causa del acuerdo impugnado, están en trance de pasar a ostentar una posición jurídica que, como se acaba de indicar, ha de sucumbir en caso de que el acuerdo social en cuestión fuere declarado nulo o anulado, introduciendo de este modo en el Registro Mercantil precisamente la causa, si no en un sentido sustantivo (pues el ámbito de las adquisiciones protegidas y no protegidas se define por entero a través de normas extrarregistrales, cuyo fundamento es ajeno del todo a la inscripción del acuerdo impugnado) sí en un sentido formal, desencadenante de la ineficacia de la adquisición de los socios y, sobre todo, de los terceros que establecen con la sociedad una relación de naturaleza jurídico-societaria a partir del acuerdo impugnado y posteriormente anulado. Así lo confirma el artículo 118.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada cuya función, por las razones ya anticipadas, no puede exceder en este ámbito la información a los socios acerca de la pendencia de una impugnación de la que pudiera resultar una obligación de restitución de la cuota. Y de tal modo, la anotación preventiva entroncaría en su función con la propia de la comunicación de la impugnación que se impone al *Vorstand* de la sociedad anónima alemana: alertar a los accionistas y otros interesados de que ya no puedan contar con que el acuerdo continúe siendo válido, sin que de dicha comunicación dependa, sin embargo, los efectos de la ineficacia ni frente a los accionistas, ni frente a los demás interesados (33).

De todo ello se sigue también, que el interés que fundamentalmente se deba valorar para conceder o denegar la anotación preventiva, y así para formar el arbitrio judicial, no ha de ser el del impugnante, sino justamente el de los socios en general y muy en especial de los terceros que puedan establecer una relación con la sociedad que deba quedar irremisiblemente afectada por una sentencia que acoja la impugnación del correspondiente acuerdo social, así como también el interés de la sociedad, si bien sólo en la medida en que la nulidad o anulación pueda reportarle costes relevantes en la liquidación del eventual estado posesorio ineficaz (34). Así las cosas, los supuestos en los que puede proceder típicamente la anotación preventiva son, por ejemplo, los de aumento de capital que debiera ser suscrito en todo o en parte por personas distintas de los accionistas, y aquéllos en que no

(33) U. HUFFNER, en E. GESSLER y otros, *Aktiengesetz Kommentar*, ob cit., § 246 AktG, núms 75 a 78, págs 179 y 180

(34) En esta línea, parecen apuntar SAP Madrid, 19-V-93 = *RGD*, núm. 588, 1993, pág. 8812, así como Auto JPI, núm. 2, Madrid, 7-XI-94 (no publicado, pero en el archivo del autor).

procede, también de común, son, por ejemplo, los de nombramiento de administradores.

10. En suma, la anotación preventiva, desde un ángulo sustantivo, únicamente impide que la inscripción registral del acuerdo impugnado produzca plenamente los efectos propios de la publicidad material positiva. Pero la anotación preventiva es insuficiente para determinar la ineficacia de las adquisiciones de derechos que traigan causa del acuerdo impugnado y posteriormente anulado realizadas por los terceros en general, amparadas como están dichas adquisiciones por una norma fundada en la existencia misma del acuerdo y en la buena fe de los terceros. Y todo ello sin perjuicio de que la anotación preventiva, en su componente de mera publicidad o publicidad noticia, esto es, desde un ángulo formal, advierta de la pendencia de un procedimiento de impugnación a los socios y, muy en particular, a los terceros que puedan establecer una relación jurídico-societaria a partir del acuerdo impugnado, previniendo así la aparición de las correspondientes posiciones jurídicas claudicantes o, en su caso, permitiendo a socios y terceros ineludiblemente afectados por la ineficacia del acuerdo la adopción de las medidas de garantía que se estimen más convenientes.

JOSÉ MASSAGUER

Catedrático de Derecho Mercantil

Esquema del órgano de administración en las sociedades de capital después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996

La reciente reforma del Reglamento del Registro Mercantil por Real Decreto de 19 de julio de 1996 ha supuesto la culminación de la reforma de nuestra legislación mercantil para su adaptación a las Directivas Comunitarias. A lo largo de la misma e incluso en este último texto reglamentario, el órgano de administración de las sociedades mercantiles capitalistas ha experimentado profundas reformas, por lo que creo oportuno hacer un resumen de su tratamiento final.

No voy a entrar en el estudio de este órgano social en las sociedades comanditarias por acciones, porque, como es sabido, les son de aplicación las normas de las sociedades anónimas, sino que lo haré en relación con dichas sociedades anónimas y con las sociedades limitadas. Y teniendo en cuenta que son más los puntos coincidentes que los de diferente regulación para una u otra forma social, empezaré examinando la normativa y jurisprudencia común, para, en último lugar, señalar las especialidades en las sociedades limitadas.

Lo primero que salta a la vista en nuestro Derecho es la inexistencia de un Consejo de Vigilancia que, al estilo alemán, controle para la Junta la actuación de los Administradores. En España, la reforma de 1989, a pesar de estar muy influenciada por la normativa germana a través de las Directivas Comunitarias, no creyó oportuno incluir este tercer órgano social. En nuestro país, por tanto, la vigilancia de los Administradores la ejerce directamente la Junta.

ESTRUCTURA

Se encuentra regulada en el Reglamento del Registro Mercantil, art. 124-1 para las sociedades anónimas y 185-1 para las sociedades limitadas. Art. 124-1 Ley de Sociedades Anónimas: «En los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye: a) A un Administrador único. b) A varios Administradores que actúen solidariamente. c) A dos Administradores que actúen conjuntamente. d) A un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros». Art. 185-1 Ley de Sociedades Limitadas: «En los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye: a) A un Administrador único. b) A varios Administradores que actúen solidariamente. c) A varios Administradores que actúen conjuntamente. d) A un Consejo de Administración integrado por un mínimo de tres y un máximo de doce miembros». Debe señalarse siempre en los estatutos el número máximo y mínimo de Administradores solidarios en las sociedades anónimas y también de los mancomunados en las sociedades limitadas, así como el número máximo y mínimo de Consejeros en el supuesto de Consejo de Administración (aunque no hay obstáculo a que se fije un número concreto). Todo ello conforme a los citados preceptos reglamentarios y sin olvidar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8-6-1993, que admitió la cláusula estatutaria por la cual, en una sociedad limitada, la administración se atribuirá a «un número de Administradores que no podrá exceder de tres —lógicamente, no hace falta señalar número mínimo— y que actuarán indistintamente». Y en otras de 12-6 y 12-12 de 1992, se rechazó la concurrencia de solidaridad y mancomunidad.

Y aunque en la sociedad limitada es posible la alternancia de sistemas, a elección de la Junta, lo que no es posible, ni en ella ni en la sociedad anónima, es la coexistencia simultánea de dos sistemas de administración diferentes.

FACULTADES: LA GESTION Y LA REPRESENTACION. ACTOS ANTERIORES A LA ESCRITURA DE INSCRIPCION DE LA CONSTITUCION. LA LLAMADA FACULTAD CERTIFICANTE Y LA DE ELEVAR A DOCUMENTO PUBLICO LOS ACUERDOS SOCIALES

a) Facultades de gestión son aquellas de contenido marcadamente interno, tales como la elaboración de las cuentas anuales, convocar a la Junta general, contratación laboral, etc.

Es interesante detenerse brevemente en la facultad de convocar la Junta. La facultad de convocar la Junta General corresponde a los Administradores y, en su caso, a los Liquidadores (arts. 100 Ley de Sociedades Anónimas y 45 Ley de Sociedades Limitadas). La tendrán, por tanto, el Administrador único, cada uno de los Administradores solidarios, los Administradores mancomunados que tuvieran el poder de representación (actuando conjuntamente) y el Consejo de Administración actuando colegiadamente. Sin embargo, en el caso de Consejo también gozarán de tal facultad los Consejeros-Delegados y Comisión Ejecutiva, si tal facultad se les hubiera delegado, pero no el Presidente del Consejo aunque tal facultad se le hubiera atribuido en Estatutos. (Señala el Tribunal Supremo, en Sentencias de 13-5-1976, 25-4-1986 y 24-2-1995, que si en Estatutos aparece facultado el Presidente del Consejo para tal convocatoria, lo será a los solos efectos de firmar su anuncio, pero sin que él pueda acordarla por sí mismo.)

Estando claro quien tiene facultades para convocar la Junta, sin embargo, en la práctica diaria nos encontramos, con relativa frecuencia, anuncios de convocatoria de la Junta que aparecen simplemente suscritos por el «Secretario del Consejo», lo cual, no teniendo el Secretario facultades legales para convocar la Junta, ni pudiéndosele tampoco atribuir estatutariamente, es insuficiente. Por ello, en esos casos ha de aportarse el oportuno acuerdo del Consejo de convocar la Junta, aunque lo correcto hubiera sido que en el anuncio de convocatoria constara dicho acuerdo. Y esto mismo vale, a mi modo de ver, para los supuestos en que el anuncio lo suscribe el Presidente y no está facultado para ello en Estatutos. En los demás casos, en el anuncio habrá de constar que la convoca el Administrador único, el Administrador solidario o los Administradores mancomunados. En ningún caso «el apoderado», como he visto en alguna ocasión.

En cuanto a la forma de convocatoria no hay mayor problema si ha de hacerse por anuncios (caso normal en la sociedad anónima, conforme al art. 97 de su Ley, pero más raro en la sociedad limitada, que, al amparo del art. 46 de la Ley de Sociedades Limitadas, suele contener en los estatutos formas especiales de convocatoria), pero sí cuando en las sociedades anónimas se añaden requisitos estatutarios a los obligatorios anuncios, y en la mayor parte de los supuestos de las sociedades limitadas. Entonces, además de aparecer cumplidos los requisitos de los anuncios, en su caso, habrá de justificarse que se cumplieron los otros, por ejemplo, cuando la convocatoria tenga lugar por carta certificada o simple escrito. ¿Cómo puede saberse en este caso si la convocatoria fue válida, si llegó a todos los socios, quiénes eran los socios? El anterior art. 176 del Reglamento del Registro Mercantil contenía una norma muy eficaz para estos supuestos: el certificante debía declarar, bajo su responsabilidad, que tales requisitos se cumplieron. Desaparecida, sin embargo, esta norma en la actual reforma del Reglamento —pienso

que por olvido— creo que debe seguir exigiéndose tal manifestación para los casos en que la convocatoria de la Junta no tenga lugar exclusivamente por anuncios en los periódicos.

b) Facultades de representación pueden considerarse como un amplio espectro de actos que abarca desde el más sencillo de administración hasta el más complejo de disposición. Así, dicen los arts. 129 Ley de Sociedades Anónimas y 63 Ley de Sociedades Limitadas: «1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los Administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».

Sin embargo, en relación al alcance de estas facultades de representación se han planteado las siguientes cuestiones:

1.º Respecto a terceros, ¿el objeto social limita de algún modo la actuación de los Administradores? O, dicho de otro modo, ¿el que contrata de buena fe con el Administrador de una sociedad que actúa como tal, pero fuera del objeto social, debe entender inválido el negocio realizado? Rotundamente, no. La 1.ª Directiva Comunitaria señala que la protección de terceros deberá quedar garantizada por disposiciones que limiten, en tanto sea posible, las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de la sociedad, admitiendo, a su vez, que las legislaciones de los países miembros puedan prever la oponibilidad del objeto social frente a los terceros que conocieron o pudieron conocer que el acto excedía del objeto social. Sin embargo, tal previsión expresa no sólo no ha tenido lugar en nuestros preceptos, sino que, además, en los segundos párrafos de los citados artículos (129 Ley de Sociedades Anónimas y 63 Ley de Sociedades Limitadas) se señala un camino claramente protector de los terceros. Por tanto, el objeto social no desempeña otro papel en la Directiva que el que le atribuyan las respectivas legislaciones de los países miembros en la fijación de los poderes representativos de los Administradores; es decir, se dejó a dichos países miembros la regulación del juego que hubiera de darse al tercero que hubiera obrado de buena fe en ese supuesto, haciendo recaer en él o en la sociedad la carga de la prueba.

Y lo que realmente ocurrió en nuestro Derecho es que, a la hora de formular la norma, se impuso la doctrina alemana de la tipicidad e ilimitabilidad del poder, así como la conciencia jurídica que anteponía los intereses de la seguridad del tráfico y los terceros de buena fe a la seguridad jurídica y a los intereses sociales, individuales y corporativos. Sin olvidar que la buena fe de tercero se presume siempre. Por tanto, en nuestro Derecho, a la sociedad

sólo le quedará respecto a los actos realizados por los Administradores fuera del objeto social, probar la mala fe del tercero. En Alemania se llega todavía más allá: a la sociedad no le queda ni esa posibilidad de prueba.

La Dirección General de los Registros y del Notariado apunta esta misma interpretación en Resoluciones de 22-7-1991, 27-4-1992 y 8-7-1993, entre otras.

2.º La Junta no podrá limitar las facultades de representación de los Administradores con efectos frente a terceros. Sí a efectos internos. Nuestros preceptos reguladores han recogido, por tanto, el contenido del art. 9-2 de la 1.ª Directiva Comunitaria, según la cual «las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado».

3.º La Junta tampoco puede invadir la esfera de facultades de los Administradores, ni aunque lo haga por Junta universal y acuerdo unánime. Así, por ejemplo, la Junta no puede otorgar poderes (Resoluciones Dirección General de los Registros y del Notariado de 8-2-1975, 24-4-1980 y 31-10-1989, entre otras).

4.º Actos a título gratuito: Aquí hay que tener en cuenta que la propia naturaleza de la sociedad mercantil excluye en esencia los actos a título gratuito, pues dicha persona jurídica tiene una clara finalidad lucrativa. Sin embargo, si seguimos por este camino podría rechazarse la capacidad de la propia sociedad para realizar tales actos a título gratuito, lo cual, con el art. 38, párrafo primero, del Código Civil en la mano y la propia Constitución, no sería admisible. Ahora bien, lo que no es posible es que una sociedad mercantil se dedique sistemáticamente a la realización de actos a título gratuito y mucho menos incluya tal posibilidad en su objeto social. Consiguientemente, sí es posible la realización de actos aislados por la sociedad a título gratuito, actos que, lógicamente y teniendo en cuenta las razones ya dichas, no podrán efectuar los Administradores por sí solos, sino que requerirán autorización de la Junta. De este modo lo ha recogido la Dirección General en Resolución de 2 de febrero de 1966, a la que antes me he referido: «Los Administradores pueden realizar actos a título gratuito siempre que los ratifique la Junta general universal, pero tales actos nunca podrán formar parte del objeto social, pues iría contra la finalidad lucrativa inherente a toda sociedad mercantil». En línea parecida, el Centro Directivo exigió autorización de la Junta para que los Administradores pudieran constituir hipoteca en garantía de deuda ajena (Resolución de 2 de octubre de 1981).

Hay que resaltar, no obstante, que el concepto «acto a título gratuito» no debe ser objeto de interpretación extensiva, pues en muchos casos el acto será gratuito en sí mismo, pero oneroso si se lo contempla en relación con el tráfico social: así, por ejemplo, un aval a un cliente para obtener posteriores preferencias o beneficios. Entiendo que el acto a título gratuito ha de redu-

cirse al puro acto de liberalidad. Para profundizar sobre este punto me remito a la doctrina de la denominada «donación mercantil».

5.º ¿Quiénes tienen atribuido el poder de representación en cada uno de los distintos sistemas de administración? a) En el caso de Administrador único y varios solidarios, cada uno de ellos detenta esa facultad con carácter exclusivo. b) Si son mancomunados lo ostentarán conjuntamente. c) Y en el caso de Consejo es a éste, actuando colegiadamente, a quien corresponde (arts. 124-2 y 185-3 Reglamento del Registro Mercantil). Cabe citar aquí la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12-9-1994, que admitió la inscripción de una escritura de apoderamiento en la que los dos Administradores mancomunados de una sociedad anónima se nombran recíprocamente apoderados con facultades solidarias.

Ahora bien, en el caso de Consejo de Administración, tanto el propio Consejo, como la Junta si así se pactó en Estatutos (Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 24-11-1981), e incluso los socios fundadores sin estar todavía constituido el Consejo y se lo permiten los estatutos (Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 8-2-1979), podrán designar y separar uno o varios Consejeros-Delegados, a título individual o conjunto, o una Comisión Ejecutiva. Esta designación nunca implicará la pérdida por el Consejo de esas facultades, pues si alguna duda podía haber antes de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil sobre ello, después de la misma queda totalmente claro al emplear los arts. 124 y 185 de dicho Reglamento la expresión «además».

Parece oportuno, antes de seguir adelante, hacer algunas puntualizaciones sobre el Consejo de Administración, sin perjuicio de las referencias que ya ha habido al mismo y seguirá habiendo a lo largo del trabajo:

— A pesar de la escasa regulación del Consejo en la Ley de Sociedades Limitadas, ésta debe llenarse, por analogía, con diversos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas, en lo que no sean incompatibles. Así, el art. 136, comprensivo de la actuación colegiada; el 139 y el 140, en lo relativo al quórum de constitución (entre presentes y representados, la mitad más uno de sus componentes), a las mayorías para acuerdos que no signifiquen delegación de facultades (mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes a la sesión), y a la votación por escrito y sin sesión (admisible cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento); el art. 141, aunque sólo en lo referente a la delegación de facultades; y el 142, relativo al libro de actas de las reuniones. La duda, sin embargo, se plantea en la sociedad limitada en el sentido de si estos preceptos pueden dejarse sin aplicación en el pacto social, exigiendo, por ejemplo, unos «quóruns» distintos para la constitución, mayorías reforzadas para tomar acuerdos, posibilidad de prescindir del libro de actas, etc. A mi juicio, no, porque los quóruns o mayorías del consejo para su constitución y para tomar acuerdos, no

son reforzables en estatutos. Es el órgano ejecutivo y no debe quedar a la voluntad paccionada la posibilidad de un régimen que dificulte su actuación. Así, el art. 57 de la Ley de Sociedades Limitadas señala que en los estatutos se regulará el «modo de deliberar y tomar acuerdos por mayoría»; el precepto habla de «modo», es decir, de la manera de hacerlo, pero no de la mayoría necesaria para ello. En ningún momento se dice que esta mayoría pueda reforzarse. Y lo mismo cabe para los demás supuestos: no se puede prescindir del libro de actas, ni alterar los requisitos para la votación por escrito y sin sesión. Entiendo que son normas imperativas.

— Para la sociedad anónima, el art. 140 de su Ley —no aplicable a las sociedades limitadas— establece que la reunión del consejo deberá ser convocada por el Presidente o el que haga sus veces. En relación con ello, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 diciembre 1995 no admitió como válida la constitución del Consejo efectuada no obstante la oposición de su Presidente a la solicitud de convocatoria, señalando que ello era sin perjuicio de la responsabilidad en que dicho Presidente hubiera podido incurrir por la omisión de la convocatoria. Añade que «tampoco cabe entender en este caso que corresponda al Vicepresidente una facultad directa de convocatoria, pues la sustitución de la oposición del Presidente requiere que éste se halle impedido de forma efectiva para el ejercicio de las funciones propias del cargo».

— En la sociedad anónima, a diferencia de la sociedad limitada, es el Consejo —y no los estatutos, salvo que en ellos se diga lo contrario— el que regula su propio régimen de organización y funcionamiento.

— El cargo de Consejero tiene carácter personalísimo. Consiguientemente sólo podrá otorgarse la representación a favor de otro Consejero y con carácter especial y concreto, nunca con carácter general. No será válida, por ejemplo, la designación que un consejero-persona jurídica hace, como persona física que lo represente, a favor de otro consejero, pues éste reuniría en su persona dos vocalías. En parecido sentido se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 11-3-1991.

— Vocal del Consejo, Miembro del Consejo y Consejero, son términos análogos.

— No pueden coincidir en la misma persona dos cargos diferentes (por ejemplo, Presidente y Secretario).

— No es admisible la copresidencia ni la cosecretaría. Sí la existencia de Vicepresidentes y Vicesecretarios.

— En el documento relativo a los acuerdos del Consejo deben hacerse constar los nombres de los Consejeros asistentes a la reunión, para que el Registrador pueda calificar si sus cargos están vigentes e inscritos (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10, 12 y 13 de junio de 1991).

— El ámbito del poder de representación de los Consejeros-Delegados o Comisión Ejecutiva será siempre el determinado por los arts. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 63 de la Ley de Sociedades Limitadas en relación con los Administradores (art. 149-3 del Reglamento del Registro Mercantil). La determinación de las facultades que se delegan a que se refiere este mismo art. 149 del Reglamento, en sus párrafos anteriores, no hay que entenderlo aplicable, por tanto, al poder de representación, sino a las facultades de gestión.

— No podrá inscribirse el nombramiento de Consejeros-Delegados o miembros de la Comisión Ejecutiva mientras no conste su aceptación (art. 150 del Reglamento del Registro Mercantil). El título deberá ser, para todos los actos referentes a la delegación —nombramiento, aceptación, revocación y renuncia—, la escritura pública (art. 151 del Reglamento del Registro Mercantil). A diferencia del título exigido para los Administradores.

— Inscrita la delegación, sus efectos en relación con los actos otorgados desde la fecha del nombramiento se retrotraerán al momento de su celebración (art. 152 del Reglamento del Registro Mercantil).

6.º Hay que terminar este punto recogiendo los números 4 y 6 de los repetidos arts. 124 y 185 del Reglamento, de idéntico y suficientemente expresivo contenido: «No podrán inscribirse en el Registro Mercantil las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los Estatutos».

ACTOS REALIZADOS POR LOS ADMINISTRADORES ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN

En principio los Administradores no tienen facultades de representación hasta que la sociedad no se inscribe en el Registro Mercantil. Por ello, si los realizan, responderán ellos solidariamente, y no los socios, a no ser que la eficacia de los mismos hubiese quedado condicionada a la inscripción o a la posterior asunción de los mismos por la sociedad, se trate sólo de actos indispensables para obtener la inscripción de la sociedad (por ejemplo, subsanación de defectos), hubieran sido estipulados en virtud de mandato específico dado por todos los socios, o hubiesen sido autorizados para ellos por los socios fundadores (art. 15 Ley de Sociedades Anónimas, aplicable a las sociedades limitadas en virtud del art. 11-3 de la Ley de Sociedades Limitadas).

Es muy normal, por tanto, que en las escrituras de constitución de sociedad anónima y sociedad limitada aparezcan las siguientes estipulaciones: «Se faculta expresamente a los Administradores —por los fundadores— para:

Los actos y contratos celebrados con terceros por el Administrador, antes de la inscripción de la sociedad y dentro del ámbito de sus facultades estatutarias, quedarán automáticamente aceptados y asumidos por la Sociedad, por el mero hecho de la inscripción en el Registro Mercantil.

Que puedan realizar los actos y contratos que el desarrollo de la actividad de la empresa que constituye el objeto social haga necesarios o simplemente útiles, especialmente en el orden interno y organizativo, como el otorgamiento y revocación de poderes de toda clase».

LA FACULTAD CERTIFICANTE. LA FACULTAD DE ELEVAR A INSTRUMENTO PÚBLICO.
ANÁLISIS DEL ART. 111 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

Conforme al art. 109 del Reglamento del Registro Mercantil, *la facultad de certificar* los actos y los acuerdos de los órganos colegiados corresponde tanto a los Administradores como a los liquidadores. En el caso de Administrador único sólo a éste, a cada uno de los solidarios y a los que tengan el poder de representación en el caso de administración conjunta. (Conviene aquí recordar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23-6-1994, que admitió la certificación del acta de la Junta expedida por uno de los Administradores mancomunados y suscrita también por el otro Administrador dimisionario.) Si hay Consejo de Administración sólo al Secretario, o Vicesecretario, en defecto de aquél, siempre con el V.º B.º del Presidente o Vicepresidente en su defecto. Pero siempre del Consejo y no de la Junta. El Secretario o Vicesecretario pueden no ser Consejeros (es importante recordar aquí la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15-11-1993, que permite el nombramiento de Secretario no consejero por el Consejo aunque tal figura no aparezca contemplada en estatutos, matizando, además, que dicho Secretario —o Vicesecretario— no Consejero no estará sujeto al plazo de los Consejeros). Y también pueden señalarse al respecto otras Resoluciones de 14-12-1993 y 2-6-1994, que admiten la cláusula estatutaria que atribuye el carácter de Vicesecretario a todos los miembros del Consejo que no ostentasen cargo especial.

El cargo del certificante deberá estar vigente e inscrito en el momento de expedir la certificación. Sin embargo, dicha inscripción puede ser previa o simultánea a la inscripción de los acuerdos, por lo que es posible que certifique el nombrado en dichos acuerdos.

Si se trata de socio único deberán certificar las mismas personas, aunque también podrá hacerlo el socio único.

En cuanto a la *facultad de elevar a instrumento público*, serán las personas con titularidad certificante las competentes para hacerlo (art. 108 Reglamento del Registro Mercantil), aunque en el supuesto de Consejo, además,

cualquiera de los Consejeros podrá hacerlo siempre que hubiera sido facultado para ello en la escritura o Junta correspondiente. Para que pueda elevar a público cualquier persona no perteneciente al órgano de administración necesitará el oportuno poder (por parte de los Administradores, no por la Junta). Sin embargo, cuando el documento base sea el acta o el testimonio notarial de la misma sólo podrán elevarla a público los Administradores.

Si se trata de socio único podrán elevar a público tanto él como los Administradores.

ANÁLISIS DEL ART. 111 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

Dice así este precepto: «La certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido extendida por el nombrado, sólo tendrá efecto si se acompañare notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, con cargo inscrito, en el domicilio de éste según el Registro. La notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 del Reglamento Notarial. El Registrador no practicará la inscripción de los acuerdos certificados en tanto no transcurran quince días desde la fecha del asiento de presentación. En este plazo, el titular anterior podrá oponerse a la práctica del asiento, si justifica haber interpuesto querella criminal por falsedad en la certificación o si acredita de otro modo la falta de autenticidad de dicho nombramiento. Si se acredita la interposición de la querella, se hará constar esta circunstancia al margen del último asiento, que se cancelará una vez resuelta la misma, sin que dicha interposición impida practicar la inscripción de los acuerdos certificados. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando se acredite el consentimiento del anterior titular al contenido de la certificación, mediante su firma legitimada en dicha certificación o en documento separado, ni cuando se acredite debidamente la declaración judicial de ausencia o de fallecimiento, la incapacitación o la defunción de aquél. 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también aplicable a la inscripción del acuerdo de nombramiento de cargo con facultad certificante cuya elevación a público, realizada por el nombrado, haya tenido lugar en virtud de acta o de libro de actas o de testimonio notarial de los mismos».

Como puede apreciarse, este precepto reglamentario ha sido objeto de un profundo cambio en la reciente reforma del Reglamento del Registro Mercantil —de 19 de julio de 1996—. Dicha reforma se ha movido en dos líneas fundamentales: para recoger cuestiones ya impuestas en la práctica y para incorporar novedades. En la primera línea está la posibilidad de que la notificación se haga al domicilio inscrito del anterior titular de la facultad certi-

ficante, recogiénose lo que ya era doctrina aplicada de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Sin embargo, la nueva redacción del precepto permite que la notificación tenga lugar por cualquiera de las formas contempladas en el art. 202 del Reglamento Notarial. Este precepto regula las actas de notificación y requerimiento. En relación con él hay que apuntar las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 y 21 de noviembre de 1992, y 12 de marzo de 1993 que admitieron la notificación realizada mediante acta notarial acreditativa de la remisión por correo certificado con acuse de recibo del documento en que se formaliza el nombramiento a inscribir, siempre que esta notificación se hubiera efectuado al domicilio registral del anterior titular de la facultad certificante. En base a todo esto, creo que cabe hacerse la siguiente pregunta: teniendo en cuenta que la remisión del art. 111 del Reglamento del Registro Mercantil sólo es al art. 202 del Reglamento Notarial y no al 203, ¿sería suficiente que cuando el Notario, por no encontrar a nadie en el lugar, no serle permitida la entrada, etc., no le fuera posible entregar la cédula, lo haga constar así? En otras palabras, ¿es de aplicación también el art. 203 del Reglamento Notarial? A mi juicio, la respuesta debe ser afirmativa, por las siguientes razones: a) La remisión del art. 111 del Reglamento del Registro Mercantil es a las «formas» del artículo 202 del Reglamento Notarial: actas de notificación y requerimiento. Y el art. 203 del Reglamento Notarial es un desarrollo, un complemento del art. 202, pero no añade ninguna «forma» de notificación más; sólo el modo de proceder del Notario cuando ocurran determinados acontecimientos al pretender efectuarlas. b) En la remisión del art. 111 del Reglamento del Registro Mercantil están comprendidos no sólo los arts. 202 y 203, sino incluso los arts. 204 a 206, porque de lo contrario se privaría al notificado de su derecho a contestar. c) Ni al Notario ni a la sociedad se les puede exigir mayor diligencia. La vida social no puede quedar a expensas de que el notificado no quiera abrir la puerta, haya huído o simplemente trasladado su domicilio sin más explicaciones. El art. 111 del Reglamento del Registro Mercantil no pretende ser un perjuicio para el normal desenvolvimiento de la sociedad. Y se trata de una norma especialísima, de regulación y contenido propios.

Siguiendo con el desarrollo del art. 111 del Reglamento del Registro Mercantil, vemos que se recalca que para el juego de las garantías del mismo es necesario que el anterior titular de la facultad certificante tenga el cargo inscrito. Pueden señalarse también las siguientes novedades: 1.^a La interposición de la querella no impide la práctica de la inscripción. 2.^a No es necesario esperar quince días para inscribir el nombramiento cuando el anterior titular consienta expresamente, o cuando conste su firma legitimada en la certificación o documento separado, o cuando se acredite debidamente la declaración judicial de ausencia o fallecimiento, incapacidad o defunción de aquél. 3.^a Se

solventa la duda —relativa— que la redacción anterior del precepto había dejado: es decir, la aplicación del requisito de la notificación también cuando la elevación a público del acuerdo de nombramiento tuviera como documento base no la certificación, sino el acta, libro de actas o testimonio notarial de ellos, siempre que dicha elevación a público la realizara el propio nombrado. De lo que, «a sensu contrario», se deduce que no será necesaria la notificación cuando, tomando como base esos documentos, la elevación a público no fuera realizada por el mismo nombrado. Profundizando un poco más, puede hacerse el siguiente esquema: *a)* certificación del acuerdo de nombramiento y cese, extendida por el nombrado y elevada a público por el mismo o por otra persona con facultades para ello: será necesaria la notificación fehaciente al anterior titular de la facultad certificante; pero no si la certificación no aparece expedida por el nombrado (por ejemplo, se sustituye al Secretario del Consejo y certifica el Vicesecretario); *b)* acta, libro de actas o testimonio notarial de los mismos en los que se nombra nuevo titular de la facultad certificante: es necesaria la notificación fehaciente al anterior cuando la elevación a público la hace el nombrado, pero no cuando la realiza cualquier otra persona que tuviera facultad para ello.

NOMBRAMIENTO Y SEPARACION

Mientras que en la parte constitutiva de la escritura hay que determinar el sistema de administración elegido (si los estatutos de la sociedad limitada prevén varios) y persona o personas que inicialmente se encarguen de la administración, y sólo esto último en las sociedades anónimas, los estatutos de una y otra forma social deben recoger el sistema o sistemas de administración (esto sólo en las sociedades limitadas) de la sociedad. Una cosa, por tanto, es el sistema de administración (que entra de lleno en el contenido del pacto social o estatutario) y otra las personas que se nombran Administradores (que es competencia exclusiva de la Junta pero no afecta al pacto estatutario). La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 29-11-1955 estimó que «ni se trata de acto, acuerdo o contrato que influya, propiamente, sobre la libre disposición del capital o sobre el crédito, ni tampoco implica alteración o modificación del acto constitutivo de la sociedad, sino que es más bien una manifestación típica de la actividad social, no modificativa, sino cumplimentadora de la escritura fundacional y sus estatutos».

El nombramiento o designación de los Administradores es un negocio jurídico bilateral —pues requiere dos declaraciones de voluntad: la de la Junta que nombra y la del nombrado que acepta— y complejo —participa de la naturaleza jurídica del contrato de mandato, del de arrendamiento de servicios e incluso del de trabajo.

Tal facultad de nombramiento es privativa de la Junta e indelegable, no pudiendo limitarse ni condicionarse en estatutos. Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5-11-1956 entendió la imposibilidad de delegarla en el otro órgano de la sociedad. Sin embargo, ninguna de las dos Leyes impone un «quorum» determinado para el nombramiento. Pero lo que no es posible, como dijo la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 18-6-1980, es establecer en los estatutos circunstancias subjetivas que condicionen el nombramiento de los Administradores, de modo que sólo pudieran ser elegidas determinadas personas; lo cual parece sugerir la posibilidad de condicionar objetivamente dicho nombramiento.

— En cuanto al Consejo deben resaltarse las siguientes especialidades en la sociedad anónima:

1.^a Elección por el sistema proporcional (minorías): es el derecho a nombrar tantos Consejeros como veces se alcance íntegramente el cociente, despreciándose las fracciones sobrantes por elevadas que fueran (art. 137 Ley de Sociedades Anónimas). Conforme resulta del art. 6.º del R.D. de 17-5-1991 es posible la reserva de vacante para el grupo que nombró al que cesa. La votación tendrá lugar por mayoría de las acciones agrupadas, pero éstas no podrán intervenir en la elección de los restantes miembros del Consejo que será facultad de los restantes accionistas. No es posible en la sociedad limitada.

2.^a Elección por cooptación (nombramiento por el propio Consejo): es posible en los términos establecidos por los arts. 138 Ley de Sociedades Anónimas y 139 Reglamento del Registro Mercantil. No parece, sin embargo, existir inconveniente para que en Estatutos se excluya la posibilidad de utilizar este modo de nombramiento. Tampoco es posible en la sociedad limitada.

EFFECTOS DEL NOMBRAMIENTO

Según resulta de los arts. 125 Ley de Sociedades Anónimas y 58 Ley de Sociedades Limitadas, el nombramiento de los Administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación. Quiere decir esto que a partir de entonces los Administradores ya van a poder actuar. La inscripción en el Registro Mercantil no tiene, consiguientemente, eficacia constitutiva.

Sin embargo, tal inscripción viene reforzada por dos principios registrales de la mayor importancia: el de inoponibilidad y el de fe pública. El primero de ellos tiene su apoyo en el art. 21 del Código de Comercio («Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Cuando se trate de

operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos», y el segundo en este mismo artículo del Código de Comercio («Quedan a salvo los efectos de la inscripción») y en el artículo 8 del Reglamento del Registro Mercantil («La declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho. Se entenderán adquiridos conforme a Derecho los derechos que se adquieran en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro»). Del juego de todos estos preceptos se deduce, por ejemplo, que nombrado nuevo Administrador y cesado el anterior, aquél puede actuar en el tráfico sin necesidad de inscripción, pero si los terceros de buena fe contratan con el cesado cuya inscripción no se ha revocado, ese contrato será válido. A los terceros no les afectará ese cambio de Administrador mientras no se hubiera inscrito y publicado en el BORME; e incluso, cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días a la publicación del nombramiento en el BORME, tampoco les perjudicará si demuestran que no pudieron conocer dicho cambio. Por otra parte, la fe pública protege los nombramientos inscritos aunque el acto del que nazcan sea nulo. Así el tercero que contrate con un Administrador inscrito que ha sido nombrado por acuerdo nulo de la Junta, contrata bien y queda protegido por dicho principio de la fe pública. Por ello, aunque no se llega en estos casos a un sistema de inscripción constitutiva, como ocurre en los casos de fundación, los efectos de la inscripción son de mucho calado.

Cuestión distinta es el nombramiento de Consejeros-Delegados o Comisión Ejecutiva, que «no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil» (art. 141-2 Ley de Sociedades Anónimas), siendo además necesaria su publicación en el BORME para que puedan perjudicar a terceros (principio de inoponibilidad: art. 21 del Código de Comercio).

Termino este punto recogiendo el art. 138 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual «en la inscripción del nombramiento de los Administradores se hará constar la identidad de los nombrados, la fecha del nombramiento, y el plazo y el cargo para el que, en su caso, hubiese sido nombrado el miembro del Consejo de Administración.

LA SEPARACION DE LOS ADMINISTRADORES: SU CESE O DIMISION

«La separación de los Administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta General», dice el art. 131 Ley de Sociedades Anónimas. Y el art. 68-1 Ley de Sociedades Limitadas, como más moderno, pre-

cisa: «Los Administradores podrán ser separados de su cargo por la Junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día». Por tanto, los Administradores, tanto de la sociedad anónima como de la sociedad limitada, pueden ser separados de su cargo aunque ello no conste en el orden del día de la Junta. El art. 68-1 Ley de Sociedades Limitadas no ha hecho sino recoger una reiterada y antigua jurisprudencia (Sentencias de 23 de febrero y 20 de noviembre de 1967, y 22 de noviembre de 1970, entre otras).

Visto esto queda, sin embargo, una duda en el aire: ¿en el caso de que el cese del Administrador o Administradores que no constaba en el orden del día de la convocatoria de la Junta fuera a dejar la sociedad «acéfala», es decir, sin órgano de administración, puede en esa Junta nombrarse también nuevo Administrador sin la constancia de ello en el orden del día? La Dirección General de los Registros y del Notariado, en repetidas Resoluciones (26 y 27 de mayo de 1992, y 17 de julio de 1995) se ha manifestado sobre la imposibilidad de que la sociedad quede sin órgano de administración, por lo cual, siguiendo en esta línea, en Resolución de 12 de abril de 1995 admite la posibilidad de cese y nombramiento de Administradores, en aquel supuesto, sin necesidad de que ni uno ni otro acto consten en el orden del día de la Junta. No obstante lo dicho, hay que señalar que el cese no podrá tener lugar de manera tácita, pues como dijo la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 8 de mayo de 1987, tales facilidades no implican que el acuerdo pueda tomarse sin haberse tratado la cuestión en la Junta, siendo necesario que dicho acuerdo conste en la correspondiente acta. Es interesante recordar aquí también la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11-6-1992, que admite la cláusula estatutaria que, para los casos de cese o defunción del Administrador único, permite al socio de más edad ocupar ese cargo a los solos efectos de convocar la Junta y realizar los actos necesarios y urgentes.

Respecto a las sociedades limitadas es especialidad el segundo párrafo del art. 68, según el cual «los estatutos no podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social». Esto no es aplicable a la sociedad anónima que está sometida en estos supuestos a la mayoría simple, sin posibilidad de refuerzo. Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 1992 señalaba que no son admisibles cláusulas estatutarias que, al fijar «quorums» o mayorías superiores a las establecidas en los arts. 102 y 93 de la Ley, dificulten directa o indirectamente el acuerdo de separación. En la sociedad limitada no es posible reforzar por encima de esos dos tercios, y si no se dice nada en estatutos la mayoría aplicable será la más sencilla, es decir, la del art. 53-1 de la Ley.

Cabe recordar las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo y 3 de noviembre de 1991, según las cuales

el cese genérico de Consejeros sin expresar sus nombres, es admisible, pues éstos ya constan en el Registro.

En cuanto a la dimisión hay que tener en cuenta lo dicho por el art. 147 Reglamento del Registro Mercantil: («Primero. 1.º La inscripción de la dimisión de los Administradores se practicará mediante escrito de renuncia al cargo otorgado por el Administrador y notificado fehacientemente a la sociedad, o en virtud de certificación del acta de la Junta General o del Consejo de Administración, con las firmas legitimadas notarialmente, en la que conste la presentación de dicha renuncia. 2. En el documento en virtud del cual se practique la inscripción de la dimisión del Administrador deberá constar la fecha en que ésta se haya producido. 3.º La inscripción del cese de los Administradores por fallecimiento o por declaración judicial del fallecimiento, se practicará a instancia de la sociedad o de cualquier interesado en virtud de certificación del Registro Civil. Segundo. 1.º Salvo disposición contraria de los estatutos, podrán ser nombrados uno o varios suplentes para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios Administradores determinados o todos ellos. Los suplentes habrán de reunir en el momento de su designación los requisitos legal o estatutariamente previstos para ser nombrado Administrador. 2.º En este caso, en la inscripción del nombramiento de Administradores, se expresará la identidad de los suplentes y, si hubiesen sido designados varios, el orden en que habrán de cubrir las vacantes que puedan producirse. No se practicará la inscripción en tanto no conste la aceptación de los suplentes como tales. 3.º El nombramiento y aceptación de los suplentes como Administradores se inscribirán en el Registro Mercantil, de conformidad con las reglas generales, una vez que conste inscrito el cese del anterior titular. Si los estatutos establecen un plazo determinado de duración del cargo de Administrador, el suplente desempeñará el cargo por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra»), y también la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 22 de marzo y 22 de junio, entre otras), según la cual cuando la dimisión del Administrador o Administradores vayan a dejar acéfala la sociedad, para que se pueda inscribir, esta dimisión deberá ir acompañada de la convocatoria de la Junta para el nombramiento de nuevo Administrador o Administradores. Aunque no cabe olvidar el art. 45-4 de la Ley de Sociedades Limitadas, según el cual cualquiera de los Administradores que permanezca en ejercicio del cargo podrá convocar la Junta general con el único objeto de nombramiento de Administradores. El sentido de este precepto —que no tiene otro de contenido similar en la Ley de Sociedades Anónimas— hay que verlo en el supuesto de una sociedad limitada que queda acéfala por dimisión o fallecimiento de Administradores mancomunados o Consejeros, quedando alguno o algunos que no alcanzan el mínimo legal o estatutario. Por ejemplo, siendo el sistema de administración de dos Administradores mancomunados, dimite

o fallece uno de ellos, el otro está facultado para convocar la Junta en que hayan de nombrarse los nuevos Administradores. Además, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27-11-1995 que, recogiendo lo dicho por el citado art. 45-4 Ley de Sociedades Limitadas, señala que es inscribible la renuncia de un consejero que coloca el número de Consejeros vigentes por debajo del límite legal y estatutario, pues ello se deduce del nuevo artículo 45-4 Ley de Sociedades Limitadas, que permite que cualquiera de los Administradores o Consejeros restantes pueda convocar la Junta para cubrir las vacantes producidas.

No obstante, insisto en que esto no es de aplicación a las sociedades anónimas, donde deberá respetarse de manera absoluta la doctrina citada de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Dicha doctrina, sin embargo, hay que completarla con la Resolución de 23 de junio de 1994, conforme a la cual no hay obstáculo para la inscripción de la renuncia presentada por uno de los Administradores mancomunados en el caso en que, reunida la Junta, ha sido aceptada en ella dicha renuncia, porque en esa Junta es posible el nombramiento del nuevo órgano de administración y no cabe exigir más diligencia al Administrador renunciante.

ACEPTACION DE LOS ADMINISTRADORES: EXAMEN DEL ART. 141-1 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

Redacción anterior: «No podrá inscribirse el nombramiento de los Administradores en tanto no conste su aceptación».

***Redacción actual:* «El nombramiento de los Administradores se inscribirá a medida en que se vaya produciendo la aceptación de cada uno de los designados, pero el órgano de administración no quedará válidamente constituido mientras no hayan aceptado un número de Administradores que permita su actuación efectiva. La fecha de aceptación no podrá ser anterior a la del nombramiento».**

FINALIDAD DEL PRECEPTO

La finalidad pretendida por el nuevo art. 141-1 parece bastante clara: volver a una situación parecida a la anterior al Reglamento de 29 de diciembre de 1989, en la que era posible practicar la inscripción del nombramiento de los Administradores sujeta la condición suspensiva tácita de su aceptación. Con un matiz: se hacían constar los nombramientos en el Registro aunque no mediara la aceptación, y ahora se puede hacer constar siempre que hayan

aceptado ya aunque todavía el órgano de administración no pueda actuar por no haber aceptado suficientes miembros.

En principio podría pensarse en un precepto nacido especialmente para el Consejo: permitir una inscripción en el momento en que hubiera aceptado un número de Consejeros suficiente para que el órgano pudiera operar, pero no habiéndolo hecho todos ellos: se posibilita no sólo esta actuación, sino, además, el no tener que esperar a tener todas las aceptaciones para la inscripción, cuando ya el órgano —repito— tiene «quorum» suficiente para operar. Porque en el caso de los Administradores solidarios estaba ya muy clara la inscripción aun cuando faltara la aceptación de alguno. Y en el de los mancomunados valdría lo mismo si aceptó un número suficiente para actuar mancomunadamente, según lo establecido en estatutos. Ofrecía más duda el Consejo, al tratarse de órgano de actuación colegiada.

Sin embargo, no creo que pueda entenderse este precepto con un alcance tan limitado. Lo que se pretende, a mi modo de ver, es facilitar la movilidad de la persona jurídica, lo cual es siempre de agradecer y hay que intentar ponerla el menor número de trabas posibles. Máxime si se tiene en cuenta que no hay perjuicio ninguno para tercero, pues el Registro publica la realidad en este caso: que se ha elegido un determinado sistema de administración y nombrado Administradores a determinadas personas; si todavía no pueden actuar por falta de aceptaciones suficientes ello va a resultar del Registro. Y si la inscripción está extendida con la suficiente claridad no va a existir perjuicio para nadie, sino que facilitará a la sociedad el trámite de reunir las aceptaciones.

SIGNIFICADO LITERAL DEL MISMO

Interpretándolo al pie de la letra significa o quiere decir que cualquiera que fuese el sistema de administración elegido es posible la inscripción de los Administradores o Consejeros nombrados siempre que medie su aceptación y aunque el dicho órgano de administración no quedara todavía constituido por falta de aceptaciones suficientes (por ejemplo, se opta por el sistema de dos Administradores mancomunados y sólo consta la aceptación de uno).

SUPUESTOS EN LOS QUE SE PLANTEA SU APLICACIÓN

1.º *Fundación de sociedades*

El art. 8-f) de la Ley de Sociedades Anónimas y el art. 12-f) de la Ley de Sociedades Limitadas parecen constituir un serio obstáculo al juego del

precepto reglamentario al exigir que en la escritura de constitución se exprese la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración. Y tal identificación no significa nada mientras no acepten los nombrados, así como —puede pensarse— no se cumplirá el mandato legal de identificación mientras no acepte un número de nombrados suficiente para hacer operativo al órgano de administración. Y sin olvidar que el propio Reglamento, en sus artículos 114-1-5.º y 175-1-5.º, recoge lo dicho por aquéllos.

Consiguientemente, no se plantea problema alguno —y ya se venía admitiendo en la práctica anterior a esta última reforma reglamentaria— si media la aceptación de alguno de los Administradores, solidarios o de un número suficiente de miembros del Consejo para que éste pueda actuar. Pero, ¿y en los demás casos?

El problema está en resolver si el art. 141-1 no será de aplicación en estos casos por contradecir lo dispuesto en las citadas Leyes (art. 1.º 2 del Código civil: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior»). Y esto es lo que puede parecer a primera vista. Pero, reflexionando un poco más, creo que se puede y debe llegar a una respuesta más positiva, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El auténtico obstáculo para la no inscripción, antes de la reforma, de los nombrados mientras no constase su aceptación, era el propio art. 141, al decir que no podría inscribirse el nombramiento de los Administradores en tanto no constase su aceptación. Pero este obstáculo ha desaparecido.

b) Entiendo, por ello, que la situación anterior resultaba de la aplicación combinada de los arts. 8-f) de la Ley de Sociedades Anónimas y 12-f) de la Ley de Sociedades Limitadas por un lado y el art. 141 del Reglamento del Registro Mercantil por otro. Ahora, desaparecido el contenido prohibitivo de este anterior precepto reglamentario, la solución vendría dada por el juego de los mismos artículos, pero con el importante matiz de que uno de ellos, el art. 141-1 del Reglamento, ha optado por una solución radicalmente opuesta.

c) La inscripción de la fundación en la que sólo alguno de los Administradores de la sociedad hubieran aceptado quedaría sujeta a una condición suspensiva tácita en el supuesto de que el órgano de administración no pudiese actuar por falta de aceptaciones suficientes (caso contrario la inscripción no plantea problema alguno). No encuentro obstáculo legal para la práctica de este asiente siempre que se recoja lo ocurrido con la suficiente claridad para el conocimiento de terceros. Es más, su apoyo legal estaría en los citados artículos de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Sociedades Limitadas, y del Reglamento del Registro Mercantil.

d) Inexistencia de perjuicio a terceros: como ya he dicho, si el tercero conoce por el Registro la situación no puede alegar perjuicio alguno. Al contrario: siempre es un paso en favor de la seguridad jurídica el clarificar

mediante la inscripción la situación real de una sociedad —en ese momento en formación— que normalmente ya ha contraído esas primeras deudas necesarias para poner en marcha la empresa (compra o arrendamiento de local, publicidad, etc.). Y no representa, a mi juicio, un obstáculo el que mediante la inscripción se cierre el proceso de la sociedad en formación. Como es sabido, la sociedad atraviesa por tres fases hasta la adquisición definitiva de «su» personalidad jurídica de sociedad mercantil capitalista mediante la inscripción: una primera, que nace del pacto fundacional (que puede ser incluso verbal), y en la que surge la persona jurídica, si bien como sociedad irregular y sujeta a las normas que regulan la sociedad colectiva, es decir, con responsabilidad ilimitada de sus socios; la segunda, que aparece en el otorgamiento de la escritura de constitución, la cual da lugar a la denominada sociedad en formación y en la que ya se da el principio de limitación de la responsabilidad de los socios hasta que se inscriba esa escritura en el Registro, pero sólo durante el plazo de un año (art. 16 de la Ley de Sociedades Anónimas); y la tercera, que significa el cierre del proceso y tiene lugar cuando se inscribe la escritura de constitución, naciendo en ese momento la sociedad capitalista. Pues bien, en el supuesto que estoy examinando es evidente que la inscripción sin órgano de administración con posibilidad de actuar cerraría también el proceso de constitución de la sociedad de capital, desapareciendo la fase de sociedad en formación. Sin embargo, entiendo que ello no supondría perjuicio para terceros porque: 1.º La sociedad en formación desaparece por la solicitud de la inscripción, no por la inscripción misma; es decir, por el asiento de presentación. A esa fecha, además, se retrotraerán los efectos de la inscripción, es decir, la adquisición de «su» personalidad. 2.º La inscripción estará sometida, como ya he dicho, a la condición suspensiva tácita de la posibilidad de funcionamiento del órgano de administración. 3.º Tal inscripción representa un incentivo más para la pronta finalización del proceso.

Para terminar este punto hay que señalar que, conforme a la letra de los preceptos citados, es necesario que se produzca al menos una aceptación para que pueda practicarse la inscripción. Parece difícil de explicar que si no media ninguna aceptación no sea posible aquélla y con una sola aceptación sí, pero también es cierto que con esa simple aceptación se inicia ya el proceso constitutivo del órgano de administración y caminará más rápidamente hacia su culminación.

2.º Durante la vida de la sociedad

Si en el supuesto anterior ofrece dudas la aplicación del art. 141-1 del Reglamento, en este segundo no. Su aplicación es clara.

El supuesto más típico sería un acuerdo de Junta General por el que se cesa a todos los Administradores y se nombran nuevos, no aceptando un número de ellos suficientes para poder actuar (tanto si se trata de Administradores mancomunados como si fuera Consejo). Siempre que esté la aceptación de alguno de ellos debe inscribirse el documento aunque ello significara, por el cese de los que había, que la sociedad iba a quedar acéfala, no siendo obstáculo la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues es eso, doctrina de interpretación de las normas y ahora hay una nueva y clara, el art. 141-1 del Reglamento, y porque las resoluciones referentes a tal cuestión permiten la inscripción de un cese o dimisión en tales circunstancias cuando el saliente deja convocada la Junta (e incluso la ya citada de 23-6-1994 llega más allá, al permitir la inscripción de la renuncia de uno de los Administradores mancomunados si, reunida la Junta, acepta en ella la renuncia y no nombra nuevo Administrador). Y aquí la Junta ya se ha celebrado; sólo faltan alguna o algunas aceptaciones. Dicha Junta tiene mecanismos suficientes para prevenir que la sociedad quede sin Administradores, pudiendo acudir incluso al nombramiento de suplente. Aunque deba tratarse en todo caso de un nombramiento válido, es decir, que no se haga, por ejemplo, a favor de un incapaz o de un no accionista cuando los estatutos exigen que los Administradores sean accionistas; porque en estos casos sí será de aplicación la doctrina de la sociedad acéfala y no podrá inscribirse el cese.

Y dicho esto, más clara está todavía la inscripción del documento cuando el número de los Administradores que aceptaran a falta del resto, permite la actuación del órgano de administración. Quizá fuera ésta la verdadera intención del legislador, pero otra cosa es el resultado final de la norma.

CAPACIDAD PARA SER ADMINISTRADOR

Los arts. 124 Ley de Sociedades Anónimas y 58 Ley de Sociedades Limitadas establecen rotundamente la imposibilidad para ser Administradores de los menores e incapacitados. Anteriormente, ya del propio Código de Comercio (art. 4.º) y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y jurisprudencia del Tribunal Supremo resultaba claramente la necesidad de ser mayor de edad. Aquélla, en Resolución de 24-2-1986, indicaba que para ser Administrador era necesario tener la capacidad para ejercer el comercio y, por tanto, la mayoría de edad. Consiguientemente, no podrán ser los menores emancipados, ni tampoco los declarados incapaces por sentencia judicial (art. 199 Código Civil), ni aquellos a los que el Juez hubiera otorgado el beneficio de la mayor edad (art. 321 Código Civil).

Tampoco podrán ser Administradores los que estuvieran incurso en alguna de las causas de incompatibilidad que señalan leyes especiales (extranje-

ros, Consejeros de Bancos, altos cargos, etc.), o que tuvieran legalmente prohibido ejercer el comercio en el territorio nacional (ministros, secretarios de estado, subsecretarios, jueces, etc.).

No es necesario ser socio, salvo que los estatutos dispusieran lo contrario (arts. 123-2 Ley de Sociedades Anónimas y 58 Ley de Sociedades Limitadas). Y pueden serlo tanto las personas físicas como las jurídicas, aunque estas últimas deberán designar una persona física que la represente en el ejercicio de las funciones propias del cargo (art. 143-1 Reglamento del Registro Mercantil). A este respecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11-3-1991 señala que no se podrá designar más de una persona física como representante y que el nombramiento ha de realizarlo siempre la persona jurídica designada Administrador y no la sociedad que nombra sus Administradores. Y el artículo 144-2 del Reglamento establece que en caso de reelección del Administrador persona jurídica, el representante anteriormente designado continuará en el ejercicio de las funciones propias del cargo en tanto no se proceda expresamente a su sustitución.

TITULOS NECESARIOS PARA INSCRIBIR EL NOMBRAMIENTO, DIMISION Y SEPARACION DE LOS ADMINISTRADORES

1.º Nombramiento: podrá inscribirse mediante certificación del acta de la Junta o, en su caso, del Consejo en el que fueron nombrados, con firmas legitimadas notarialmente —por testimonio notarial de dicho acta o mediante copia autorizada de la correspondiente acta notarial—, también por escritura pública. Sin embargo, si el nombramiento y la aceptación no se hubiesen documentado simultáneamente, deberá acreditarse por cualquiera de las formas antes señaladas o por escrito del nombrado con firma legitimada notarialmente (art. 142 Reglamento del Registro Mercantil).

2.º Dimisión y cese: se inscribirá en virtud de escrito de renuncia al cargo otorgado por el Administrador y notificado fehacientemente a la sociedad, o en virtud de certificación del acta de la Junta o del Consejo, con las firmas legitimadas notarialmente, en la que conste la presentación de dicha renuncia. En el documento deberá constar la fecha en que la dimisión se hubiera producido (art. 147 Reglamento del Registro Mercantil).

3.º Separación. a) Si hubiera sido acordada por la Junta o se produjera como consecuencia del acuerdo de promover o transigir la acción social de responsabilidad, mediante cualquiera de los documentos a que se refiere el art. 142 del Reglamento del Registro Mercantil, antes referido. b) Si hubiese sido acordada por resolución judicial firme, mediante testimonio de la misma (art. 148 Reglamento del Registro Mercantil).

DURACION EN EL CARGO. LA CADUCIDAD

El art. 144 del Reglamento del Registro Mercantil determina la necesidad de hacer constar en la inscripción del nombramiento de los Administradores el plazo para el que, de acuerdo con las normas legales o estatutarias, hubiesen sido designados. Este plazo no puede exceder de cinco años en las sociedades anónimas, mientras que en las sociedades limitadas puede tener carácter indefinido. Y la redacción del precepto nos lleva a exigir la constancia siempre del plazo de duración: en las sociedades anónimas en los estatutos, y en la sociedad limitada, bien en los estatutos, bien en el nombramiento.

Una primera duda plantea este precepto, al haber desaparecido, en la reciente reforma del Reglamento, su segundo párrafo, que señalaba que «el nombramiento de Administrador... cuando se realice para cubrir una vacante anticipadamente producida, se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por aquel cuya vacante se cubre». En base a esta desaparición podría pensarse que en esos casos el nombramiento deberá ser en todo caso por el plazo estatutario. Sin embargo, entiendo que a pesar de tal desaparición —creo que por olvido— es perfectamente aplicable la filosofía del anterior art. 144-2, por las siguientes razones: a) El anterior precepto decía «se entenderá», es decir, dando por hecho que no es posible nombrarle por más plazo. b) El o los nuevos nombramientos tienen por objeto cubrir vacantes anticipadamente producidas, por lo que es muy lógico equiparar a estos nombramientos al conjunto total de duración. c) El art. 144 actual tampoco lo prohíbe, al decir sólo que el plazo será conforme a las normas legales o estatutarias: no hay obstáculo, por tanto, a que se les nombre por el que queda a los demás.

El art. 145 del referido Reglamento establece la caducidad del nombramiento cuando, vencido el plazo, se hubiera celebrado la Junta siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior. Esta redacción, no demasiado precisa, nos lleva al siguiente planteamiento: la alternativa «se haya celebrado la Junta siguiente o hubiera transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior», una vez vencido el plazo, sólo puede interpretarse en el sentido de que serán de aplicación los dos topos, por lo que jugará la caducidad aunque habiéndose celebrado ya la Junta ordinaria de ese año, todavía no se hubiera celebrado aquella que deba aprobar las cuentas del ejercicio anterior. Por ejemplo: Junta ordinaria que se celebra en abril y nombramiento que vence en mayo: la fecha de caducidad será el 30 de junio de ese mismo año.

La inscripción del nombramiento de Administradores por el Consejo en las sociedades anónimas (cooptación): «La inscripción del nombramiento de Administradores por el Consejo de Administración mediante cooptación de

entre los accionistas, caducará cuando haya concluido la celebración de Junta general, inmediatamente siguiente al nombramiento, sin que conste en el Registro la aprobación por dicha Junta del nombramiento del Administrador cooptado».

El art. 145-3 del Reglamento determina que el Registrador hará constar la caducidad, mediante nota marginal, cuando deba practicar algún asiento en la hoja abierta a la sociedad o se hubiera solicitado en la certificación. Recoge la última parte de este párrafo del art. 145 lo que ya era doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 25-4-1994), permitiendo que la actuación registral para hacer constar la caducidad fuera instada por los interesados.

Finalmente, el artículo 146 del mismo texto establece en sus párrafos 1 y 2 unas reglas suficientemente claras. «1. Salvo disposición contraria de los estatutos, el Presidente, los Vicepresidentes y, en su caso, el Secretario y Vicesecretarios del Consejo de Administración que sean reelegidos miembros del Consejo por acuerdo de la Junta General, continuarán desempeñando los cargos que ostentaran con anterioridad en el seno del Consejo sin necesidad de nueva elección y sin perjuicio de la facultad de revocación que respecto de dichos cargos corresponde al órgano de administración. 2. La anterior regla no se aplicará a los Consejeros delegados ni a los miembros de las comisiones ejecutivas».

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

En este punto no voy a detenerme, ya que no es al Registrador a quien corresponde apreciar la responsabilidad de los Administradores. Baste únicamente con señalar, como punto de partida, los arts. 133 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, 69 de la Ley de Sociedades Limitadas —con su remisión aquellos—, 949 del Código de Comercio, y, por supuesto, los correspondientes preceptos del Código Penal.

FIGURAS AFINES

Como figuras afines a los Administradores pueden citarse, por su mayor importancia práctica, el Secretario no Consejero y el denominado Gerente o Director Gerente. Aunque, en realidad, su afinidad con los Administradores es más bien escasa, pues no llegan a tener el concepto de órgano:

a) El Secretario no consejero: se trata de una figura, no sólo de gran relevancia práctica, sino también ya reconocida a nivel reglamentario en los arts. 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil. Su misión fundamen-

tal es certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados, así como elevarlos a documento público, siempre con el V.º B.º del Presidente del Consejo. Hay una importante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15-11-1993, en la que se admite el nombramiento de Secretario no consejero por el Consejo, aunque la figura no apareciese contemplada en Estatutos. Señala la resolución, además, que su nombramiento no está sujeto al plazo de los Consejeros.

b) El Gerente o Director Gerente: a efectos internos, el Gerente puede estar dotado de una serie de facultades de gestión, pero a efectos externos no pasa de ser un simple apoderado. Así pues, el Gerente puede recibir facultades de gestión, facultades de representación (siempre vía poder), o ambas a la vez. Los arts. 124 y 185 del Reglamento del Registro Mercantil, al enumerar los distintos sistemas de administración, no contempla entre ellos la figura del Gerente. Y el art. 104 de la Ley de Sociedades Anónimas recoge de manera tajante la separación entre Administradores y Gerente, al decir que aquéllos «deberán asistir a las Juntas generales», mientras que «los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales». Y la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque tácitamente, está en la misma línea en Resolución de 13-11-1995.

ADMINISTRADORES SUPLENTE

El desarrollo reglamentario de esta posibilidad legal se encuentra en su artículo 147-2. De él resulta lo siguiente:

- Es posible nombrar Administradores suplentes, pero también es posible que en Estatutos se prohíba tal nombramiento.
- El suplente sólo puede entrar en el cargo cuando cese aquel al que sustituyan. No puede confundirse con un supuesto de administración conjunta.
- En el momento del nombramiento del primer titular puede también designarse e inscribirse al suplente como tal, haciendo constar esta circunstancia, sus datos de identidad conforme al art. 38 del Reglamento del Registro Mercantil, así como, si hubieran sido varios los designados, el orden en que habrán de cubrir las vacantes.
- Para la inscripción como suplente es necesaria la aceptación.
- Aunque a primera vista pudiera parecer que la designación de los suplentes ha de ser simultánea a la de los titulares que vayan a sustituir, no parece haber obstáculo para que dicha designación tenga lugar en cualquier momento posterior. Lo que sí es requisito previo es que consten inscritos los titulares para los que se nombran suplentes.

- En el momento de la designación como suplente, éste debe ya reunir los requisitos legales y estatutarios previstos para ser Administrador.
- Cuando, por el cese del anterior titular, vaya a acceder a la administración el suplente, es necesario, para poder inscribirlo como Administrador, que se inscriba previamente el cese del sustituido.
- El suplente desempeñará el cargo por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra.
- Aunque el artículo 147 del Reglamento sólo habla de supuestos de cese, ha de entenderse comprendida en ese término la dimisión.

ESPECIALIDADES EN LA SOCIEDAD LIMITADA

— El Consejo de Administración no puede tener más de doce miembros, mientras que en la sociedad anónima no tiene límite máximo (arts. 57 Ley de Sociedades Limitadas, 185 Reglamento del Registro Mercantil y 124-1 Reglamento del Registro Mercantil).

— A diferencia de la sociedad anónima, no es posible nombrar Consejeros por cooptación ni por sistema proporcional (arts. 58-1 Ley de Sociedades Limitadas y 191 Reglamento del Registro Mercantil).

— En el Consejo de Administración de la sociedad limitada debe recogerse el régimen de organización y funcionamiento de éste, donde han de incluirse además el plazo, forma y persona con facultades para convocar el Consejo, además del modo de deliberar y tomar acuerdos (art. 57 Ley de Sociedades Limitadas).

— La duración en el cargo de los Administradores puede ser indefinida en la sociedad limitada (art. 60 Ley de Sociedades Limitadas).

— El cargo de Administrador, en principio, es gratuito en la sociedad limitada (arts. 66 Ley de Sociedades Limitadas y 130 Ley de Sociedades Anónimas). Por otra parte, cuando la retribución tuviera como base una participación en los beneficios, en la sociedad limitada hay que determinar concretamente el tanto por ciento y sin que pueda exceder del 10% (art. 66-2 Ley de Sociedades Limitadas y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11-12-1995), mientras que en la sociedad anónima ni es necesario fijar tanto por ciento exacto, ni hay tal tope máximo del 10%, aunque deben estar cubiertas las reservas y haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% o el tipo más alto que los estatutos hubieran establecido (art. 130 Ley de Sociedades Anónimas). Así, respecto a la sociedad anónima la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29-11-1956 exige fijar al menos el límite máximo de ese tanto por ciento, y la Sentencia del TS de 1 de julio de 1963, según la cual «asignar el 33% como retribución de los Administradores resulta a

todas luces excesivo y daña y perjudica a a los socios minoritarios, sujetos a un beneficio mínimo por próspero que sea el negocio, y también daña y perjudica a la sociedad misma, que ha restringido su crédito y su capital, y cuya cotización está en razón directa del interés que produzcan sus acciones».

Y sin olvidar aquí que lo que ya es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado en cuanto a la retribución de los Administradores, tanto de una sociedad anónima como de una sociedad limitada: es necesario que conste claramente en los estatutos si se retribuirá o no a los Administradores, y en el caso de que se determine retribución debe precisarse el concreto sistema retributivo, no siendo admisibles sistemas alternativos para que la Junta pueda optar por uno u otro. Por el contrario, si son admisibles sistemas acumulativos, es decir, cuando se contemplan distintas formas de retribución que deberán cumplirse todas ellas (Resoluciones de 18 y 20 de febrero, 20 y 25 de marzo, 26 de julio y 4 de octubre de 1991, 17 de febrero de 1992 y 23 de febrero de 1993).

— En la sociedad anónima la separación de los Administradores puede ser acordada en cualquier momento por la Junta general, sin que ello conste en el orden del día de la convocatoria y sin poderse reforzar la mayoría legal fijada para ello (según interpretación jurisprudencial del art. 131 Ley de Sociedades Anónimas. Puede encontrarse esta misma doctrina en Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de abril y 25 de noviembre de 1991, y 19 de junio de 1992). En la sociedad limitada, aunque no es necesario que la separación conste en el orden del día (art. 68 Ley de Sociedades Limitadas), el art. 68-2 Ley de Sociedades Limitadas permite reforzar el «quorum» para llevarla a cabo siempre que no se superen los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital.

— En la sociedad anónima los Administradores mancomunados tienen que ser siempre dos (art. 124-1 Reglamento del Registro Mercantil), mientras que en la sociedad limitada no tienen límite máximo, con la única exigencia de que el poder de representación sea ejercido conjuntamente al menos por dos de ellos (arts. 185 Reglamento del Registro Mercantil y 62 Ley de Sociedades Limitadas).

— En la sociedad limitada los estatutos pueden establecer distintos modos de organizar la administración de entre los expresados en el art. 185 del Reglamento del Registro Mercantil, pudiendo la Junta optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria. El ejercicio de esta opción deberá consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. Todo ello no es posible en la sociedad anónima.

— En la sociedad limitada los Administradores no tienen una limitación semejante a la establecida en el art. 41 de la Ley de Sociedades Anónimas.

— Prohibición de competencia: En la sociedad limitada los Administradores, salvo autorización expresa de la Junta general, no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social (art. 65 Ley de Sociedades Limitadas). Este acuerdo deberá adoptarse con la mayoría reforzada que previene el art. 53 Ley de Sociedades Limitadas (2/3 del capital social).

JUAN PABLO RUANO BORRELLA
Registrador de la Propiedad y Mercantil

DICTAMENES Y NOTAS

El derecho a la herencia en el Ordenamiento jurídico español. Especial referencia a la función social de este derecho

SUMARIO: INTRODUCCION.—TEORIAS ACERCA DE LA HERENCIA.—TEORIAS ACERCA DEL HEREDERO.—ESPECIAL REFERENCIA A LA CONSTITUCION ESPAÑOLA EN SEDE DE HERENCIA: LA FUNCION SOCIAL DE ESTE DERECHO

INTRODUCCION

El artículo 33 de nuestra Constitución preceptúa que «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia (apartado 1).

La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes (apartado 2).

Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes (apartado 3)».

Nuestra Constitución, tal como observa CASTÁN VÁZQUEZ (1), ha incorporado a su articulado una alusión al llamado «derecho a la herencia», reconociéndolo junto al «derecho a la propiedad privada». De ambos derechos, éste ha suscitado mayor atención que aquél entre los comentaristas del Texto Constitucional y ello es explicable porque la propiedad es institución que las Constituciones reconocen generalmente de modo expreso, al paso que la herencia es silenciada muchas veces y, tanto su reconocimiento —no discutido—, como su regulación se realizan a través de los Códigos Civiles, reser-

(1) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA: *El derecho a la herencia en la Constitución*, en la revista *Tapia*, 6 de diciembre de 1988.

vándose su estudio a los civilistas. Sin embargo, matiza este autor citado que hay que pensar en la importancia que al Derecho de Sucesiones ofrece el hecho de que lo ampare directamente una norma constitucional y recordar la incidencia que la Constitución ha tenido ya en la legislación sucesoria española, obligando a la Reforma del Código Civil y de las Compilaciones Forales en varios puntos, por lo que cabe atribuir considerable interés al estudio de aquella norma y de esta incidencia.

De este tema, de la herencia en la Constitución Española de 1978 me voy a ocupar a continuación.

TEORIAS ACERCA DE LA HERENCIA

La palabra «herencia» proviene de la latina *hereditas*, en relación con *herus*, dueño y tiene dos acepciones:

- En sentido subjetivo, «herencia» equivale a sucesión universal. El Derecho Romano la definió en los siguientes términos: *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* (Digesto, fragmento 62, Título XVII, Libro XL).
- En su consideración objetiva, herencia es la masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión. El artículo 659 del Código Civil se hace cargo de esta acepción, diciendo que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte».

Van, pues, comprendidas dentro de la herencia, en su concepción legal, el activo y el pasivo, los derechos y las obligaciones, con la sola excepción de aquellos que sean personalísimos e intranmisibles, como los derechos de usufructo, uso y habitación, los derivados del contrato de renta vitalicia, la obligación de prestar alimentos o la responsabilidad criminal. Pero, a veces, se usa la palabra «herencia» para expresar el remanente de los bienes y derechos del causante, después de satisfechas sus deudas y obligaciones». Este fue el sentido en que se inspiró el Código de las Partidas, al definir la herencia como «la heredad e los bienes e los derechos de algund finado, sacando ende las debdas que debía e las cosas ajenas que hi fallasen».

Examinando el concepto de la herencia desde el punto de vista del derecho positivo, cabe hacer referencia al problema doctrinal relativo a la naturaleza jurídica de la herencia, que ha suscitado numerosas dificultades y ha dado lugar a diversas teorías.

Vamos a sistematizar tales teorías, siguiendo a la doctrina española y, muy especialmente, a CASTÁN, de la forma siguiente:

1. Construcciones centradas en torno a la idea de la personalidad:

Pertenecen a este grupo todas aquellas doctrinas que, con variados matices, han querido ver en la herencia una verdadera identificación de la persona del difunto con la del heredero. Siguen esta tesis GLUCK, SAVIGNY e IHERING en sus primeros escritos.

Otro autores, como AUBRY y RAU, así como STOLFI, centran la idea en la continuación de la personalidad jurídica del causante.

PUCHTA, DERNBURG, MITTEIS, SOHM, GIRARD y RADAELLI piensan que se trata en realidad o más concretamente de la continuación de la personalidad patrimonial del causante, hablándose también de representación de la persona del difunto por el heredero.

2. Construcciones centradas en la idea del patrimonio unificado (*universitas*):

Ha tenido y tiene muchos partidarios la concepción que, enfocando a la herencia desde un aspecto objetivo, el de los bienes, derechos y elementos patrimoniales que son objeto de la transmisión sucesoria, ve en ella una unidad global y orgánica, una universalidad que abraza el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas transmisibles del difunto, formando un todo ideal, independiente de los elementos singulares que la integran y que constituyen un objeto de derecho. La idea de herencia queda así ligada a la adquisición del patrimonio del difunto como un todo unitario o, lo que es igual, una *universitas iuris*, en la cual bienes (derechos reales), créditos y deudas vienen a constituir en bloque el objeto de la adquisición.

3. Construcciones últimas que abandonan la idea de unidad orgánica patrimonial:

La doctrina anual en Alemania, Italia y otros países, intenta reconstruir las instituciones del Derecho hereditario, operando no con el concepto de *universitas*, que no se estima clásicamente romano, sino con el concepto de *successio*, que alude al fenómeno de subentrar el heredero en la situación jurídica del difunto.

Pero hay en esta situación matices bastante diversos que conviene puntualizar:

a) La herencia como adquisición de un título personal, del que se deriva el reemplazo en la posición jurídica del difunto.

El heredero, esencialmente, sucede y, sucediendo como heredero, adquiere el patrimonio del difunto en sus elementos activos y subentra en la titularidad de las relaciones pasivas, ya que suceder por herencia quiere decir que se sucede en la posición jurídica del difunto.

b) La herencia como mera suma de bienes o como conjunto de relaciones jurídicas de carácter patrimonial.

Va teniendo muchos partidarios la opinión que ve en la herencia no una unidad orgánica (universalidad), sino simplemente una idea de totalidad, suma o complejo de bienes o, en otros términos, conjunto de relaciones jurídicas de carácter patrimonial.

c) La herencia como situación jurídica compleja, que lleva consigo una unidad más que objetiva teleológica.

A juicio de Binder, ni el concepto de sucesión en la personalidad, ni el de sucesión en el patrimonio, aciertan a marcar la esencia de la sucesión universal.

La sucesión hereditaria no es una sucesión en el patrimonio del causante como un todo, ni tampoco es una *universitas iuris*, ni aún una cosa compleja, sino el ingreso en una situación jurídica completamente nueva y de propio sentido, que sólo comprende al patrimonio del causante con numerosas reservas y cambios. El llamado a la herencia adquiere una situación jurídica extraordinariamente compleja.

La doctrina española mantiene una postura que podemos resumir así:

- a) La concepción de la herencia como *universitas iuris* ha sido defendida por ESPÍN y OSORIO;
- b) La herencia como unidad patrimonial, pero rechazando la nota de universalidad, ha sido preconizada por IGLESIAS SANTOS y GITRAMA;
- c) La acentuación del carácter personal de la herencia se deriva de la postura mantenida por ROCA SASTRE y NÚÑEZ LAGOS.

CASTÁN, en la postura ecléctica que le caracteriza, definió la herencia como «la constitución o sucesión, por modo unitario, en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídicas, activas y pasivas, de un sujeto fallecido que no se extinguen por su muerte; sucesión que produce ciertas consecuencias de carácter extrapatrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en ciertos aspectos» (2).

TEORIAS ACERCA DEL HEREDERO

Definida la herencia, parece insoslayable teorizar, siquiera someramente, sobre el heredero.

Los criterios históricos que se han mantenido, básicamente, provienen de la concepción romana, de un lado, y de la germánica, del otro.

(2) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, común y foral*. Madrid, 1992.

La concepción romana es de matiz subjetivo y considera, en armonía con sus postulados, que heredero es aquel sucesor a quien el testador designe como tal en testamento, independientemente de que se le asigne toda una parte alícuota o una parte determinada de la herencia.

La concepción germánica es de matiz objetivo y considera que el heredero es el llamado por el difunto a adquirir la totalidad o una parte alícuota de las relaciones jurídicas objeto de la transmisión, haya o no sido designado como heredero.

Como consecuencia del criterio romano, puede existir el legado de parte alícuota y la *institutio ex re certa* es, en principio, una verdadera institución de heredero.

Del criterio germánico hay que extraer la conclusión de que no son admisibles la figura del legado parciario, ni la del heredero *ex re certa*.

En el momento actual, tiene gran predominio el sistema objetivo. En este sentido la cualidad de heredero no resulta *mera voluntate, sed ex re*.

En nuestro Derecho, salvo algunas excepciones, los autores anteriores al Código no solían enfocar directamente el problema. Con posterioridad al mismo, la doctrina española se ha venido adhiriendo unas veces al criterio objetivo y otras al subjetivo.

A favor del criterio objetivo, se ha invocado que es el aceptado por la generalidad de los Códigos modernos. Además la mayoría de los autores anteriores al Código Civil hablaban de la herencia como sucesión a título universal y daban a ésta un sentido fijo, entendido no cuantitativamente, sino cualitativamente, atendiendo al modo y forma de la adquisición.

En líneas generales, del Código Civil se desprende el principio de que el heredero es aquel que, independientemente de la forma empleada por el testador, es llamado efectivamente como sucesor a título universal. En apoyo de esta tesis, hay que citar los artículos 660 y 768 de nuestro Código Civil.

A favor del criterio objetivo, se ha invocado que es el aceptado por la generalidad de los Códigos modernos. Además la mayoría de los autores anteriores al Código Civil hablaban de la herencia como sucesión a título universal y daban a ésta un sentido fijo, entendido no cuantitativamente, sino cualitativamente, atendiendo al modo y forma de la adquisición.

En líneas generales, del Código Civil se desprende el principio de que el heredero es aquel que, independientemente de la forma empleada por el testador, es llamado efectivamente como sucesor a título universal. En apoyo de esta tesis, hay que citar los artículos 660 y 768 de nuestro Código Civil.

A favor del criterio subjetivo, se han invocado otros argumentos, que paso a enumerar seguidamente.

En primer lugar, los precedentes históricos, los romanos, representativos de la tradición.

En segundo lugar, la tendencia eminentemente voluntarista de nuestro Derecho de Sucesiones, tal como podemos apreciar en los artículos 675 y 668 del Código Civil, que imprimen a la intervención del causante el rango de ley de la sucesión.

En tercer lugar, la congruencia del sistema subjetivo de designación de heredero con el régimen de responsabilidad ilimitada del mismo.

Otro argumento a favor de la tesis subjetiva viene avalado por la admisión del legado de parte alícuota, incompatible con el sistema objetivo. Además, el propio texto del artículo 668 establece que el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado, pero añade, en el párrafo 2, que «en caso de duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia».

Nuestro Tribunal Supremo se ha esforzado por combinar ambos criterios o sistemas, el objetivo y el subjetivo, tratando de conciliar el respeto a los preceptos legales con los fines prácticos perseguidos por los testadores.

Nuestro Código formula el concepto de heredero (y el de legatario, que no vamos a tratar aquí) en el artículo 660, expresando: «Llámanse heredero al que sucede a título universal...».

Esta distinción proviene ya del derecho romano, pues en él el heredero era un sucesor a título universal, cuya condición jurídica se caracterizaba por la atribución al mismo de una cierta cualidad personal, que le hacía aparecer como continuador de la persona del difunto, cuando menos un sucesor subrogado en su misma posición jurídica. El heredero adquiría los bienes hereditarios como un conjunto indistinto, una *universitas*, y se le imponía una responsabilidad personal e ilimitada.

ESPECIAL REFERENCIA A LA CONSTITUCION ESPAÑOLA EN SEDE DE HERENCIA: LA FUNCION SOCIAL DE ESTE DERECHO

Si bien las Constituciones históricas que se han sucedido a lo largo del tiempo en nuestro país no reconocieron, de modo expreso, el Derecho Sucesorio, el Texto Constitucional vigente sí lo hace, tal como ya decíamos, en su artículo 33, que alude directamente a la herencia, alusión directa que se admitió, con las mismas palabras, en los trabajos preparatorios. El Anteproyecto de la Constitución la admitía ya en su artículo 29.1. El eminente jurista ANTONIO HERNÁNDEZ GIL realizó unas extensas notas sobre el citado Anteproyecto (3). La norma, al pasar al texto definitivo, sólo fue objeto de un cambio de número. Para SÁNCHEZ AGESTA, dada la ubicación del precepto, la herencia

(3) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO. *El cambio político y la Constitución*, Barcelona, 1982

entraba, junto con la propiedad, en lo que él señaló como un gran compromiso que domina todo el Texto Constitucional sobre lo que podríamos llamar el modelo económico-social (4).

Si nos detenemos en la ubicación sistemática del precepto, salta a la vista su colocación en el Capítulo II del Título I, en la Sección titulada «De los derechos y deberes de los ciudadanos». Según hace ver CASTÁN VÁZQUEZ (5), la integración del derecho a la herencia con el derecho a la propiedad en la misma norma constitucional, en el mismo precepto, no carece de fundamento, ya que existe una estrecha relación entre ambos derechos. Desde el punto de vista etimológico, la voz *hereditas* procede de *herus*, que significa «dueño».

La sucesión *mortis causa* nació, desde el punto de vista histórico, en aquellos pueblos que, conociendo ya la propiedad, se plantearon la necesidad de transmitirla *post mortem*. Los romanos incluyeron en su sistema tal sucesión entre los modos de adquirir el dominio.

Para el civilista español JOAQUÍN ARCE (6), los Textos Constitucionales han de clasificarse en normativos y no normativos, entendiendo que los primeros son aquellos preceptos que establecen una norma cuyo desarrollo regulará su contenido, sin perjuicio de que, como tal principio, sea además directamente aplicable, directamente normativo, a falta o en relación a aquellos desarrollos.

Para este autor, el artículo 33.1 de nuestra Constitución es incluíble entre los textos normativos, junto a normas como la del artículo 39, de protección a la familia y a la infancia, o el artículo 14, proclamador, de la igualdad formal de los españoles ante la ley. El derecho a la herencia se va a inscribir, así, entre aquellos principios que se imponen al legislador. Son las leyes ordinarias las que regularán su concreto contenido.

Para el civilista italiano PIETRO PERLINGIERI (7), la Constitución española, tal como la italiana, está dividida idealmente en dos partes: Una primera, referida a los ciudadanos, a la persona. Una segunda contiene la ingeniería constitucional del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los poderes públicos. Esta segunda parte ha de ser leída e interpretada a la luz de la primera, porque la tutela de la persona y de sus derechos fundamentales es la razón del Estado.

Nuestra Constitución emplea, para aludir a la sucesión, el término «derecho a la herencia». No se determina específicamente en el Texto Fundamental si el tipo de bienes objeto de ese derecho hay que entenderlos referidos tanto

(4) SÁNCHEZ AGESTA: *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1981.

(5) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA. artículo citado en nota 1.

(6) ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, JOAQUÍN: *El Derecho Civil Constitucional*, Madrid, 1986

(7) PERLINGIERI, PIETRO: «La famiglie nel sistema costituzionale spagnolo», en *Vita Notarile*, enero-junio, 1986.

a los bienes de consumo como a los productivos. Naturalmente, donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir, por lo que unos y otros bienes han de ser considerados reconocidos por el Texto Constitucional.

Hay que entender que, si bien la norma constitucional habla de «herencia», se refiere no sólo a la sucesión a título universal, tal como anteriormente la hemos entendido, sino, en general, a la sucesión *mortis causa*, que abarca también a la sucesión a título singular o particular, a título de legado. Lo que sucede es que este trabajo se desarrolla y encuentra su razón de ser en el análisis y estudio de la herencia a título universal. Con ello, no queremos decir, ni mucho menos es nuestra intención, rechazar la figura del legado y del legatario. Del mismo, y por las mismas razones, hay que interpretar que nuestra Constitución protege todas las especies o clases de sucesión, es decir, tanto la voluntaria, como la legal y la mixta, fundadas en el artículo 658 del Código Civil. Dentro del ámbito de la voluntaria, está comprendida, junto con la sucesión testamentaria, la contractual, admitida en el Código Civil en supuestos excepcionales y con carácter general o común en algunas Compilaciones Forales.

Que el derecho a la herencia es un derecho con rango fundamental ya nadie lo duda hoy en día. Su inserción en el Título I de nuestra Constitución, referido a los derechos y deberes fundamentales, lo avala suficientemente. Su protección, su tutela, está también reforzada por instrumentos de garantía. Pero el derecho a la herencia está vinculado al principio constitucional de la denominada «función social» en nuestro Ordenamiento jurídico. En base a dicho principio hay que interpretar en la actualidad todas las teorías —que ya he esbozado brevemente— sobre la herencia. Para CASTÁN (8), se trata, en definitiva, del «principio de solidaridad social», pues hace referencia a que los términos «interés colectivo» o «función social» y otros análogos han perdido fuerza debido a la frecuencia de su uso, no obstante reconocer que en ellos se contienen fundamentales cuestiones de la cultura de nuestra época, que han de orientar al Derecho por nuevas vías que le ponen al servicio de fines sociales.

A mi juicio, la función social del derecho a la herencia está basada en claros matices de corte comunitario, antes que individualistas. Es obvio que hoy en día los derechos individuales ceden frente a los colectivos o sociales. Basta fijarse en la importancia, trascendencia y repercusión que ha experimentado en nuestro país, por ejemplo, el derecho a las libertades de expresión e información frente a los derechos al honor e intimidad privada. Los derechos considerados sociales o que, de alguna manera, benefician a la completa comunidad en su conjunto cobran fuerza y hacen que los derechos individuales, los que han

(8) JOSSE RAND, citado por CASTÁN TOBEÑAS en *Hacia un nuevo Derecho Civil*, Madrid, 1933.

de beneficiar sólo a unos pocos o a un sujeto determinado y concreto, hayan de ceder el paso a aquellos derechos. El derecho a la herencia, lógicamente, ha de ser considerado individual, personal. De ahí que su conexión con la función social que ha de cumplir haya de ser efectiva y mantener un presupuesto de corte social, antes que individual. Lo que preocupa, sin embargo, es la indeterminación del concepto de «función social», ante el temor de que dicho concepto se convierta en una especie de «cajón de sastre», al no tratarse de una concepción unívoca, sino más bien descriptiva, entendida como misión u objetivo que ha de desempeñar el llamado derecho a la herencia. Por ello, es obligado referirse a algunos autores que han intentado poner orden y sistemática a la hora del encuadramiento de ese concepto de «función social».

GONZÁLEZ GARCÍA, que se ha ocupado de este tema con profundidad (9), puso, precisamente, de relieve que ésta indeterminación es una de las graves dificultades que plantea el concepto de función social, aunque en las distintas propuestas de contenido subyace un «denominador común»: La idea de que el interés particular está subordinado al interés colectivo. Esta diversidad interpretativa se ha llegado a poner de manifiesto incluso en algunas posturas doctrinales, como la mantenida por DUGUIT, según la cual el detentador del bien está obligado a actuar conforme a su función social, por lo que su *status* será reconocido y amparado en la medida en que su ejercicio sea diligente y ajustado a la misma. Esta perspectiva es puesta al día con la teoría de los *property rights*, que se definen como posiciones jurídicas absolutamente protegidas que todo el mundo debe respetar y que tienen por objeto bienes materiales e inmateriales, estando sometidas a las normas del Derecho de cosas y obligaciones.

Al hilo de esta tesis, es claro que el heredero, el llamado a suceder en la posición jurídica del causante, vendrá obligado a cumplir unas directrices determinadas, definidoras de su función social, teniendo que seguir unas pautas de conducta precisamente en atención a aquella. En este sentido, se ha puesto de manifiesto por un sector doctrinal que la nebulosidad de dicho concepto puede autorizar los peores arbitrios y acabar destruyendo el mismo derecho en sí. Desde mi punto de vista, creo que estas tesis habría que matizarlas y centrarlas en su justo sentido. Es evidente que el derecho a la herencia y, muy en concreto, el llamado a suceder por dicho concepto, ha de ajustar su *status* a esa idea de la función social, pero sin que haya de existir una cierta incompatibilidad entre su condición de tal y la idea del bien social, comunitario y, en último término, de la propia solidaridad. Estoy de acuerdo con LÓPEZ LÓPEZ y LASARTE (10), cuando afirman que existe la necesidad de armonizar y con-

(9) GONZÁLEZ GARCÍA. *La facultad de exclusión del propietario*, Granada, 1986.

(10) LÓPEZ LÓPEZ Y LASARTE: *Programas y materiales de Derecho Civil*, Sevilla, 1978

ciliar el interés particular con el deber de colaboración social, representado por la función social, habiéndose producido una proliferación de normas que modalizan el ejercicio de la propiedad en base a dotar de estatutos específicos a determinados bienes de especial relevancia social. Según OROZCO PARDO (11), todo ello es consecuencia de la consagración, a nivel constitucional, de unos principios y deberes asignados tanto a la propiedad como a la herencia, como sucede con los artículos 33.2, 44 y 46 de la Carta Magna, debido a que la persona es hoy contemplada desde su perspectiva más completa de miembro de una comunidad, más que un individuo aislado y autosuficiente, pues, si bien es cierto que determinados derechos pertenecen a su esencia como persona —intimidad, honor, etc.—, otros están a su servicio, pero orientados a la colaboración y satisfacción de los intereses colectivos.

Antes de promulgarse la Constitución, surgieron voces de importantes civilistas que pedían la reforma, en nuestro país, del Derecho de Sucesiones.

Desde que el Texto Constitucional fuera promulgado en 1978, se hizo perentoria la modificación de diversas normas civiles y, por lo que hace al tema que nos ocupa, de todas aquellas que reflejaban en el Derecho Sucesorio la arcaica distinción entre hijos «legítimos» e «ilegítimos», con una atribución de derechos diferentes para unos y otros en materia hereditaria.

ARCE y FLÓREZ-VALDÉS afirman que, al consagrar la Constitución, en su artículo 39.2, la protección de los hijos con independencia de su filiación, la herencia ha adquirido una interesante dimensión, en conexión con el principio de igualdad de los hijos, por lo que se hacía preciso, a todas luces, reformar el Código Civil, acomodando los derechos sucesorios a la igualdad constitucional (12), pues hay que recordar que la Constitución posee una preeminencia jerárquica sobre todas las restantes normas del Ordenamiento Jurídico y éstas sólo serán válidas si no contradicen a aquélla, debiendo respetar no sólo formalmente aquella supremacía, sino incluso todo el cuadro de principios y valores que la Carta Magna expresa y reafirma en su enunciado. Por ello, será inconstitucional, de cara al futuro, cualquier legislación que contradiga o, de alguna manera, menoscabe el derecho a la herencia reconocido en el citado artículo 33.1 de nuestra Norma Fundamental.

Para armonizar y dar cumplimiento al principio de función social, que estamos estudiando, se han promulgado, tras la Constitución, importantes normas que han venido a incidir en el derecho a la herencia. La legislación fiscal, de la Hacienda Pública, ha sido uno de los bloques normativos más interesantes a este respecto. En efecto; la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de 18 de diciembre de 1987, que fue seguida del Real Decreto

(11) OROZCO PARDO, GUILLERMO. *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, Madrid, 1995.

(12) ARCE Y FLOREZ VALDÉS, JOAQUÍN: obra citada en nota 6.

422/1988, de 29 de abril, que dictó normas provisionales para la gestión y liquidación de dicho Impuesto, fueron significativas, aunque adolecieron de insuficiencias y defectos. Así, hay que recordar que su Exposición de Motivos puso de relieve que sus principios seguían la pauta marcada por el artículo 31 de la Constitución, relativo al sostenimiento de los gastos públicos y a los principios que inspirarían el sistema tributario español. Pero, curiosamente, dicha Exposición de Motivos no aludió al artículo 33.1, reconocedor de la herencia, ni tampoco al artículo 39.1, protector integral de la familia. Según CASTÁN VÁZQUEZ (13), los Estados modernos sufren ciertamente la tentación de aumentar por varios cauces las recaudaciones procedentes de las sucesiones, siendo de desear que el legislador español, situándose en esta materia, como en todas, en una línea de respeto al Texto Constitucional, contribuya, a través de las normas legales, a la efectividad de ese derecho a la herencia, que está reconocido como un derecho fundamental de los españoles por nuestra CARTA MAGNA.

A mi juicio, y con ello damos por concluido este estudio, admitida la posibilidad de la transmisión *mortis causa* de los patrimonio, el problema que siempre se ha planteado ha sido el de evitar una acumulación viciosa de la propiedad. Por ello, y teniendo, además, en cuenta que la ordenación social realizada por el Estado es uno de los factores que han hecho posible la formación del patrimonio del causante, se han sometido siempre las transmisiones hereditarias a tributación. De este modo, se incorporan las exigencias sociales y comunitarias al contenido del derecho a la herencia, cumpliéndose así con el sistema de principios y valores que la propia Constitución contempla, consagra y tutela. La Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1994 afirmaba que es el legislador la instancia competente para delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendiendo como «recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho».

Con anterioridad a tan interesante Sentencia de nuestro Alto Tribunal, la Sentencia 37/1987, dictada por aquél, se refirió a la vinculación entre propiedad —recordemos que la herencia es un modo de adquisición de la propiedad— e intereses sociales y Constitución económica, afirmando que «la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecido, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría

(13) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA: artículo citado en nota 1

de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a ésta subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

En consecuencia, sobre el derecho a la herencia —más en concreto, sobre el heredero— van a pesar una serie de deberes conductuales impuestos por la Ley, al amparo de la Norma Fundamental, y que deberán ser cumplidos, pues derivan de la función social que delimita su contenido, legitimando y delimitando las condiciones para su ejercicio, de acuerdo con la propia Constitución.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Abogado

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Unión Europea

1. *Constitución de garantías*.—En el DOCE de 30 de mayo pasado se publica la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la firmeza de la liquidación y la constitución de garantías. Su texto puede verse en el Boletín de Información Jurídica del Colegio de Registradores de España, noviembre 1996, página 2352.

2. *Acuerdo sobre inversiones con la República Dominicana*.—En el BOE del día 22 de noviembre se publica el acuerdo para la protección y promoción recíproca de inversiones entre España y la República Dominicana, firmado *ad referendum* en Santo Domingo el 16 de marzo de 1995.

B) Legislación nacional

Durante estos dos meses pasados, sólo se ha promulgado con rango legal la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1997 y su normativa acompañatoria.

C) Normativa autonómica

Canarias.—Ley de 5 de noviembre, que modifica parcialmente la Ley de 26 de julio de 1990, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias.

Extremadura.—Ley de 30 de mayo, de derogación de la Ley de 20 de abril de 1995 de Crédito cooperativo.

Galicia.—Ley de 18 de octubre de Incompatibilidades de los miembros de la Junta de Galicia y altos cargos de la Administración autonómica.

Murcia.—Ley de 14 de junio de 1996. Estatuto de los consumidores y usuarios de la Región de Murcia.

Navarra.—Ley Foral de 4 de noviembre. Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración Foral.

II. Información de actividades

1. *Conferencias en homenaje a Juan Manuel Rey Portolés.*—Organizado por la Delegación Territorial en Valencia del Colegio de Registradores de la Propiedad y con la colaboración de la Facultad de Derecho de aquella Universidad y los Colegios Notarial y de Abogados de Valencia ha tenido lugar durante el mes de noviembre un curso de conferencias, con el siguiente programa:

5 de noviembre. Martes

«Crédito Hipotecario, inscripción y obligación garantizada», por el Ilmo. Sr. Don VICENTE MONTÉS PENADÉS, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia*.

7 de noviembre. Jueves

«La naturaleza de la Venta Judicial Inmobiliaria», por Don ANTONIO TÉLLEZ LAPEIRA, *Abogado*.

12 de noviembre. Martes

«Situación de cargas de las fincas afectadas por un Proyecto Urbanístico de equidistribución», por Don MANUEL ANGEL RUEDA PÉREZ, *Notario de Valencia*.

14 de noviembre. Jueves

«Función del Registro y del Registrador en la sociedad actual», por el Ilmo. Sr. Don JOSÉ POVEDA DÍAZ, *Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Registrador de la Propiedad y Mercantil. Notario. Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*.

20 de noviembre. Miércoles

«La cesión parcial del crédito hipotecario», por el Ilmo. Sr. Don RAFAEL AZPITARTE CAMY, *Notario de Valencia*.

21 de noviembre. Jueves

«La anotación preventiva de embargo. Problemas que plantea de carácter Judicial y Registral», por Don EUGENIO MATA RABASA, *Abogado*

26 de noviembre. Martes

«La prescripción del crédito hipotecario», por el Excmo. Sr. Don LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*

28 de noviembre. Jueves

«Tratamiento profesional de la publicidad formal del Registro», por el Ilmo. Sr. Don LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *Registrador de la Propiedad y Mercantil Director General de los Registros y del Notariado*.

2. *Conferencias en la Fundación Juan March.*—Durante el mes de noviembre se ha desarrollado un ciclo de conferencias bajo el tema general «Derecho e Instituciones en el fin del siglo XX», a cargo de los Profesores don LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Director de nuestra Revista, y don FRANCISCO RUBIO LLORENTE.

El Doctor DIEZ-PICAZO disertó sobre:

- La movilidad de los límites entre Derecho público y Derecho privado:
Los problemas de las fuentes del Derecho en el Derecho privado.
- Derecho de personas y Derecho de familia.
- El contrato y la libertad contractual.
- El sistema de Derecho de daños.

Y el Doctor RUBIO LLORENTE sobre:

- La Integración europea y las Constituciones nacionales.
- Derechos fundamentales.
- Igualdad y pluralismo.
- Las dificultades de la representación.

3. *Academia Matritense del Notariado*.—En el ciclo de conferencias del curso 1996-97 se han desarrollado durante el mes de noviembre las dos siguientes:

«La ganancialidad sobrevenida del domicilio habitual del matrimonio», por don MIGUEL GARCÍA-GRANERO MÁRQUEZ, Notario de Valencia.

«La responsabilidad civil profesional y la *Lex Artis ad hoc*», por don LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, Magistrado del Tribunal Supremo.

4. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—El día 18 de noviembre ha tenido lugar solemne sesión inaugural del curso académico 1996-97, con un resumen del curso anterior leído por don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, Secretario de la Corporación, y el discurso a cargo de don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Presidente de la Real Academia y Consejero de Redacción de nuestra Revista.

5. *Jornadas sobre la reforma del Reglamento del Registro Mercantil*.—Han tenido lugar en Sevilla, en homenaje a JOAQUÍN LANZAS GALVACHE durante el mes de noviembre, organizadas por la Delegación Territorial del Colegio de Registradores.

El programa ha sido el siguiente:

Martes 19

«Introducción», por el Excmo. Sr. D. LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Director General de los Registros y del Notariado.

«El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y sus principales novedades», por JUAN PABLO RUANO BORRELLA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

«Repercusión de la reforma en el depósito de cuentas», por JOSÉ MARÍA MÉNDEZ-CASTRILLÓN FONTANILLA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Mesa Redonda, con los ponentes anteriores y FRANCISCO ARANGUREN URRIZA, Notario. LUIS CARLOS BOULLOSA GASTAÑADUY, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Miércoles 20

«Régimen Transitorio», por LUIS SELVA SÁNCHEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

«Problemática de la Actualización de Balances», por CRISTÓBAL SALAS JARONES, Abogado.

Mesa Redonda, con los ponentes anteriores y GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Mercantil. FRANCISCO JAVIER MANRIQUE PLAZA, Nota-

PO. MANUEL MARTÍN-TRINCOCORTAS BERNAT, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

6. *Conmemoración del cincuentenario de la Ley Hipotecaria.*—Con motivo de cumplirse los cincuenta años de la Ley Hipotecaria de 1946, se ha organizado en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España un ciclo de conferencias sobre «La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años».

El ciclo se ha de desarrollar desde diciembre de 1996 hasta febrero de 1997.

Las conferencias de diciembre han sido:

Día 5 diciembre

«Significado general de la Ley Hipotecaria de 1946», por ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, Catedrático de Derecho Civil.

«Evolución de la teoría de la publicidad registral», por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Catedrático de Derecho Civil. Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Día 12 diciembre

«La teoría de los principios hipotecarios», por ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad y Mercantil. Ex-Director General de los Registros y del Notariado.

«La teoría de los asientos registrales», por JOSÉ LUIS SARRATE ABADAL, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Día 19 diciembre

«Inscripción y tradición. La inscripción constitutiva», por PABLO VIDAL FRANCÉS, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

«La calificación registral», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

7. *Curso sobre procedimiento tributario.*—Ha tenido lugar en el Colegio de Registradores de la Propiedad, durante los días 4, 10 y 17 de diciembre, con el siguiente programa:

«Obligaciones formales y presentación extemporánea», por ANTONIO JAVIER TORNEL GARCÍA, Registrador de la Propiedad.

«Comprobación de valores: distintos supuestos y su problemática en la Oficina Liquidadora», por RAFAEL JAIME MARÍA PALAU FAYOS, Registrador de la Propiedad.

«Notificaciones: sus problemas y defectos más comunes. El recurso de reposición. La reclamación económico-administrativa. La suspensión del procedimiento administrativo: su regulación actual», por LUIS SERRANO DE TOLEDO, Abogado del Estado. Secretario del TEAR de Burgos.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 28 de octubre de 1996.*—ACCION DE DESAHUCIO.—Inadecuación del procedimiento sumario especial a la complejidad de la relación familiar existente —Sala 2.^a.—Ponente: Sr. Gabaldón López.—Voto particular.—(Sup. BOE del 3 de diciembre)

Hechos.—Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) El solicitante de amparo promovió el juicio de desahucio por precario 587/90, ante el Juzgado de Primera Instancia número 47 de Madrid, contra su madre, doña Felisa Benito Sánchez y contra su hermana, doña Gloria Asensio Benito, respecto de una vivienda de su propiedad.

b) Las demandadas no comparecieron al juicio de desahucio, estando citadas por dos veces, por lo que conforme al artículo 1.578 LEC, el Juzgado dictó Sentencia el 10 de marzo de 1992, estimando la demanda y declarando haber lugar al desahucio solicitado.

c) Doña Felisa Benito Sánchez interpuso recurso de apelación que fue resuelto por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 18 de diciembre de 1993, por la que se estimó el recurso y se revocó la Sentencia apelada declarando no haber lugar a la demanda de desahucio, con fundamento en que, aunque para la Audiencia «ha quedado acreditada sin género de dudas la titularidad del actor sobre la vivienda cuestionada, así como la ocupación de las demandadas y la inexistencia del pago de renta o merced de ninguna clase», atendiendo a «los íntimos vínculos de parentesco que unen a los litigantes, con el contenido complejo y a veces extrajudicial de las relaciones entre parientes, (que) desnaturalizan hasta tal punto la situación litigiosa, que hacen imposible detenerse en la superficie meramente formal de la acción de desahucio, aunque sólo fuera atendiendo a la obligación alimentaria que se supone existente», se estima el recurso y se revoca la Sentencia apelada, al considerar que la complejidad de la relación material existente entre los litigantes excede de los límites del juicio de desahucio, por lo que «se estima más adecuado dilucidar la cuestión en otro (proceso) que con mayor amplitud permita conocer los hechos con toda la extensión que exige su singularidad»

El recurrente fundó su demanda en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del principio de igualdad (art. 14 CE), que

imputa a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, por la que se declaró no haber lugar al desahucio solicitado

El derecho a la tutela judicial efectiva se habría infringido, a juicio del recurrente, porque la Audiencia interpreta y aplica erróneamente los artículos de la LEC que regulan el juicio de desahucio por precario, al no concederlo pese a reconocer la titularidad del actor sobre la vivienda, la ocupación de la misma por las demandadas y la ausencia de contraprestación por el goce o uso de la vivienda. Asimismo, alega una posible incongruencia *extra petitum*, pues la Sentencia de la Audiencia se extendió a una de las partes a pesar de que no interpuso recurso de apelación.

El derecho a la igualdad del artículo 14 CE resultaría lesionado en la medida en que la Audiencia discrimina a la hora de aplicar la ley al recurrente por una simple cuestión de parentesco, y con fundamento en su relación familiar

Por escrito registrado en este Tribunal el 27 de junio de 1994, la parte recurrente en amparo alegó que la Sentencia dictada el día 18 de diciembre de 1993 por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación número 354/94, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad, pues si bien en su fundamento jurídico reconoce «acreditada sin ningún género de duda la titularidad del actor sobre la vivienda objeto de litigio, así como la ocupación de las demandadas», a la vez que «la inexistencia del pago de renta o merced de ninguna clase», sin embargo declara: «No haber lugar a la demanda de desahucio por precario». Se funda en la extrema perplejidad que ocasiona la petición del actor y no porque la situación posesoria sin pagar renta o merced difiera de las que justifican la acción de precario, sino por los íntimos vínculos de parentesco que unen a ambos litigantes, siendo ello motivado por simples suposiciones y apreciaciones meramente subjetivas, como es la existencia de lazos familiares, emitiendo como resultado de lo anterior un fallo fundado en circunstancias que nuestra Carta Magna reconoce como inconstitucionales, toda vez que no otorga al recurrente la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, ocasionándose indefensión, y le discrimina por sus circunstancias personales con la demandada. En la medida, continúa el recurrente, en que son éstas las causas por las que así mismo se produce inobservancia de lo establecido en el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se excede en la aplicación de lo estatuido en el artículo 359 de la citada Ley Rituaria, pecando por ello de incongruencia y se confunde el procedimiento de desahucio por precario con el necesario para la obtención de alimentos.

Según el demandante, el presente caso se encuadra perfectamente en el supuesto 3.º contemplado en el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que doña Felisa Benito y doña Gloria Asensio Benito, y con anterioridad a su fallecimiento don Agustín Martín Cuenca, detentaban la posesión de la vivienda objeto del litigio sin título ninguno y sin pagar renta o merced, ni los gastos que dicha posesión conlleva, siendo requeridos notarialmente por el recurrente en el plazo, que determina el precitado artículo. Todo lo anterior resultó plenamente probado y se refleja en las Sentencias tanto de primera instancia como de apelación. Contrario al fallo de la Audiencia es la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de mayo de 1948.

Además, continúa el recurrente, la obligación alimentaria no es una circunstancia susceptible de suposición. El artículo 148 del Código Civil vigente regula la obligación de alimentos y establece que «no se abonarán sino desde

la fecha en que se interponga la demanda». En este sentido la ley es clara, precisa y determinante: No existe obligación de abonar alimentos si no existe interposición de demanda a tal efecto. Doña Felisa Benito Sánchez en ningún momento ha interpuesto dicha demanda de reclamación de alimentos con lo que tal obligación no es exigible, ni la Audiencia Provincial tiene potestad para imponerla arbitrariamente.

El procedimiento de reclamación de alimentos exige el cumplimiento de unos trámites establecidos por la ley, como son el ejercitarlo a instancia de la parte interesada y probar todas y cada una de las aseveraciones afirmadas en la demanda formulada, y, una vez probado, dictar por el Juez de Primera Instancia sentencia favorable al reclamante de alimentos.

Por Resolución de 20 de julio de 1992, la Sala Décima de la Audiencia Provincial acordó declarar desierto respecto de doña Gloria Asensio Benito y don Agustín Martín Cuenca, con las costas devengadas, el recurso de apelación interpuesto por éstos y doña Felisa Benito Sánchez contra la Sentencia dictada el día 10 de marzo de 1992 por el Juez de Primera Instancia número 47 de Madrid, teniendo tan solo por personada y parte, en concepto de apelante a doña Felisa Benito Sánchez.

Lo anterior fue debido a que, si bien en principio se interpuso recurso de apelación por doña Felisa Benito Sánchez, doña Gloria Asensio Benito y don Agustín Martín Cuenca, contra la Sentencia de instancia, tan solo se presentó escrito de personación de doña Felisa Benito Sánchez como apelante, por lo que se dio cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, a pesar de lo anterior, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por doña Felisa Benito Sánchez contra la sentencia de instancia, revocando la misma, declarando no haber lugar a la demanda de desahucio por precario formulada por don Luis Asensio Benito contra doña Felisa Benito Sánchez y doña Gloria Asensio Benito, absolviendo de sus pedimentos a ambas, con lo que la Sala de la Audiencia Provincial absuelve en Sentencia de apelación tanto a la parte apelante, como a doña Gloria Asensio Benito para la cual se había declarado desierto dicho recurso de apelación, y sin hacer expresa condena en costas a esta última. Por tanto, la referida Sentencia adolece de incongruencia al excederse de forma arbitraria en la aplicación de la ley.

La Constitución Española recoge en su artículo 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»

En el asunto que nos ocupa se produce un manifiesto incumplimiento de los derechos fundamentales reconocidos en el precitado artículo, dando lugar a una evidente discriminación y falta de igualdad ante la aplicación de lo establecido en las normas, amparándose en los lazos familiares que unen a ambas partes, dado que es tan sólo dicho motivo la razón por la que la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial procede, de forma consciente a la inaplicación de lo observado en el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, negando que proceda en desahucio contra cualquier persona que tenga en precario la finca; el artículo 359 de la misma Ley Rituraria, no ajustándose al principio de congruencia reconocido, absolviendo la sentencia de apelación a quien no ha formalizado dicho recurso; el artículo 148 del Código Civil imponiendo arbitrariamente una obligación

que tan solo puede ser declarada por los cauces y procedimientos que determina la ley; y en definitiva, haciendo caso omiso en lo preceptuado en las normas de aplicación, tan solo por la extrema perplejidad ante la pretensión formulada por don Luis Asensio Benito en relación con los íntimos vínculos de parentesco entre los litigantes.

El Tribunal Constitucional en su STC 233/1991, se pronuncia resolviendo que: «La selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 de la Constitución Española: Sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria, manifiestamente irrazonable». Y todo esto en conexión con el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 53.2 de la Constitución Española.

De lo anterior se deduce que el derecho fundamental de igualdad ante la ley, protegido y reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española, asegura y ampara un mismo trato de todos los individuos a la hora de aplicar las normas establecidas con lo que tal derecho fundamental resulta violado por la sentencia de apelación en la medida en que arroja un fallo discriminatorio para el recurrente, que no resultaría ser el mismo, si don Luis Asensio Benito no hubiera sido hijo de doña Felisa Benito Sánchez.

Se conculca por dicha sentencia de apelación el artículo 14 de la Constitución, otorgando un trato desigual a la hora de aplicar la ley por una simple cuestión de parentesco y una supuesta obligación alimentaria, y fundándose en su relación familiar, la Sala se abstiene de aplicar las normas, sin reparar en las consecuencias que tal fallo reporta para el mismo: Reconoce la titularidad, pero le priva su derecho a la posesión de la finca que la ley proclama y ampara.

Resultado de lo anterior es la violación del principio de tutela efectiva de Jueces y Tribunales reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha desestimado el recurso de amparo interpuesto, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en virtud de los siguientes.

Fundamentos jurídicos.—1. Se dirige este proceso de amparo frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de diciembre de 1993, recaída en el juicio de desahucio por precario promovido por el aquí recurrente, a la que imputa haber vulnerado, por una parte, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al interpretar los artículos de la LEC que regulan dicho juicio en el sentido preciso para fundamentar la desestimación pese a la ausencia de contraprestación por el goce o uso de la vivienda que fue objeto del juicio, y también por incongruencia al extender los efectos del fallo revocatorio de la Sentencia de instancia a quien no había apelado. Alegando además violación del derecho a la igualdad (art. 14 CE) puesto que se estaría discriminando al recurrente respecto a otros sujetos de idéntica situación jurídica con único fundamento en la relación de parentesco existente entre el demandante y los demandados.

2. Aun alterando el orden antes expuesto, procede dar en primer lugar respuesta a esta última alegación para desestimarla. No cabe apreciar la vulneración del artículo 14 CE fundada en que la Audiencia habría discriminado al recurrente respecto de la resolución que es común a las situaciones de

precario sólo porque la pretensión tuviera lugar respecto de su madre y su hermana.

No fue ese el fundamento porque, como ha señalado el Fiscal, no se da en el caso discriminación, sino atención al hecho particular que lo configura, es decir, el de una relación compleja en la que el parentesco va íntimamente ligado a la posición en el litigio que hace concurrir en el mismo por su carácter una limitación del conocimiento. No cabe, pues, entender que la Sentencia impugnada incurriese en discriminación, puesto que únicamente prestó atención a la singularidad procesal del caso que exigía por su propia naturaleza un conocimiento completo que sólo en un juicio declarativo y no en el verbal de desahucio podría tener lugar. Lo cual constituye simplemente aplicación de un criterio de distinción objetivo y razonable en relación con la actuación procesal adecuada.

3. No cabe tampoco estimar que la Sentencia impugnada haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Dicho derecho puede entenderse satisfecho con el fallo desestimatorio de la demanda de desahucio por precario (con revocación de la Sentencia del Juzgado), apreciando que la «complejidad» de la relación jurídico-material que vincula a las partes, aun admitiendo la existencia de una posesión sin pago de merced alguna, aconseja que la cuestión se ventile en el juicio declarativo ordinario que corresponda y no en el de desahucio por precario.

Este pronunciamiento satisface el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, desde el punto de vista constitucional que aquí se examina, porque la Audiencia se funda, para desestimar la demanda de precario, en la existencia entre el demandante y los demandados (su madre y su hermana) de una relación familiar tan íntima que, aun admitido el hecho de estar ocupando la vivienda sin pagar renta, introduce en la cuestión la existencia de relaciones jurídicas más complejas que la de la simple ocupación gratuita, «desnaturalizando hasta tal punto la situación litigiosa que hacen imposible detenerse en la superficie meramente formal de la acción de desahucio» cuyos límites exceden y determinan la exigencia de su resolución en otro proceso con plenitud de debate y decisión de modo que permita decidir todos los aspectos de la relación controvertida.

Fundamentación que tiene su origen en la reiterada doctrina de la jurisprudencia civil según la cual el juicio sumario de desahucio (del que la situación en precario es una de las que lo autorizan), cuyo objeto único es reintegrar al dueño o poseedor real de la cosa en su posesión y disfrute sólo procede cuando no existen entre las partes otros vínculos que los derivados del arrendamiento o la ocupación en precario sin relación con otro título y sin que pueda ampliarse al enjuiciamiento de otras situaciones, incluso familiares entre las partes, ajenas a la relación arrendaticia que exijan un debate más extenso que sólo cabe en un juicio declarativo. Doctrina ésta que, con independencia de que haya sido adecuadamente interpretada y aplicada en la Sentencia recurrida, no nos corresponde revisar puesto que no excede de la legalidad ordinaria aplicada por el Tribunal competente mediante una razonada fundamentación que no puede considerarse arbitraria ni tampoco irrazonable en vista de la singularidad apreciada de la situación de fondo a la que se aplica.

4. En cuanto a la posible extralimitación de la referida Sentencia de apelación o, si se prefiere, de su incongruencia *extra petita* al desestimar la demanda no solo respecto de la demandada que apeló la Sentencia del Juzgado sino también respecto de una persona (la hermana del actor) que se

aquietó ante ella, procede señalar que el juicio de desahucio, siendo un proceso excepcional de carácter sumario, tiene por fin exclusivamente la rescisión del contrato de arrendamiento (cuando existe) y el restablecimiento del derecho posesorio, o sea la recuperación de la posesión, de suerte que, si la Sentencia estimatoria de esa acción hubiere de declarar haber lugar al desahucio, habría de pronunciarse en relación con todos los arrendatarios o precaristas demandados, mientras que si es desestimatoria, habrá de declarar simplemente no haber lugar al desahucio, tal como expresamente dice el artículo 1.581 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En realidad, pues, aunque en la Sentencia se pronunciase la absolución respecto de ambos demandados, tal pronunciamiento, meramente formal en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 359 LEC, se limita a rechazar la acción recuperatoria por inadecuación de procedimiento y afecta por tanto a todos los demandados que poseen la cosa (aunque uno de ellos no hubiere impugnado la Sentencia de instancia) y no puede por tanto apreciarse incongruencia en cuanto no hubo extensión de los efectos materiales del fallo a la demandada no apelante ya que sólo con la desestimación de la acción de desahucio quedaba decidida la situación posesoria del demandante.

Procede, pues, en consecuencia de todo lo dicho, la desestimación del amparo.

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Tomás S. Vives Antón a la Sentencia recaída en el recurso de amparo número 277/94

Disintiendo, respetuosamente, de la decisión de la mayoría, estimo que debería haberse acogido el amparo por vulneración del artículo 24.1 CE.

La Sentencia, de 18 de diciembre de 1993, de la Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación y declara improcedente el procedimiento seguido para decretar el desahucio de la recurrente con una fundamentación que podrá parecer discutible; pero que no puede considerarse arbitraria.

Sin embargo, al hacerlo extiende dicho pronunciamiento a una tercera persona que, al no recurrir, habría dejado adquirir firmeza a la Sentencia de desahucio en cuanto a ella se refería.

Ese pronunciamiento me parece palmariamente incongruente y no veo cómo puede soslayarse tal incongruencia: Que no proceda el desahucio por precario frente a la madre no implica, en modo alguno, que sea improcedente contra la hermana, cuya conducta procesal ha sido muy distinta y cuyo parentesco comporta consecuencias diferentes.

Madrid, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y seis.—Tomás S. Vives Antón.—Firmado y rubricado.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ
y CELESTINO RICARDO PARDO NUÑEZ

PERMUTA DE SOLAR POR FINCAS A CONSTRUIR Y ENTREGAR EN ACTA NOTARIAL EN NUESTRO SISTEMA, LA PERMUTA PRECISA DE LA TRADICION PARA TRANSMITIR EL DOMINIO, PERO ESA TRADICION, QUE PUEDE SER INSTRUMENTAL, NO RESULTA EXCLUIDA DE MODO CONCLUYENTE DE LOS TERMINOS DEL CONTRATO, DONDE EL ACTA CONVENIDA PARECE REFERIRSE AL MODO EN QUE HA DE CUMPLIRSE LA OBLIGACION DE ENTREGAR UNA COSA YA AJENA AL DEUDOR (RESOLUCIÓN DE 16 DE MAYO DE 1996, BOE DEL 12 DE JUNIO DE 1996.)

Hechos. I El día 27 de noviembre de 1991, mediante escritura pública otorgada ante don Antonio Martín García, Notario de Málaga, doña María Gracia Pérez Cansino segrega de una finca de su propiedad (tierra de riego con frutales en el pasaje de las Chorreras, al partido de Huertas Altas, del término municipal de Alhaurín el Grande), de extensión superficial 44 áreas 52 centiáreas 14 decímetros 41 centímetros cuadrados, la parcela de terreno descrita como «solar con fachada principal a la avenida de Gerald Brenan, haciendo esquina con calle Céspedes, procedente de la tierra de riego en el paraje de las Chorreras, al partido de Huertas Altas, en la urbanización denominada «De los Naranjos», que ocupa una extensión superficial de 641 metros 82 decímetros cuadrados, y permuta esta parcela segregada con la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio del representante de ésta por cinco fincas que estarán integradas en el edificio que sobre la finca permutada construirá dicha entidad, y que en la escritura se describen, estipulándose en la citada escritura: «Cuarta. Sobre la finca adquirida por permuta la entidad promotora “Atabal, Sociedad Anónima”, ajustándose al proyecto realizado por el Arquitecto don José Guerrero Solano, se propone construir el edificio en el que estarán integradas las cinco fincas antes descritas. Quinta. La entidad promotora “Atabal, Sociedad Anónima”, por medio de su representante, se obliga a entregar a doña María Gracia Pérez Cansino, las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses a contar desde el día de hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación .. Sexta. El permutante, promotora “Atabal, Sociedad Anónima”, por medio de su representante, se obliga a realizar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas que en esta escritura adquiere doña María Gracia Pérez

Cansino, a fin de que las mismas queden debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad. Séptima. Las fincas se permutan libres de cargas y de arrendatarios, y al corriente en el pago de impuestos, contribuciones y arbitrios...».

El mismo día y ante el mismo Notario, la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal del edificio construido sobre la parcela adquirida, el cual aparece integrado, entre otros elementos privativos, por cinco fincas cuyas descripciones coinciden íntegramente con las que dicha entidad permutó con la recurrente.

Las dos escrituras anteriormente citadas se presentan en el Registro de la Propiedad de Coín, el día 29 de noviembre de 1991, practicándose la inscripción de dominio de la parcela segregada a favor de la promotora «Atabal, Sociedad Anónima», el día 2 de diciembre de 1991, y con la misma fecha se practica una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construida, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora referida.

II. Presentada nuevamente la escritura de segregación y permuta en el Registro de la Propiedad de Coín, con el objeto de que se inscriba a favor de la recurrente las cinco fincas adquiridas por permuta, fue calificada con la siguiente nota: «No se practica operación alguna en cuanto al precedente documento en lo que toca a la adquisición por parte de la mercantil promotora «Atabal, Sociedad Anónima», porque mediante primera copia de este propio documento, ya fue inscrita al folio 177 del libro 287 de Alhaurín el Grande, finca número 22.247, inscripción 1.ª, con fecha 2 de diciembre de 1991; y en cuanto a la adquisición por parte de doña María de Gracia Pérez Cansino, por ser necesaria el acta notarial de entrega que prescribe la cláusula quinta de dicho documento. Coín a 12 de abril de 1993. La Registradora Nieves Ozamiz Fortis».

III. El Procurador de los Tribunales, don Rafael García Valdecasas García Valdecasas, en nombre de doña María Gracia Pérez Cansino, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó I. Que es evidente que nos encontramos ante un contrato relativo al dominio sobre bienes inmuebles (artículo 1 de la Ley Hipotecaria). II. Que según la doctrina la permuta es un contrato principal consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo de dominio (artículo 2, 1.º de la Ley Hipotecaria). Que resulta evidente que se trata de un título traslativo del dominio. III. Que hay que analizar si el contrato contenido en la escritura pública objeto de la calificación existe como tal contrato, por lo que analizando la escritura a la luz de los artículos 1.254 y 1.261 del Código Civil hay que señalar que el consentimiento consta en la escritura de segregación y permuta y que el objeto del contrato que interesa son las fincas permutadas, las cuales existen en la realidad registral, según los certificados del Registro de la Propiedad que se acompañan al recurso. IV. Que el referido contrato es un contrato de permuta (artículo 1.538 del Código Civil), traslativo de la propiedad que se rige, en todo lo que no se halle específicamente determinado en este título, por las disposiciones concernientes a la venta (artículos 1.541 y 1.450 del Código Civil). Que a *sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, si los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles, las obligaciones referentes al mero o simple hecho de poseer que aparezcan en los títulos no serán obstáculo para su inscripción.

V. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que el objeto del recurso parece estar en la necesidad o no del otorgamiento del acta notarial exigido por las partes en la cláusula quinta de la escritura calificada, en cuya acta se haría constar la entrega de las fincas por parte de la promotora. Que de los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 1.261 del Código Civil, se infiere que la voluntad de las partes, pactada en escritura pública, es esencial en materia de obligaciones y contratos, y en el asunto que se trata, esa voluntad de las partes es el otorgamiento de un acta notarial para hacer constar la entrega de los pisos. Que la recurrente alega que se trata de un contrato de permuta y que no es necesario ningún comportamiento posterior de las partes para que el contrato se entendiera perfeccionado. Que es demasiado simplista encasillar el referido contrato como de permuta. En este sentido hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1984, 2 de enero de 1976, 4 de mayo de 1978, en que los contratos del tipo al que aquí se estudia los considera como contratos innominados y atípicos, que entran dentro del concepto genérico de cesión onerosa, recibándose una contraprestación, y que tiene elementos aislados de diversos contratos tipificados, por nuestra legislación. Que la doctrina mayoritaria los ha considerado como permuta, pero tampoco faltan quienes consideran que se trata de una comunidad o un crédito refaccionario, una sociedad, un contrato de cuentas en participación o un negocio parciario. 2.º Que aun admitiendo que se trata de una permuta, es un contrato sobre una cosa futura, que está admitido en el artículo 1.271 del Código Civil. Que es un contrato consensual, cuyo objeto consiste en una cosa futura, por lo que los únicos defectos que tendrá limitados serán los intrínsecos de la misma, que se producirá en el momento mismo pactado por las partes. Está claro que si la inscripción se hubiera realizado sin haber pedido el acta notarial, se habría actuado con ligereza y sin justificación jurídica, atribuyendo al contrato, por sí solo, una eficacia no querida por las partes. 3.º Que problema distinto, pero conectado con el anterior, es el modo de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la escritura, cuestión que está íntimamente unida a si la relación jurídica que tratamos tiene carácter real u obligacional, todo ello desde el punto de vista registral. Es pues aconsejable el establecimiento de una condición resolutoria expresa, que tendrá acceso al Registro por vía del artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Que en el caso que se estudia, no se estableció ninguna garantía para salvaguardar los derechos de la propietaria del solar, y 4.º Que, supuesto lo anterior, se concluye afirmando que la calificación recurrida respetó escrupulosamente la voluntad de las partes, que quisieron dar al contrato los efectos estipulados y no más. Que el contrato fue calificado de permuta, pero ya se ha visto que se trata realmente de un contrato atípico, de cesión de un solar con la contraprestación de una cosa futura que se obliga a entregar el cesionario, y sin que dicha obligación esté garantizada con condición resolutoria o hipoteca, que le hubiere dado trascendencia real. Que si las propias partes interesadas exigían un acta notarial como requisito para la perfección del contrato, no puede aceptarse que ahora, unilateralmente, una de ellas pretenda obviar dicha exigencia, para conseguir la inscripción. Que otra cosa será que para conseguir la entrega y el reconocimiento de su derecho haya de acudir a los Tribunales de Justicia.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota de la Registradora fundándose en que es necesario el acta notarial de entrega que prescribe la cláusula quinta de la escritura y en los artículos 609, 1.005 y 1.462 del Código Civil.

VII. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió 1.º Que el Código Civil exige la tradición para la adquisición de Derechos reales, pero no debemos olvidar: a) Que la propia Ley Hipotecaria admite la inscripción del título donde no se contempla la tradición (artículo 14 del Reglamento). b) Que el Registro de la Propiedad no es constitutivo de derechos c) Que lo que se solicita es la impugnación de la calificación registral. 2.º Que la calificación no es conforme a derecho, pues si la protección jurídica del cedente de los terrenos (recurrente), no viene establecida ya con trascendencia real por las partes en el documento que sirve de soporte al contrato, lógicamente no puede tener acceso al Registro; 3.º Que a la recurrente le asiste el derecho dimanante del artículo 1.526 del Código Civil, que si se refiere a un inmueble surtirá efecto contra tercero desde la fecha de su inscripción en el Registro, y 4.º Que la recurrente por virtud del contrato ha adquirido el derecho de propiedad de los inmuebles a que el mismo se refiere, pues en otro caso ningún sentido tendría el artículo antes citado.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 392, 609, 1.095, 1.289, 1.462, 1.538 del Código Civil; 1, 2, 8, 9, 20, 38, 40, 220 de la Ley Hipotecaria, 21-1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 16, 2.º del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988.

1 En el supuesto *de facto* del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

a) El recurrente celebró contrato de permuta en escritura pública autorizada el 27 de noviembre de 1991 en la que entre otras estipulaciones se pactó lo siguiente: 1. La recurrente «permuta determinada parcela con la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima»», por las cinco fincas que a continuación se mencionarán, que estarán integradas en el edificio que sobre la parcela permutada construirá dicha entidad, cuyas fincas responden a las siguientes descripciones: ...; 4 Sobre la finca adquirida por permuta la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», ajustándose a (determinado proyecto) se propone construir el edificio en que estarán integradas las cuatro fincas antes descritas; 5. La entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», se obliga a entregar a la recurrente, las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses a contar desde hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación ..., 6. El permutante, promotora «Atabal, Sociedad Anónima», se obliga a realizar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentra integradas las fincas que en esta escritura adquiere la recurrente .., 7. Las fincas se permutan libres de cargas y arrendamientos .

b) El mismo día y ante el mismo Notario (número inmediato posterior) la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal del edificio construido sobre la parcela adquirida, el cual aparece integrado, entre otros elementos privativos, por cinco fincas cuyas descripciones coinciden íntegramente (número del piso o local en el edificio, cuota, linderos, etc.) con las que esa entidad permutó con la recurrente

c) Estas dos escrituras se presentan en el Registro de la Propiedad el día 29 de noviembre de 1991, practicándose una primera inscripción de dominio

de la parcela segregada a favor de la promotora «Atabal, Sociedad Anónima», el día 2 de diciembre de 1991, y con la misma fecha una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construido, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima».

d) Presentada nuevamente la escritura de permuta antes referida, el día 23 de marzo de 1993, con el objeto de que se inscriban a favor de la recurrente las cinco fincas adquiridas por permuta, el Registrador suspende la inscripción mientras no se aporte el acta notarial de entrega a que se aludía en la cláusula 5.ª de dicha escritura.

2. Si se tiene en cuenta que aunque el contrato de permuta aparezca configurado en nuestro Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical (arts. 1 538, 609 y 1 095 Código Civil), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462, 2 del Código Civil (cfr., art. 1.541 Código Civil), la cuestión debatida consistirá en decidir si en el concreto negocio realizado, puede estimarse que en favor de la recurrente se ha operado ya, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto de los cinco pisos o locales que ella adquirió, o si, por el contrario, la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan claramente diferidos a un momento posterior, el del acta notarial de entrega.

Prescindiendo por ahora de las especiales características de los bienes que una de las partes —el constructor— da en permuta, de los términos del negocio celebrado no resulta concluyente la exclusión respecto de ellos, del efecto traditorio inherente a la escritura pública. Ciertamente, la cláusula 5.ª en cuanto alude a una obligación de entrega que se cumplirá mediante el otorgamiento de acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación, parece confirmar esa exclusión; ahora bien, si se tiene en cuenta que la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega; y que en la escritura calificada se reitera (en las cláusulas 5.ª y 6.ª) la expresión: «las cinco fincas que en esta escritura adquiere la recurrente», difícilmente podría negarse en el caso debatido el efecto traditorio inherente al otorgamiento de la escritura pública respecto de esas cinco fincas que adquiere la recurrente, si las mismas estuviesen totalmente construidas en el momento del otorgamiento de aquella, ese deber de entrega que se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial, más deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor, que como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo 2.º del art. 1.462 Código Civil) del efecto traditorio inherente a la escritura pública; ello vendría avalado además por el criterio de reciprocidad que ha de inspirar la interpretación de los contratos onerosos (cfr., art. 1.289 Código Civil), por cuanto es indudable el efecto traditorio sobre el solar permutado por la recurrente.

3. Corresponde analizar ahora si por las especiales características del derecho adquirido por una de las partes permutantes puede alterarse las anteriores conclusiones sobre la efectividad del juego traditorio respecto de tales derechos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el piso o local de

un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. art. 392-II Código Civil) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quién ha de realizarla, a costa de quién, etc.); con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente, la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior, a medida que avanzan las obras y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y ha de cumplirse por medio de acta notarial deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar por quien tiene la obligación de construir sobre el solar. El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si este se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1.462 Código Civil).

4 Por otra parte, reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir ha de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que, si el párrafo 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción —cfr. art. 8, 4.º Ley Hipotecaria—), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar; antes al contrario, avalan tal inscripción el carácter real del derecho cuestionado (arts. 1, 2 y 9, 3.º Ley Hipotecaria); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8, 4, párrafo 2.º, *in fine*, Ley Hipotecaria); la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquélla y del edificio resultante (cfr., arts. 392-II Código Civil, 2 Ley Hipotecaria, 21-1.º Ley Propiedad Horizontal, 8-4.º Ley Hipotecaria y 16-2.º Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988). Además, y de conformidad con lo anteriormente apuntado, una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar, determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo.

7. La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido no puede aparecer obstaculizada por el hecho de que la contraprestación por la adquisición de esos cinco pisos, sea la cesión del propio solar sobre el que ha de realizarse la edificación en el que aquéllos se integran; aun cuando en tal hipótesis pudiera resultar más adecuado, la celebración de un negocio atípico, «do ut des», por el que el dueño de la parcela que retiene sobre ella el derecho sobre cinco pisos o locales a cuya construcción se compromete la otra parte contratante, y da a ésta derechos (comunidad) sobre la parcela que le permi-

tieran hacerse dueño exclusivo de los restantes pisos del edificio que se compromete a construir, nada obsta a la validez del negocio tal como ha sido configurado, eso es, como un negocio de permuta (si bien con ciertas particularidades que lo singularizan), por el que una de las partes cede íntegramente el suelo a la otra y ésta, a cambio, asume la obligación de realizar determinadas edificaciones y transfiere inmediatamente a aquélla el derecho a cinco pisos o locales del edificio convenido; las respectivas prestaciones son posibles, lícitas y perfectamente determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso, obstaculice la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio, al estar otorgado en escritura pública

8. Queda, por último, la cuestión de si inscritos a favor del constructor todos los pisos y locales del edificio construido, puede practicarse una segunda inscripción de los cinco pisos y locales objeto de la permuta, a favor del cedente, en virtud de ese mismo título. Puede pensarse que los principios registrales de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr., arts. 1, 20, 38, 40 y 220 Ley Hipotecaria), impiden esta segunda inscripción, toda vez que a favor del permutante promotor se inscribió en pleno dominio la totalidad del solar (sin que en el folio respectivo constara como carga, gravamen o coparticipación en esa titularidad dominical, los derechos que adquiría o retenía la recurrente) lo cual, a su vez, determinó que por él sólo se declarara e inscribiera el régimen de propiedad horizontal, y a su favor se extendieran los primeros asientos de cada uno de los pisos resultantes. Ahora bien, tales obstáculos son sólo aparentes, pues, la inscripción parcial de un negocio en modo alguno puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídico-reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento. En definitiva, lo que se pretende es inscribir esos cinco pisos a favor de otra persona, en virtud de una transmisión otorgada por el propio constructor y titular registral actual, con la única particularidad de que dicho negocio traslativo es anterior a la inscripción a favor del transmitente de los bienes transmitidos

Esta Dirección General ha acordado confirmar el recurso en los términos de los anteriores considerandos, revocando el auto y la nota.

COMENTARIOS CRÍTICOS

Cuando se planteó el tema del valor que las Resoluciones de la Dirección General podían tener en el ordenamiento español al ser consideradas como «jurisprudencia o doctrina jurisprudencial», se zanjó la cuestión en base de dos razones jurídicas: una, el alto prestigio alcanzado por la doctrina que de ellas emanaba y otra, porque Don JERÓNIMO —alma y vida de las mismas— apuntó certeramente que en ellas se trataba de resolver un problema de derecho, de juego constitutivo y transcendencia *erga omnes* limitado al solo efecto de inscribir o denegar o suspender el asiento solicitado, haciendo así realidad la predicción de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria que hablaba de «una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley». Al abordar el comentario de esta Resolución de 16 de mayo de 1996 —una de las más extrañas por mí comentadas— se me hace muy cuesta arriba pensar que con ella se contribuye al alto prestigio de que

históricamente vienen gozando las mismas y eso que el tema central que se maneja es nada menos que el viejo problema de la «teoría del título y el modo» y el juego que en ella tiene el otorgamiento de escritura pública, según el artículo 1.462 del Código Civil. Es Resolución anterior a la nueva etapa que se instaure con el nombramiento de un nuevo Director General.

No sé si es defecto del abreviado resumen que se ofrece en los argumentos del recurrente o es que alega cosas que, a mi entender, se apartan del verdadero problema que el caso encierra. La Dirección General, en la versión que tengo, de lo que antes se llamaba «considerando», del cuarto, salta al «siete» y me pone la duda de si hay más argumentos que los que la misma ofrece. Por ello, creo que es preciso descubrir si es inscribible ese contrato de permuta de solar por cosa futura, haciendo entrar al artículo 1.271 del Código Civil. Inmediatamente es preciso saber si las partes dan al otorgamiento de la escritura pública el efecto de entrega o tradición, conforme al artículo 1.462 del Código Civil. Suponiendo que las partes no hayan pactado en contra —y es claro que sí lo hacen— la entrega del solar puede ser suplida por el otorgamiento de la escritura pública, pero parece no servir para hacer la entrega de los pisos que se están construyendo. Esos cinco pisos que se están construyendo ¿los adquiere directamente la cedente del terreno o pasan a ser propiedad del constructor en base de una accesión? Si como parece afirmar la Resolución, los pisos han sido «ya adquiridos» por la cedente antes de estar terminados ¿cómo es posible que se inscriban a nombre de la sociedad constructora, si ya son de otro? ¿Por qué no se rechazó la inscripción de esos pisos a favor de la Sociedad constructora? Es una pena no tener el texto íntegro de la escritura, pero con los elementos que se nos brindan, vamos a intentar aclarar estos puntos, alguno de los cuales no pasan de ser marginales, pero no por ello dejan de ser importantes. Vamos a proceder por el orden indicado resumiendo las posiciones del recurrente, Registradora y Dirección.

A Contrato de permuta de solar por pisos futuros

Calificado el contrato como de «permuta» es claro que siendo históricamente el antecedente de la compraventa se rija por las tres normas propias que el Código le dedica y subsidiariamente por las de la compraventa (art. 1.541 del Código Civil). Por ello estamos ante un contrato consensual, bilateral, oneroso, traslativo de dominio y exponente de la fórmula jurídica del cambio directo o de cosa por cosa. Puede admitirse también que a cambio de una cosa se dé otra y parte de dinero, problema que soluciona el artículo 1.446 del Código Civil. También cabe que se dé una cosa y se prometa entregar una «futura» (art. 1.271 del Código Civil).

En este último caso —que es el objeto del recurso— la doctrina no está muy conforme en denominar a este negocio jurídico como «permuta» y, por supuesto, no resulta nada clara la naturaleza de la situación del cedente que espera la cesión de la cosa futura. El procurador que entabla el recurso a nombre de la cedente, coincide con lo que he expuesto en materia de caracteres del contrato de permuta. Asimismo la escritura notarial denomina al contrato como «permuta» (cosa que no es vinculante para el Registrador que debe atender a la verdadera naturaleza del acto que la escritura refleja, independientemente de la denominación utilizada, todo ello según conocidísima doctrina de la Dirección General). La Registradora de la Propiedad dice que

la doctrina mayoritaria lo califica de «permuta», pero no faltan quienes consideren que se trata de una comunidad o un crédito refaccionario, una sociedad, un contrato de cuentas en participación o un negocio parciario. También cita las Sentencias del Tribunal Supremo donde se califica a estos negocios como contratos *innominados o atípicos* (STS 22 de mayo de 1984, 2 de enero de 1976 y 4 de mayo de 1978). Por supuesto, la Dirección General considera al contrato como una «permuta»

Se califique de una forma u otra, lo que si es cierto es que de los hechos se desprende que una de las partes entrega a la otra un solar y que ésta se *compromete, promete o se obliga* a edificar, declarar una obra nueva, dividir horizontalmente el edificio y entregar —mediante acta notarial— los cinco pisos que a cambio del solar ha de recibir la cedente

RAFAEL RIVAS ANDRÉS (*Boletín de Información del Colegio de Granada*, número 168, diciembre de 1994, págs. 3261 y ss) había apuntado que DIEZ PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*) al tratar el tema del «plazo en la obligación» pone como ejemplo una permuta de solar por obra futura y dice que la fecha de la entrega de la obra (plazo de dieciocho meses a partir de la fecha de la escritura, en el caso que comentamos) opera como un «*término suspensivo*». Antes de todo esto PELAYO DE LA ROSA (*La permuta*, Editorial Montecorvo, 1976, pág. 394) ya había precisado que «lo que adquiere la parte que entrega el solar es un *derecho de crédito*, por cuya virtud y en base al contrato de permuta está facultado para en su día exigir *la entrega de la cosa*. Hay un cambio de una cosa presente por otra futura y, como ésta no tiene existencia, sólo se halla *in fieri*, el constructor queda obligado (deudor) a transmitir la propiedad de la vivienda o local cuando esté terminado y deje de ser cosa futura, al otro permutante (acreedor)».

Por supuesto que la figura la cita VALLET DE GOYTISOLO (*Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales* Barcelona, 1962, págs. 483 y ss) y el Derecho Romano acordó para casos semejantes la concesión de una *actio praescriptis verbis*. Hay trabajos de GARCÍA BERNARDO LANDETA («Piso futuro y viviendas acogidas», *RCDI*, 1970, núm. 478), de MERINO HERNÁNDEZ (*El contrato de permuta*, Madrid, 1978) y de los italianos SALIS Y RUBINO. Igualmente se ocupan del tema las Resoluciones de la DGRN de 28 de febrero de 1994, 5 de octubre de 1994, 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988

Es evidente que la teoría del título y el modo exige el consentimiento y la entrega de la cosa que, en nuestro derecho, se facilita por el otorgamiento de escritura pública; sólo tiene como excepción que de la misma escritura «no resultare o dedujere todo lo contrario». La pregunta es inevitable: si la cosa futura no puede ser entregada por no existir, es difícil que la escritura pública supla la entrega. ¿Por qué las partes pactan que la entrega se hará por acta notarial cuando los pisos estén contruidos en el plazo previsto? La escritura pública sólo sirve, en el presente caso, para transmitir el dominio del solar, por eso se admite a inscripción.

También podía retorcerse el argumento y considerar que la entrega de esos pisos se asemeja al «pago aplazado» y que ello deberá hacerse constar en la inscripción por «una breve referencia» (Resolución de 5 de octubre de 1994). Tampoco cabe esa solución, pues leídos pacíficamente los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria, sólo se aplicará la teoría del precio aplazado «en las permutas» cuando una de las partes tenga que abonar a la otra una diferencia en metálico. Claro que esta Resolución, en los «Vistos», no cita al artículo 11 de la Ley Hipotecaria y así se explica lo de la «breve referencia»

B *Inscripción de la permuta*

Si la permuta fuese de cosa por cosa (*do ut des*) la inscripción no tendría problema, pero aquí al reseñarse el «fantasma» de la «cosa futura» en forma de obligación contraída por uno de los contratantes, deja sin «base real» la posibilidad de la inscripción. Tal y como parece redactada la escritura de cesión de terreno y la asunción del compromiso del cesionario de entregar en un futuro lo que promete a cambio, sólo permite inscribir la cesión del terreno ya que la obligación queda marginada por el artículo 98 de la LH, aunque este artículo está tan mal redactado que parece que da por supuesto que «los derechos personales» están inscritos y que lo que hay que hacer es cancelarlos. Si no se inscriben se ahorra uno la posible cancelación.

Por ello, solamente si la obligación o promesa de entrega de la cosa futura se garantiza con la *condición resolutoria* del artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, excluyendo la aplicación del artículo 175-5.º del mismo RH (por referirse a un caso completamente distinto), podría acceder todo el negocio de permuta a los libros registrales. Este criterio siempre lo mantuve en mi época registral calificadora. Existen otros negocios que pueden dar soluciones análogas con eficacia real inscribible, como puede ser la concesión del derecho de superficie, por un plazo y reversión anticipada de los pisos, etc. Ello fiscalmente supone otro mundo, pero jurídicamente es el correcto.

De los hechos que se relatan parece ser que la Registradora procedió correctamente —quizá mejor: coincidentemente con la opinión que sostengo— y me imagino que para nada haría costar la obligación de la entrega. La idea parece aceptarla el Procurador que presenta el recurso, pues dice que si la «protección jurídica del cedente, no viene establecida ya con *transcendencia real* por las partes en el documento que sirve de soporte al contrato lógicamente *no puede tener acceso al Registro*». De los hechos que se narran sólo existe una *obligación suspensiva* de entrega de bienes futuros, exigiéndose para la entrega (es decir, para cumplir *el modo*) el acta notarial correspondiente. Las referencias que el recurrente hace al artículo 1 526 del Código Civil y al artículo 14 del RH (concesión de la opción) demuestran que no tiene en cuenta el inciso final del apartado 6.º del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

A la Dirección General es todavía más difícil de seguirla en su razonamiento, pues distingue entre «la *transmisión* dominical, aunque no provoque igualmente el *traspaso* posesorio». Si no hay «modo» mal puede haber transmisión dominical, pues el otorgamiento de la escritura bien claramente dice que la «entrega» de los pisos deberá hacerse por acta notarial. Refuerza su argumento diciendo que al adquirente del terreno que se obliga a entregar los cinco pisos que construya, contrae la obligación de «*entregar una cosa ya ajena al deudor*».

De los hechos relatados se deduce que la primera inscripción es de dominio del terreno a favor del constructor y que la segunda —presentado el documento simultáneamente— es de obra nueva en construcción, división horizontal y folios independientes para cada piso, realizándose todo ello, «a favor de la entidad promotora referida». Si esto es así, y aplicamos el artículo 38 LH no sólo se presume que el derecho existe y pertenece al constructor, sino que también se «presume la posesión». Lo cual barre jurídicamente el argumento de la Dirección de entregar «una cosa ajena».

Debo aclarar que en el *Boletín de Información Registral de Granada* (núm. 52, octubre 1996) JOSÉ ÁNGEL GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, al comentar esta

Resolución, considera que los cinco pisos no se inscribieron a nombre de la sociedad constructora, suspendiéndose la misma hasta la presentación del acta de entrega (pág. 26). La versión que tengo procedente de la Revista *Lunes 4,30*, la que recoge el *Boletín de Información del Colegio Nacional de Registradores*, y la misma del *Boletín de Granada*, dice que todo ello se inscribió a favor de la sociedad constructora del edificio. Podría dar referencia de otras publicaciones que ratifican lo que digo.

C. *Adquisición de los cinco pisos*

Si de los hechos se deduce que los cinco pisos deben ser inscritos en base de los mismos documentos que provocaron las otras inscripciones y sin que sea precisa el alta de entrega, es que la cedente los *adquirió antes* y, sin embargo, la Registradora la inscribió a favor de la sociedad constructora, que sólo se había obligado a la entrega.

La exquisita ponderación y el conjunto de argumentos que la Registradora ofrece, no permiten pensar en que sabiendo que los pisos ya los había adquirido la recurrente, los inscribiese a nombre de la sociedad constructora. El último apartado de la Resolución claramente dice que esos pisos *simplemente proyectados* se inscribieron a nombre del constructor y, por ello, considera que puede pensarse que a ello se oponen los principios de legitimación, tracto y salvaguardia de los Tribunales.

Prescindiendo ahora de si se cumplieron o no los requisitos que determina la Ley del Suelo (art. 37) en materia de obra nueva, es cierto que los pisos «meramente proyectados» figuran registralmente a favor del constructor y ahora se precisa que este complete el *título traslativo*, con la entrega de la cosa en acta notarial, pues la escritura no surte esos efectos. Es más, el titular registral de esos pisos los ha adquirido por *accesión* en base de su titularidad dominical y de ahí que registralmente se inscriban a su nombre. Este es el gran peligro de la figura y de su empleo, salvo que se estipule la condición resolutoria.

La Dirección General provoca milagrosamente una solución para este caso, pues para ella «*el negocio traslativo*» a favor de la recurrente y cedente del solar es «*anterior a la inscripción a favor del transmitente de los bienes transmitidos*». Todo ello recuerda a la doctrina que plantea el artículo 44 de la LH en las preferencias de las anotaciones preventivas de embargo, que con tanta insistencia ha combatido la misma Dirección. No ya jurídicamente —como hemos demostrado con la configuración del negocio estipulado— sino por sentido común, es evidente que el constructor y dueño del terreno no puede cumplir la obligación de entrega de cosa futura hasta tanto ésta se haga real, palpable y existente, pues ni registralmente puede decirse que el piso o los pisos existan, ya que el Registro refleja unas inscripciones de pisos «en construcción», y solamente el acta de entrega podrá justificar el cumplimiento del «modo». Aun suponiendo que la construcción no estuviera terminada, lo que si es cierto es que el acta no sólo es necesaria para cubrir la entrega «sino para el cumplimiento de la obligación» por haber llegado el plazo fijado. Si la construcción no está acabada podría hablarse de una entrega «tabular».

Toda la argumentación de la Dirección General se viene abajo si el constructor, dueño en pleno dominio del solar y de «todos» los pisos construidos, incumple el contrato y vende a su vez los cinco pisos a un tercero. Ya vería-

mos la forma de proceder judicialmente cuando se intentase alegar ese «negocio traslativo anterior a la inscripción» que se lleva por delante de la prioridad, el tracto sucesivo, la protección del tercero, la legitimación y todo lo demás. Creo que los ciento treinta y cinco o más años que avalan la creación y aplicación de la legislación hipotecaria merecen otro trato más respetuoso.

J. M.^a CH O.

RESOLUCION DE 11 DE ENERO DE 1995.—HIPOTECA DE MAXIMO EN GARANTIA DE OBLIGACIONES ACTUALES Y FUTURAS.

Resolución de 11 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Cobo de Guzmán, en nombre del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Salamanca, a inscribir una escritura de hipoteca de máximo, en virtud de apelación del recurrente.

Excmo Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Cobo de Guzmán, en nombre del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Salamanca, a inscribir una escritura de hipoteca de máximo, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos. 1 El día 13 de mayo de 1993, mediante escritura pública otorgada ante don Julio Rodríguez García Notario de Salamanca, don Remigio Domínguez Cifuentes y su esposa doña Angélica Díez Fernández, constituyeron a favor del «Banco Hispanoamericano, Sociedad Anónima» una hipoteca de máximo sobre una finca urbana propiedad del recurrente por hasta un principal de 27.000.000 de pesetas sus intereses de tres años, por un total de 12.480.000 pesetas, más 5 200.000 pesetas para prestaciones accesorias. En la citada escritura se establecen las siguientes estipulaciones: «Tercera. Las obligaciones garantizadas por la hipoteca son cuantas tengan contraídas a la fecha de esta escritura, y las que contraigan dentro del término de cinco años a nombre de la compañía «Remigio Domínguez e Hijos, Sociedad Anónima», aunque su vencimiento sea ulterior, contraten los prestatarios con el «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», derivadas del préstamo, créditos simples o en cuenta corriente créditos documentados, efectos de comercio de que el Banco sea tenedor y aparezcan librados, endosados, aceptados o avalados por los deudores; avales prestados por el Banco, por cuenta de los deudores, descubiertos en cuenta de cualquier origen, fianzas prestadas en favor del Banco y cualesquiera otras que tengan su origen en operaciones regulares del negocio bancario, así como los intereses, gastos y demás obligaciones que sean accesorias de las expresadas. Quinta. La existencia de la presente hipoteca, y el plazo expresado en la estipulación tercera, no afectará la individualidad y subsistencia de cada una de las obligaciones que los prestatarios contraigan con el Banco, las cuales tendrán su régimen específicamente pactado en cuanto a vencimiento, intereses y demás modalidades, salvo en cuanto a tipo de interés, lo señalado en la estipulación sexta. Consiguientemente el Banco podrá exigir a su vencimiento el pago de cualquier obliga-

ción de que dicha exigibilidad, incluso judicial, se vea estorbada por la hipoteca que aquí se constituye. Sexta El Banco acreedor podrá en todo momento, hasta seis meses después de vencida la última obligación garantizada, abrir en sus libros una cuenta especial en el que serán partidas de adeudo el importe de los efectos de comercio descontados que resultaren impagados con sus correspondientes gastos, así como las demás obligaciones vencidas o dadas por vencidas, anticipadamente, de acuerdo con lo pactado en cada una de ellas, con sus intereses liquidados, al tipo respectivamente estipulado, hasta la fecha del adeudo y demás obligaciones accesorias, y de abono las cantidades satisfechas para su pago total o parcial por los prestatarios o terceras personas. Abierta la cuenta especial expresada, el saldo devengará unos intereses del 16 por 100 anual, liquidables y pagaderos trimestralmente, sin que su adeudo en la cuenta se reputé pago a los efectos prevenidos en la estipulación novena. Novena. En cualquier momento en que los prestatarios carezcan de toda obligación, vencida o pendiente, de las garantizadas por la hipoteca, podrá exigir al Banco, y éste vendrá obligado a acceder a ellos, que sea otorgada por el "Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima", la correspondiente escritura de cancelación total de la hipoteca, a expensas de los hipotecantes. Décima. Para el ejercicio de la acción hipotecaria por cualquiera de los procedimientos admisibles, bastará acompañar a la copia con fuerza ejecutiva de la presente escritura, alternativamente: a) Los títulos acreditativos de las distintas obligaciones, con los requisitos que, en su caso, cada uno de ellos precisará para la determinación de la liquidez de la deuda, a los efectos del juicio ejecutivo, si bien, en cuanto a las Letras de cambio y demás efectos de comercio, bastará la mera aportación de éstos, sin necesidad de protesto, implicando su tenencia, después del vencimiento, el impago de los efectos y la certeza de la deuda b) Certificación del saldo de la cuenta especial referida en las estipulaciones sexta y siguientes, que se notificarán junto con su extracto, a los deudores, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 245 del Reglamento Hipotecario y 142 y cuatro últimos párrafos del 153 de la Ley Hipotecaria Para acreditar la deuda por prestaciones accesorias caso de que no se hayan incluido en la cuenta especial y certificación a que alude el párrafo b) anterior bastará la prestación de los justificantes de pago de primas de seguros, impuestos, incluso de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su caso, u otros cualesquiera, contribuciones, gastos notariales y registrales y gastos de comunidad o alternativamente certificación del Banco del saldo de prestaciones accesorias, que desde ahora, y para en su momento, los hipotecantes reputan suficiente para acreditar su liquidez sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, si se optara por el mecanismo de la certificación bancaria. Undécima. El banco acreedor podrá exigir el pago de su crédito en juicio declarativo en el ejecutivo ordinario, mediante el procedimiento judicial sumario o en el extrajudicial, y ello sin perjuicio de reclamar, incluso judicialmente cada uno de los créditos garantizados con la presente hipoteca a través de sus propios títulos, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo de la cláusula séptima, sin que la iniciación del procedimiento correspondiente impida el ejercicio de las acciones derivadas de la presente escritura o viceversa mientras el Banco no se haya reintegrado totalmente de lo que se le adeude, ya que el presente otorgamiento en modo alguno nova, extingue o afecta a los derechos y acciones que correspondan al Banco derivados de los títulos de créditos garantizados por la presente super-

posición de garantía hipotecaria A los efectos oportunos: a) Tasan la finca hipotecada en 46.280.000 pesetas. b) Se designa como domicilio para notificaciones y requerimientos el que figura en la comparecencia de esta escritura esto es, en esta ciudad de Salamanca calle Gonzala Santana números 8 y 12, piso tercero, letra B c) Se nombra como mandatario para la venta, en su día, de la finca, caso de ejecución extrajudicial, al propio acreedor».

II. Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Salamanca, fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción de la hipoteca de máximo a que se refiere la escritura que antecede, por el defecto insubsanable de no constituirse en garantía de una obligación concreta, presente o futura, de la cual la hipoteca debe ser accesoria (artículos 1.857, 2 del Código Civil, 104 y 142 de la Ley Hipotecaria), sino pretender configurar una especie de hipoteca "flotante", aplicable a cualquier obligación que los mismos hipotecantes o la sociedad "Remigio Domínguez e Hijos Sociedad Anónima", tengan contraída o puedan contraer en un plazo de cinco años (según la estipulación tercera), a favor de la entidad acreedora, dejando a su exclusivo arbitrio la facultad de elegir, en su momento, el crédito que efectivamente vaya a quedar cubierto con la hipoteca hasta el límite máximo previsto, posibilidad ésta, no admisible en nuestro sistema hipotecario, en el que el Derecho real de hipoteca siempre debe ser accesorio de una obligación determinada la cual, por exigencia del principio de especialidad, debe resultar plenamente identificable y estar definida en sus líneas fundamentales, entre ellas su plazo de vencimiento, extremos que no concurren en la escritura que motiva esta nota Salamanca a 3 de noviembre de 1993 El Registrador. Firmado, José María Gómez Valledor».

III. La Procuradora de los Tribunales doña Elena Cobo Guzmán, en representación del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que la denegación de la inscripción de la hipoteca de máximo, otorgada conforme a la minuta del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», supone una ruptura con la doctrina tradicional en materia de hipotecas de seguridad y con el reconocimiento de la hipoteca de máximo por la jurisprudencia registral, pese a su falta de tipificación legal, que ha contemplado esta garantía real en un sentido permisivo muy aperturista II. Que la hipoteca de máximo ha sido definida como la que constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios. Que según la definición dada por la Resolución de 5 de febrero de 1945, a diferencia de la hipoteca ordinaria o de tráfico, la fe pública registral, así como la legitimación por el Registro, no se extienden del Derecho real de hipoteca al correspondiente crédito garantizado, por quedar la existencia y cuantía de este crédito supeditada a la realidad jurídica extraregistral o cesionarios del referido crédito hipotecario. III. Que de la anterior definición y de la jurisprudencia registral, la doctrina tradicional ha extraído las siguientes características básicas de esta clase de hipotecas de seguridad, todas las cuales concurren en la escritura objeto de este recurso, a saber: A) Fijación de un máximo de responsabilidad hipotecaria. En la estipulación primera de la escritura se establece la cantidad máxima hasta la cual responde la finca hipotecada (ver hecho 1), y determinando con ello de antemano el importe máximo de crédito que asegura la hipoteca, y por ello; se cumple la exigencia de principio de especialidad. B) Indeterminación de la existencia o

cuantía de los créditos garantizados por la hipoteca de máximo. El caso más frecuente y que es el de la escritura que se estudia, el volumen del crédito que en cada momento esté garantizando la hipoteca, podrá oscilar entre cero y el máximo, dentro del límite predeterminado de responsabilidad hipotecaria. C) Indicación del crédito en sus líneas fundamentales. Que según la Resolución de 5 de marzo de 1929, en cuanto a la determinación de la obligación cuyo cumplimiento queda asegurado con la hipoteca de máximo, basta establecer las líneas fundamentales, y así lo considera también la doctrina. Que analizando la escritura objeto de este recurso, se cumple sobradamente el requisito de indicar el crédito o créditos en sus líneas fundamentales. En este punto hay que tener en cuenta las Resoluciones de 16 de junio de 1936 y de 5 de febrero de 1945. D) Determinación por medios extrahipotecarios del crédito que en definitiva resulte garantizado. Que lo establecido en la Resolución 16 de marzo de 1929, y artículo 245 del Reglamento Hipotecario, explica la existencia en la escritura del pacto establecido en la cláusula sexta IV. Que en cuanto a las obligaciones que se pueden asegurar con hipoteca hay que señalar lo establecido en los artículos 1.861 del Código Civil, 142 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 15 de febrero de 1926. Que conforme al Derecho civil y mercantil, es lícito y tiene fuerza de obligar el contrato de afianzamiento para garantizar el buen fin de determinadas operaciones bancarias, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 1.822 y 1.825 del Código Civil, y la posibilidad reconocida en el artículo 1.426, 6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que teniendo en cuenta lo anterior, la negativa a la inscripción de la comentada escritura, vulnera el espíritu abierto de nuestra legislación hipotecaria y los artículos 1.861 del Código Civil, y 105 y 142 de la Ley Hipotecaria V. Que la hipoteca cuya inscripción se deniega no quebranta el principio de especialidad, pues en la hipoteca de seguridad, por virtud de sus rasgos propios, es claro que el crédito no puede constar en el Registro con las precisiones necesarias para que los terceros puedan conocer el alcance del crédito asegurado y se cumple dicho principio con la simple función de un máximo de responsabilidad hipotecaria. Ello justifica el especial régimen del tipo de hipoteca de seguridad de máximo, en cuanto a su eficacia contra tercero, y en lo concerniente a las particularidades específicas del procedimiento para hacerla efectiva, contenido en el artículo 245 del Reglamento Hipotecario.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó. 1.º Que la nota de calificación no cuestiona la posibilidad de constituir hipotecas de máximo y seguridad en garantía de obligaciones futuras, sino, si en el presente caso, la obligación que se pretende asegurar está suficientemente determinada o, por el contrario, no lo está en absoluto, al no constituirse la hipoteca en garantía de una única obligación, sino de una pluralidad de créditos, integrada por todas las deudas, presentes o futuras, que la entidad acreedora tenga contraídas o pueda contraer en un plazo de cinco años contra el hipotecante o, incluso contra otras personas. 2.º Que es una exigencia del principio de especialidad que la obligación garantizada con una hipoteca esté determinada en sus líneas esenciales. En este sentido se pronuncian las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 28 de febrero de 1928. 3.º Que del examen de la estipulación tercera de la escritura cuya inscripción se deniega resulta que el futuro crédito garantizado, no sólo no está definido en: sus líneas maestras de forma que resulte identificable (artículo 1.273 de Código Civil), sino que lo que en realidad se ha pretendido asegurar con la hipoteca es cualquier relación obligatoria ya existente entre el banco acreedor y los hipotecantes o la sociedad

«Remigio Domínguez, Sociedad Anónima», o que se pueda contraer en un plazo de cinco años. Este hecho de garantizar una pluralidad de obligaciones con una misma hipoteca, le hace perder a ésta el carácter accesorio de la obligación asegurada que, de forma imperativa, imponen los artículos 1.857, 1 del Código Civil y 12 y 104 de la Ley Hipotecaria. Que de admitirse tal posibilidad, significaría que el acreedor pudiera aplicar en su día la garantía hipotecaria, a su exclusivo arbitrio, a cualquiera de los créditos que tuviera contra el hipotecante y que el posible tercer adquirente del inmueble hipotecado o titular de un derecho posterior sobre la misma finca, no pudiera saber a qué deuda había de hacer frente, hasta que el acreedor eligiera una de las posibles. 4.º Que el presente caso guarda una notable semejanza con el resuelto por la Resolución de 23 de diciembre de 1987. Pero no es esta la única vez que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado contraria a la admisibilidad de las hipotecas llamadas flotantes, y así cabe citar las Resoluciones de 4 de julio de 1984, 26 de noviembre de 1990, 3 de octubre de 1991 y 17 de enero de 1994. 5.º Que prescindir del carácter accesorio de la hipoteca respecto a la deuda asegurada y permitir que el acreedor elija, a cuál de ellas se va aplicar la garantía hipotecaria implicaría, como dice la doctrina, un privilegio con violación de toda normativa sobre concurrencia y prelación de créditos.

En este mismo sentido cabe citar la Resolución de 17 de enero de 1994. 6.º Que es cierto que se pueden garantizar con una sola hipoteca una pluralidad de obligaciones, refundiéndolas en una cuenta corriente y garantizando el saldo que en su día resulta, de la forma prevista en los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 del Reglamento Hipotecario. Ello quiere, según reiterada Jurisprudencia la novación de los créditos incluidos en la cuenta de modo que pierdan su autonomía y sean sustituidos por el saldo resultante en el momento de su cierre. Pero, en el caso que se estudia no se ha pretendido acudir al sistema de cuenta corriente, como pone de manifiesto la estipulación séptima. En este punto hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1941, 24 de noviembre de 1943, 8 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1965, y las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 3 de octubre de 1991. 7.º Que en el caso presente, la finca hipotecada se halla afecta a una anotación de solicitud de la declaración de estado de suspensión de pagos. De admitirse la hipoteca flotante, significaría que el Banco acreedor podría hacer uso del Derecho de abstención que el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos confiere a los créditos hipotecarios, no respecto a una obligación concreta y determinada, sino respecto a la que el mismo acreedor a su arbitrio eligiera. Igualmente podría elegir un crédito para ejecutarlo extraconcursoalmente; sin que el estado de insolvencia del deudor fuera motivo para la suspensión del procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria.

V. El Notario autorizante de la escritura informó: 1.º Que la escritura objeto de este recurso fue redactada literalmente con arreglo a la minuta facilitada por el propio Banco. 2.º Que una hipoteca idéntica constituida anteriormente, con arreglo a la misma minuta, ha sido inscrita. 3.º La hipoteca constituida al ser considerada como hipoteca de máximo reúne todos los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para esta clase de hipotecas. Que deben tenerse en cuenta fundamentalmente las cláusulas sexta y décima de la escritura. Que se adhiere a los fundamentos alegados por el recurrente.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, confirmó la nota del Registrador, fundándose en que el carácter accesorio del derecho real de hipoteca, el principio de especialidad y la necesidad de protección de los terceros adquirentes del inmueble hipotecado exigen esa previa determinación registral, que brilla por su ausencia en la escritura cuestionada y que, en definitiva, que no se hace sino poner de relieve como el contenido de su estipulación tercera no identifica los créditos en los términos mínimos exigibles, conforme enseñan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 1987, 26 de noviembre de 1986 y 17 de enero de 1994.

VII. La Procuradora de los Tribunales apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones que constan en el escrito de interposición del recurso.

Fundamentos de Derecho.—Visto el artículo 246 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 17 de enero de 1994,

1. Se plantea en este recurso la cuestión de si es posible una hipoteca que hasta cierta cuantía máxima garantizaría no una obligación concreta y determinada sino, indiferencialmente, cuantas obligaciones tengan determinadas personas contraídas hasta la fecha de la escritura con cierto Banco y las que, dentro del término de cinco años, contraigan «en operaciones regulares del negocio bancario, así como los intereses, gastos y demás obligaciones que sean accesorios de las expresadas» (estipulación tercera). En la escritura se deja a salvo expresamente «la individualidad» de cada obligación y la sujeción a su régimen específico (estipulación quinta). Y se faculta al Banco a abrir, en cualquier momento una cuenta especial con los cargos y abonos, sin que la inclusión de una obligación en la cuenta implique «la pérdida de su individualidad por no tratarse de un propio contrato de cuenta corriente, sino de un marco contable a efectos de función de saldos y liquidaciones de deudas» (estipulación sexta), conviniéndose (estipulación décima) en que la acción hipotecaria puede basarse, entre otros títulos alternativos, en la «certificación del saldo de la cuenta especial» de conformidad con lo establecido en el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, y en que el ejercicio de la acción hipotecaria no impedirá la reclamación judicial de cada crédito a través de las acciones que competan por razón de su propio título ni viceversa (estipulación undécima en relación con la séptima).

2. Si bien esta Dirección General tiene afirmado que en materia de hipoteca el principio de determinación de los derechos inscribibles se ha de acoger, en cuanto a los datos relativos a la obligación garantizada con cierta flexibilidad a fin de facilitar el crédito, en el presente caso dista de cumplirse con los mínimos exigibles pues ni cabe la constitución de hipoteca en garantía de una masa indiferenciada de obligaciones ya existentes ni es posible garantizar con hipoteca las obligaciones totalmente futuras.

3. En cuanto a este último extremo, ya decidió este Centro Directivo por Resolución de 17 de enero de 1994, basándose en las razones que en ella quedaron expuestas, que se exige que el crédito, por el momento inexistente y que haya de quedar garantizado, ha de provenir necesariamente de una relación jurídica ya existente entre las partes, y ocurre en el caso planteado que las obligaciones futuras que se quieren garantizar no son las que puedan derivar como vicisitud eventual de una relación jurídica previa, sino las que

en un futuro queden constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor.

4. Pero tampoco sería posible la constitución de la hipoteca, aunque se hubiera limitado a garantizar obligaciones ya existentes, si en lugar de identificar la obligación garantizada se extiende la garantía a la masa indiferenciada de obligaciones que pudiera tener contraídas determinado deudor o deudores con el acreedor garantizado. Los principios de especialidad y de accesoriedad de la hipoteca exigen precisa determinación de la obligación que la hipoteca sirve (cfr. arts. 1.857 del Código Civil y 9.2 y 12 de la Ley Hipotecaria y 51, 6.º del Reglamento Hipotecario), y cuyas vicisitudes (transmisión, extinción) son, por la accesoriedad, vicisitudes del mismo Derecho de hipoteca. Las Resoluciones de 3 de octubre de 1991 y 23 de diciembre de 1987 ya expresaron que la simple reunión contable de diversas operaciones bancarias, como la prevista en la escritura ahora cuestionada, carece de virtualidad suficiente para provocar una obligación substantiva e independiente por el saldo resultante, que pudiera por sí sostener la garantía hipotecaria.

5. No puede invocarse en favor de la hipoteca pretendida, el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, pues tanto de su propio tenor literal como de los preceptos a que se remite, se deduce inequívocamente que el supuesto en él considerado presupone una relación básica de crédito ya vinculante, instrumentalizada en una cuenta corriente en la que habrá partidas de abono, pero también de cargo por los conceptos acordados, en el momento de su constitución, las cuales perderán su exigibilidad aislada desde entonces, siendo sustituidas con pleno alcance novatorio por el saldo que al tiempo de la liquidación resultare, el cual constituirá la única obligación exigible y garantizada, en su caso, con la hipoteca. Sólo en este sentido puede entenderse la expresión que utiliza el artículo 245 del Reglamento Hipotecario «importe de la obligación asegurada»; o la remisión al artículo 142 de la Ley Hipotecaria que regula la hipoteca en garantía de obligación futura o condicional; y, en fin, la remisión al artículo de la Ley Hipotecaria que regula la hipoteca en garantía de la apertura de créditos instrumentados en cuenta corriente.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Madrid, 11 de enero de 1996.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

(BOE de 17 de febrero)

COMENTARIO

1. De nuevo la Resolución de 11 de enero de 1995 se ha pronunciado sobre la inscripción de la llamada hipoteca «sumidero», llamada también hipoteca *omnibus* o hipoteca «flotante». Y de nuevo la Dirección ha insistido en su conocida postura negativa (Cfr. RR 23 de diciembre de 1987; 26 de noviembre de 1990; 3 de octubre de 1991 y 17 de enero de 1994).

Una decisión que, por confirmatoria de otras cuatro, todas posteriores a 1986, remacha una doctrina que se aparta, como por desgracia viene sucediendo con más frecuencia de la que sería de desear, de la que ininterrumpi-

damente venía siendo mantenida por el mismo Centro desde 1917 (la última en 1985).

2. Tres parecen ser las razones que se oponen a la inscripción de las escrituras ordinarias de constitución de una sola hipoteca de máximo en garantía de un conjunto de obligaciones, algunas presentes pero las más normalmente futuras, que las partes conscientemente pretenden mantener «separadas», esto es, unificadas en una cuenta meramente contable, sin eficacia novatoria.

En primer lugar las hipotecas flotantes topan con graves dificultades para superar con éxito la prueba del acceso registral por mor de las exigencias que a nuestro sistema hipotecario imponen los principios de accesoriedad y determinación.

En segundo lugar (aunque este punto se encuentra escasa por no decir absolutamente descuidado en la jurisprudencia que nos ocupa) las hipotecas flotantes deben salvar, porque las partes pretenden mantener «independientes» los créditos asegurados también en la fase de ejecución, los obstáculos que opone el principio de indivisibilidad de la hipoteca.

En tercer lugar las hipotecas flotantes, en que por hipótesis falta la cuenta novatoria, no son por sí mismas títulos ejecutivos y desde luego carecen de acceso directo al judicial sumario.

3. Cada una de estas razones incide en flancos distintos y deriva en consecuencias de orden muy variado, por ser ni siquiera, son argumentos totalmente independientes (sin duda el primero y el último están muy relacionados), pero lo cierto es que a ellos parece reducirse la discusión. No todos, sin embargo, merecerán hoy nuestra atención.

Forzados por el planteamiento de la citada Resolución de enero de 1995 nos limitaremos sólo a discutir los problemas que plantea la confrontación de la hipoteca flotante con las exigencias que derivan de los principios de accesoriedad y sobre todo de determinación de los créditos asegurados con hipoteca.

4. Nada es más ilustrativo que la comparación de sistemas, también de sistemas legislativos o doctrinas jurisprudenciales. El «nuevo» trato que la doctrina registral dispensa a la hipoteca flotante se vuelve «transparente», desde luego en sus consecuencias sociales y económicas pero también en sus premisas jurídicas, cuando se compara la doctrina en que se asienta con la que sustentan ordenamientos hipotecarios o respuestas jurisprudenciales que defienden soluciones de signo contrario.

Por lo que al Derecho comparado se refiere la elección como término de comparación del Derecho alemán (1) parece oportuna. la influencia de la doctrina alemana en el Derecho y la Jurisprudencia registral española es obvia por evidente.

En cuanto al examen de nuestra «antigua», para algunos incluso «vieja» jurisprudencia, —calificativos que por cierto nos advierten sobre que tipo de

(1) Para el Derecho alemán nos hemos servido del antiguo pero muy útil todavía M. WOLFF, *Derecho de cosas 2* (Barcelona, 1971). Menos interesantes J. W. HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil 2* (Madrid, 1955) y A. NUSSBAUM, *Tratado de Derecho hipotecario alemán* (Madrid, 1929). Más modernos el completo F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts, 11 Auflage* (München, 1981) y el sugerente F. LENT y K. H. SCHWAB, *Sachenrecht, 17 Auflage* (München 1979). Se ha usado la versión del *BGB* de C. MELÓN, *Código Civil Alemán* (Barcelona, 1955).

mentalidades, por llamarles de alguna manera, hay a veces que enfrentarse— parece una opción obligada (2): se trata de comprender como, con apoyo en unos mismos preceptos sustantivos, han podido defenderse posturas opuestas cuando no lisa y llanamente contradictorias.

Porque, conviene ya adelantarlo, durante muchos años, las hipotecas flo-
tantes, en formas o «presentaciones» muy variadas, han tenido franco el ac-
ceso registral con apoyo por cierto en una doctrina jurisprudencial presentada
con notable rigor por personas a las que se reconocía una gran autoridad (3).

1. CONTENIDO DEL PRIVILEGIO HIPOTECARIO

El Derecho real de hipoteca sujeta una finca, cualquiera que sea su posee-
dor, al pago de una obligación. El acreedor ve reforzada su posición jurídica,
al obtener una protección añadida a su interés en cobrar; protección que, a
lo que ahora interesa, opera en un doble plano:

i) La hipoteca, para proceder al pago del crédito que asegura, sustrae la
finca gravada, hasta la cifra inscrita, del reparto igualitario con los demás
acreedores del propietario.

ii) La Ley pone, a disposición del acreedor hipotecario, un procedimiento
para realizar la reserva de valor, que la hipoteca implica, que se caracteriza
por su especial rapidez y formidable vigor.

2. ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA Y DETERMINACION DE CREDITOS

Por razones comprensibles nuestro Derecho no pone este excepcional ins-
trumento de poder en manos de los acreedores sin adoptar las oportunas
(severas) precauciones:

i) La realización efectiva de la garantía hipotecaria, en Derecho español,
sólo es concebible por razón del impago de una obligación determinada, líqui-
da y exigible. no cabe, por la vía de constituir una hipoteca, sujetar en abstrac-
to una finca al pago de determinada cantidad, esto es, aunque falte el crédito.

Nuestro Derecho de hipotecas limita con la deuda inmobiliaria alema-
na (4). No es posible vincular, sin más, una finca al pago de una cantidad
constituyendo una especie de hipoteca «abstracta» (4 bis).

(2) La jurisprudencia antigua se ha tomado de R. M. ROCA SASTRE Y J. MOLINA, *Juris-
prudencia Registral* (Barcelona, 1953).

(3) Cfr. J. GONZÁLEZ, *La hipoteca de seguridad en Estudios de Derecho hipotecario y
civil* (Madrid 1948).

(4) Dice WOLFF, *Derecho 2* cit., pág. 197, de modo gráfico, que la deuda inmobiliaria
se «enajena». Esto es, la finca se descompone en valores susceptibles de ser transmitidos.
el que la adquiere la deuda inmobiliaria apropia un valor sobre un inmueble. La causa
(secundaria) que justifica la enajenación de la deuda inmobiliaria, es intrascendente: la
finca responde del pago de una cantidad. Lo normal es la deuda inmobiliaria se trans-
mite para servir de garantía a un crédito pero como el asiento nada dice del crédito
concretamente garantizado, ninguna excepción basada en él puede operar frente al acree-
dor. El propietario no es deudor y sólo está facultado para evitar, mediante el pago de
una suma en efectivo, que se transforme el fondo en dinero (vía ejecución forzosa).

(4 bis) La hipoteca de máximo no es de ninguna manera un equivalente jurídico de
la deuda inmobiliaria. Esta diferencia funcional permite desechar las resistencias que

La salvaguardia de este límite esta encomendada al principio de accesoriedad (5): si no hay crédito que asegurar, no cabe ejecutar la finca hipotecada. A la inversa, sólo si hay una obligación impagada, la hipoteca, porque es accesorio, se vuelve operativa (6).

encuentra en nuestro Derecho la admisión de la hipoteca caución (así bajo la forma de hipoteca en garantía de un conjunto de créditos), en base al razonamiento de que, en la práctica, el acreedor estaría realmente adquiriendo una especie de privilegio general con el que podría jugar a voluntad. El principio de determinación, que gobierna la hipoteca de máximo en todas sus formas, impide precisamente que pueda llegar a producirse este resultado por ello la jurisprudencia exige que se identifiquen, aunque sea someramente, los créditos que vayan a quedar asegurados por la hipoteca. Acierta la Resolución de 31 de octubre de 1991 cuando afirma que «la hipoteca no puede configurarse como la afección de todo o parte del valor de cambio del bien gravado en favor de un determinado sujeto que, de este modo, obtendría una cobertura genérica que podrá aplicar a cualquiera de los créditos, que ostente, o pueda ostentar en el futuro, contra el constituyente, dentro del límite cuantitativo de la afección pretendida». La ejecución de la hipoteca de máximo sólo devendrá posible si se aporta prueba de que los créditos reclamados —créditos perfectamente determinados, líquidos, vencidos y exigibles—, son precisamente los que habían sido garantizados. De todos modos no deja de extrañar lo especialmente puntilloso que ha sido la jurisprudencia registral con la hipoteca de máximo a la vista de la «manga ancha» que se «gasta» con la hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda admite su inscripción aunque las partes no hayan identificado cuál crédito en concreto sea el reconocido. Por lo demás nuestro Derecho conoce negocios con cierta eficacia abstracta: nadie discute la necesidad y admisibilidad en nuestro sistema causal de la letra de cambio. Sobre la naturaleza abstracta de la letra frente a terceros —denominada ahora «abstracción personal»— cfr. el intento de C. PÁZ-ARES, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio en A. M. MENÉNDEZ (comp.) Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (Madrid, 1986) pág. 206. Y es a la letra, el cheque o el pagaré a quién más se parece la deuda inmobiliaria. No hay que olvidar que la jurisprudencia alemana, con el fin de mitigar sus efectos más indeseables, ha permitido al propietario utilizar, contra el acreedor por deuda inmobiliaria, excepciones por razón de contracréditos e, incluso mientras sea deudor, las procedentes por razón del crédito «oculto» asegurado. cfr. NUSSBAUM, *Tratado* cit. pág. 234.

El paralelo de la deuda inmobiliaria con la letra de cambio, previa advertencia de que la primera funciona como causal entre partes, está explícito en WOLFF, cit. 2 pág. 378.

(5) Nuestro Derecho exige siempre causa, en el sentido de que la hipoteca será viable únicamente si existe la obligación que asegura: de ahí la necesidad de que las características del crédito se incorporen al asiento de hipoteca. En Derecho español la hipoteca de máximo en forma caución tendrá causa sólo si, en algún momento previo a la ejecución, hay créditos impagados, entre los genéricamente garantizados, que cubran la cantidad asegurada por la hipoteca. Sobre las dificultades y la equívocidad de la causa en los contratos de garantía: J. L. LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía en RCDI* 544 (81) 732. La abstracción de la deuda inmobiliaria permite la máxima independencia de la «hipoteca» del crédito asegurado. Esta «abstracción» se refiere a la causa primaria, no a la causa del contrato de hipoteca. «lo que induce al deudor o un tercero a conceder la hipoteca» (la llamada por los alemanes «causa secundaria»). De esta última es de la que puede predicarse la onerosidad y la gratuidad. Cfr. WOLFF, cit. 2 pág. 201. Sobre la proximidad de la causa *garantiae* y de la causa *solvendi* A. VON THUR, *Teoría general del Derecho civil alemán* 5 (Buenos Aires, 1948) págs. 79 y 198.

(6) Sobre la crisis del principio de accesoriedad de la hipoteca en la vigente Ley Hipotecaria de 1944 cfr. R. LA RICA, *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca en AAMN* 4 (1948) 267 ss. La admisión de la hipoteca de máximo exige cierta flexibilidad a la hora de interpretar la necesidad de la accesoriedad, flexibilidad, claro está, que no puede sobrepasar un límite preciso: la quiebra de la accesoriedad nunca puede ser total. De todos modos nuestro Derecho no tiene la acce-

ii) Muy cercano al principio de accesoriedad es el que la doctrina hipotecaria denomina principio de determinación. Sus funciones sin embargo son diferentes y no pueden ni deben confundirse.

No se trata, sólo, de que para ejecutar la hipoteca sea preciso que exista una obligación que asegurar (accesoriedad). Se exige algo más: lo que importa ahora es que nuestro Derecho sólo admite hipotecas en garantía de créditos precisos, perfectamente determinados (principio de determinación *strictu sensu*)

La exigencia institucional, de que la obligación asegurada esté perfectamente determinada, impide que la hipoteca se convierta en un «comodín» en manos del acreedor que éste pueda hacer servir a su antojo. La hipoteca no atribuye al acreedor un valor en la finca que éste podría afectar al pago de cualesquiera créditos o al que más le conviniese entre los que tuviese contra el deudor.

Este principio se resuelve en dos consecuencias encadenadas. La primera advierte que la hipoteca común u ordinaria sirve únicamente a aquellos créditos para cuya garantía se ha constituido. Dejando de lado ahora el caso de la llamada «sustitución» de créditos hipotecarios, en principio no cabe utilizar la hipoteca establecida en garantía de un crédito para asegurar otro distinto

soniedad por un dogma absoluto. En las hipotecas de cuentas corrientes, existirá gravamen, pero no crédito en la parte de que no se utiliza, mientras tanto no se disponga de todo el crédito abierto o si no se dispone de él en absoluto. Otro tanto sucede en la hipoteca en garantía de deudas futuras si estas no llegan a nacer. Sorprendentemente el Derecho alemán es mucho más respetuoso que el nuestro con el principio de accesoriedad de la hipoteca. Nunca tolera que exista una hipoteca sin crédito, un exceso de hipoteca sobre el crédito. por el exceso surge una deuda inmobiliaria (de propietario). Cfr nota siguiente.

Cierta doctrina incurre con frecuencia en un equívoco: identifica la hipoteca de propietario con la deuda inmobiliaria de propietario. La hipoteca de propietario no se confunde con la deuda inmobiliaria de propietario. En uno y otro caso el titular de la carga inmobiliaria y el propietario de la finca son la misma persona. Pero habrá hipoteca de propietario si subsiste la obligación a asegurar (evidentemente contra un deudor extraño): si falta (la deuda asegurada está extinguida), surgirá una deuda inmobiliaria de propietario. Piénsese en el acreedor hipotecario que se hace propietario de la finca porque la adquiere del hipotecante pero sigue conservando el crédito asegurado frente al deudor: existe sólo una hipoteca de propietario. Ahora bien si el deudor es declarado heredero del acreedor propietario, y en consecuencia adquiere crédito y finca, surgirá entonces una deuda inmobiliaria de propietario pues el crédito se habría extinguido por confusión. WOLFF, cit. 2 págs. 306. Muy claro en este punto HEDEMANN, *Tratado* 2 cit. pág. 457. En la hipoteca de máximo fluctúa continuamente dentro de la cifra inscrita la parte que es hipoteca (ajena) y la que es deuda inmobiliaria (de propietario), a medida que hay créditos y también, a la inversa, cuando se devuelve parte del crédito o se cede a un tercero, WOLFF, cit. 2 pág. 371. Sobre éste período de «interinidad»: NUSSBAUM, cit. pág. 212. *Contra* LENT-SCHWAB, *Sachenrecht* cit. pág. 258: mientras no se incorporan los créditos habría sólo deuda inmobiliaria. «Sollte das Grundstück zur Zwangsversteigerung kommen, ehe die Forderung über haupt entstanden ist, so kann der Vertrag, der aus dem Erlös auf die Hypothek entfällt, nicht dem Glaubiger zufallen, der ja keine Forderung hat, sondern nur dem Eigentümer». Según HEDEMANN, cit. pág. 444: la (parte de) deuda inmobiliaria está sustraída a la disposición del propietario mientras dura la hipoteca de máximo. La razón es que el propietario carece de la acción de rectificación. Cfr de nuevo LENT-SCHWAB, cit. pág. 258: «Einem Berichtigungsanspruch hat der Eigentümer nicht, solange seine Grundschild nur eine vorläufige ist (. . .)»

La segunda consecuencia, que cabe extraer, es que nuestro sistema veda las hipotecas que aseguran cualesquiera obligaciones del deudor, o las que quiera el acreedor.

3. HIPOTECA COMUN E HIPOTECA DE MAXIMO

Aunque se puedan alegar excepciones a la vigencia incondicional de ambos principios, lo cierto es que nuestra hipoteca ordinaria o común, ha de someterse a sus dictados. Por algo se ha podido decir que carecemos de un verdadero Derecho de hipotecas y lo tenemos sólo de créditos hipotecarios (7).

La recepción doctrinal y jurisprudencial, a falta de la propiamente legal, de la hipoteca de máximo, forzó una interpretación templada de esta doctrina. Su admisión, en efecto, exige una reconsideración que modere la rigidez con la que debe ser entendida la eficacia y función de los principios de accesoriedad y determinación.

4. LA HIPOTECA DE MAXIMO Y LA DOGMATICA ALEMANA

Para comprender la estructura y la función de la hipoteca de máximo es imprescindible hacer un análisis, por breve que sea, de la doctrina alemana. La razón de esta remisión es fácil de entender: la hipoteca de máximo es una forma hipotecaria elaborada originalmente por el pensamiento jurídico alemán.

Los perfiles de la hipoteca de máximo, que en nuestro Derecho parecen tan difusos, han sido trazados por la dogmática germana con especial cuidado y detalle por lo demás al igual que ocurre con todas sus instituciones hipotecarias. En efecto no resulta exagerado afirmar que la formulación que el pensamiento jurídico alemán ha hecho del Derecho hipotecario está tan bien acabada, que hoy no queda más remedio que aceptarla como ejemplar.

Con la construcción conceptual de la hipoteca de máximo la doctrina germana apuntaba hacia objetivos precisos siempre con la vista puesta en dos supuestos concretos. En primer lugar, buscaba que créditos de cuantía indeterminada o variable pudiesen acceder a la garantía hipotecaria. En segundo lugar, asimismo buscaba que pudiesen acogerse a la protección hipotecaria una suma o conjunto de créditos, existan éstos en el momento de la constitución de la garantía, o surjan después: créditos normalmente comerciales nacidos de relaciones de negocios de naturaleza duradera establecidas entre empresarios.

(7) El principio de determinación ha merecido poca atención doctrinal aunque es, junto con el de accesoriedad, uno de los dos ejes sobre el que gira la hipoteca común. Esta precisa de un crédito (accesoriedad) pero no uno cualquiera sino uno preciso y determinado (determinación). La admisión de la hipoteca de máximo ha obligado a matizar el rigor de ambos principios: nuestro Derecho de hipotecas ordinarias no es de hipotecas *strictu sensu*, sino de créditos hipotecarios. Vid. E. LALAGUNA, «Los créditos hipotecarios», en *RDN*, 85-86 (1974).

5. LA HIPOTECA DE MAXIMO PROPIAMENTE DICHA

En la práctica financiera de aquella nación, es habitual encontrar hipotecas de máximo constituidas en «garantía de todos los créditos que puedan resultar, en el futuro, a favor del acreedor hipotecario, por cualquier causa» (8)

Su forma registral típica adopta el siguiente tenor. A concede a B hipoteca en garantía de todas las pretensiones surgidas de las relaciones comerciales en curso hasta el importe máximo de 200.000 DM. La hipoteca de máximo garantiza así, los créditos que en cada momento tenga el acreedor contra el deudor, mientras la hipoteca no se extinga, pero sólo hasta la cantidad máxima inscrita.

De este modo, cuando de relaciones comerciales duraderas se trata, cuyo signo cambia con frecuencia, oscila continuamente la cantidad ocupada de hipoteca, dentro del máximo asegurado. En efecto como los créditos garantizados se intercambian incesantemente, también oscila en el tiempo la cuantía de adeudo realmente asegurado.

6. SU NATURALEZA JURIDICA: ESPECIAL REFERENCIA AL PARAGRAFO 1190 4 DEL BGB

El Código Civil alemán admite, al contrario de lo que pasa con la hipoteca ordinaria, sea de tráfico o de seguridad, que «mientras dure la relación de negocios, el acreedor pueda ceder a un tercero un crédito aislado del conjunto de créditos creados por la relación de negocios y asegurados por la hipoteca. Por ello la ley permite la cesión de un crédito, sin cesión conjunta de la hipoteca».

Un punto esencial que expresa, mejor que cualquier otro, la diferencia específica que distingue la hipoteca de máximo de las demás: la hipoteca de máximo, mientras lo sea y no se transforme en una ordinaria, de seguridad o de tráfico, no incorpora todavía crédito alguno por lo que es perfectamente posible la cesión independiente (sin hipoteca) del crédito o créditos (genéricamente) garantizados

7. LA FUNCION HIPOTECARIA DEL TOPE DE RESPONSABILIDAD

Se entiende ahora la importancia decisiva del papel que corresponde jugar al llamado tope de responsabilidad. En realidad es el pivote sobre el que gira

(8) Los entrecomillados del texto en WOLFF, *cit.*, 2 pág. 367 y ss. *Ibidem*, *cit.*, pág. 369. Especialmente instructivo está BAUR, *Lehrbuch* *cit.*, pág. 388 cuando propone el siguiente modelo de consentimiento: «*Ich Erwin Eigentümer stehe mit Gustav Glaubiger in Kreditverkehr. Zur Sicherung jedweder Forderung des Glaubigers, die sich aus diesem Kreditverhältnis schon ergeben hat (') oder noch ergeben wird, bewillige und beantrage ich die Eintragung einer Höchstbetragshypothek in Höhe von 50000 DM auf meinem Grundstück (.)*» También admitiendo asegurar una generalidad de créditos LENT-SCHAWAB, *cit.*, pág. 258: La hipoteca de máximo habitualmente se constituye en garantía de obligaciones «*doch ist es auch zulässig, sie allgemein für alle Forderungen zu begründen, (..) zustehen und zustehen werden*»

toda la estructura de la hipoteca de máximo: la invariabilidad de la suma máxima proporciona a la hipoteca la necesaria «rigidez» que le permite elevarse por encima del crédito.

La hipoteca de máximo no se pliega a (las vicisitudes del) crédito sino que, al contrario, puede replegarse sobre sí misma: suba o baje el montante del adeudo, nazca o perezca el crédito, la cifra hipotecaria permanece impasible. De este modo es posible una radical desvinculación entre crédito e hipoteca: «hipoteca incompleta o temporalmente en blanco».

El tope de responsabilidad «distancia» la hipoteca del crédito lo que les permite llevar vidas separadas. Ciertamente la hipoteca de máximo precisa, como la ordinaria, crédito o créditos a quiénes servir. Ahora bien cuál sea la identidad de los que, en definitiva, van a quedar asegurados por la hipoteca, es cuestión que queda indeterminada en el momento de constituir la hipoteca de máximo: ni siquiera hay certeza alguna de que, al final haya obligación alguna que acabe acogiendo a la protección de la hipoteca.

8. TRANSFORMACION DE LA HIPOTECA DE MAXIMO

De hecho para que pueda dejar de hablarse de hipoteca de máximo a secas, y aparezcan verdaderos créditos hipotecarios, se precisa, en primer lugar, que se eliminen las incertidumbres que arrastra el crédito asegurado o, en su caso, que se determinen las obligaciones concretas que van a resultar aseguradas y, en segundo lugar, que se practique un especial asiento registral que publique su incorporación a la hipoteca (9).

Hasta que se extienda el oportuno asiento, créditos e hipoteca llevan una vida totalmente independiente: consecuencia de la eficacia constitutiva que se reconoce a la inscripción en aquel Derecho.

Por esta razón, antes de que la citada incorporación de créditos a la hipoteca se produzca, nunca procederá la cancelación de la hipoteca de máximo en todo o en parte. Nada garantiza que precisamente el crédito abonado sea uno de los efectivamente garantizados o que la cantidad pagada corresponda a la asegurada por la hipoteca.

(9) La hipoteca de máximo funciona como una simple reserva de valor y no se transforma en «crédito hipotecario» hasta que se incorporan a ella las obligaciones que va a garantizar: BAUR, *cit.*, pág. 390: «*Auch kann die Höchstbetragshypothek durch Einmündung und Eintragung in eine gewöhnliche Sicherungshypothek oder in eine Verkehrshypothek oder in eine Grundschuld umgewandelt werden*» (ss 1186, 1198). Cfr. también WOLFF, *cit.*, 2 pág. 371. Mientras no se produce la transformación, no procede nunca la cancelación (total o parcial) de la hipoteca por muchos créditos, de entre los genéricamente garantizados, se demuestre haber pagado. Pueden ser otros los finalmente asegurados. J. GONZÁLEZ, *La hipoteca cit.*, pág. 95 y 113 prefiere hablar de «condensación o determinación de los créditos». La Resolución de 21 de marzo de 1917 citada en nota 11 dice: las «diferencias» (de la hipoteca de máximo respecto a la ordinaria) «se reflejan (...) en la cancelación, que generalmente depende de una liquidación de cuentas o de una especificación contractual de los créditos garantizados, sin que baste la prueba de pagos parciales o totales de los que se ajusten a los datos suministrados por la inscripción para provocarla».

9. PRECAUCIONES: LA HIPOTECA DE MÁXIMO COMO HIPOTECA DE SEGURIDAD

Esta necesaria relajación de la vigencia de los principios de accesoriedad y determinación, se compensa en Derecho alemán, tratando a la hipoteca de máximo con el rigor propio de aquellas hipotecas que llaman «de seguridad» la hipoteca de máximo no deja de ser más que una simple variante de la hipoteca de seguridad (10). Este rigor actúa en tres planos diferentes:

i) La inscripción registral prueba la existencia de la hipoteca: nada menos pero tampoco nada más. El acreedor no puede servirse del asiento para probar el crédito. La hipoteca de seguridad, una vez inscrita, se presume que existe, pero no el crédito que asegura cuya realidad ha de probarse por separado.

El deudor, o tercer adquirente de la finca, se hallan autorizados para oponer al acreedor, también al cesionario protegido por la fe registral, cualquier acto, hecho, convenio que pueda destruir, o modificar, la eficacia de la obligación, aunque no conste en el Registro.

ii) El Derecho inmobiliario consecuentemente no protege el tráfico del crédito garantizado por una hipoteca de seguridad con el principio de fe pública registral. Corolario inevitable de que la inscripción de una hipoteca de seguridad inscrita como titular de la garantía, sea realmente acreedor del crédito garantizado.

Por esta razón, si el crédito no existiese o ya estuviese pagado, la inscripción de la cesión no sería suficiente para resucitar el crédito y convertir en acreedor, en base a la fuerza del Registro, al adquirente, a título oneroso y de buena fe, de la hipoteca (principio de fe pública registral).

iii) La pérdida de fuerza ejecutiva que arrastra la hipoteca de máximo al conceptuarse como una típica hipoteca de seguridad, se acentúa notablemente por lo demás. El acreedor, que pretenda ejecutar la hipoteca por razón de un crédito que tenga contra el deudor, nunca podrá servirse, entre tanto la hipoteca siga siendo de máximo, de los procedimientos sumariales o privilegiados de ejecución hipotecaria (11).

(10) Para la hipoteca de seguridad en Alemania *vid.*, por todos, WOLFF, *cit.*, pág. 349. El asiento garantiza la existencia de la hipoteca pero no la del crédito que dice garantizar. Dos conclusiones debemos extraer. Primero el que adquiere confiado en el Registro adquiere, desde luego, la hipoteca pero no necesariamente el crédito. Este lo adquirirá sólo si existe y pertenece al cedente en el momento de la cesión. Segundo. el acreedor no puede invocar la inscripción para probar el crédito. *Vid.*, el 1184. «Una hipoteca puede constituirse de forma que el derecho del acreedor derivado de la hipoteca se determine solamente según el crédito y el acreedor no pueda alegar la inscripción para la prueba del crédito» en traducción de MELON, *Código cit.*, pág. 247. Ello es causa de que «en tanto el propietario desconozca la cesión del crédito, puede pagar al cedente con efecto liberatorio, aunque la cesión esté ya inscrita en el Registro» «Dada esta exclusión de los efectos del Registro en cuanto al crédito, la hipoteca de seguridad se parece (.) a la hipoteca de Derecho común (!)». Esta paralelo de la hipoteca de seguridad alemana con la hipoteca de Derecho Común —esto es la nuestra— es muy interesante: WOLFF, *cit.*, 2 págs. 349-350. Nuestra hipoteca ordinaria no es una hipoteca de tráfico, al estilo alemán, sino más bien una de seguridad: un tema en que no conviene entrar ahora aunque algo pueda deducirse de las páginas del texto y notas.

(11) La hipoteca de máximo es, en Derecho alemán, necesariamente de seguridad. Por esta razón la hipoteca de máximo carece de la fortaleza ejecutiva, propia de las de

10 ENSEÑANZAS

Estas limitaciones, de orden material y procesal, no buscan otra cosa que compensar los riesgos que generan las parciales derogaciones de los principios de accesoriedad y determinación que la aceptación de la figura de la hipoteca de máximo implica.

La admisión, en nuestro Derecho de la hipoteca de máximo, por tanto debe llevarnos necesariamente a reconsiderar los papeles a desempeñar por los principios de accesoriedad y determinación. Se trata únicamente de saber hasta donde pueden y deben ceder.

11. LIMITES INSTITUCIONALES: LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

La Dirección general comprendió muy pronto que sólo la hipoteca de máximo prestaría adecuada cobertura hipotecaria a determinadas posiciones deudoras de naturaleza compleja, cobertura cuya necesidad hacia notar desde hacia tiempo el mercado con particular insistencia. Asimismo advirtió también que la recepción de la hipoteca de máximo sería imposible si la beligerancia que nuestro sistema venía concediendo a los principios de accesoriedad y determinación no se mitigaba de algún modo. Desde este convencimiento edificó su doctrina en base a dos pilares fundamentales:

i) Aceptó, sin muchas vacilaciones, que el rigor del principio de accesoriedad podía atenuarse en la fase de desarrollo de la hipoteca: fase que la doctrina moderna (12) denomina «de seguridad», esto es, mientras la hipoteca no es todavía ejecutiva.

Sólidos argumentos de Derecho positivo apoyaban esta decisión. El artículo 142 de la Ley Hipotecaria permite construir una hipoteca en garantía de deuda futura. Si esta no llegase a contraerse, hasta entonces, evidentemente, habría existido una hipoteca sin crédito. A la misma conclusión se llegaba en el caso de hipoteca en garantía de cuenta corriente de créditos: por la cifra

tráfico: la inscripción no ampara el crédito. Pero hay algo más: esta precaución se refuerza con la cautela legal que prohíbe al deudor someterse a la inmediata ejecución forzosa. Cfr. WOLFF, *cit.*, 2 pág. 372. También LENT Y SCHWAB, *cit.*, pág. 257. Sobre la eficacia de este pacto, WOLFF, *cit.*, pág. 264 «en base al mismo (cabe) la ejecución forzosa (sin necesidad de sentencia ejecutiva) del que en cada momento sea propietario de la finca». Cfr. ROCA, *Derecho cit.*, 4 2 pág. 796 núm. 2 destaca, asimismo, esta particularidad de la hipoteca de máximo alemana. PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, *Comentarios en WOLFF, cit.*, 2 (Barcelona 1971) págs. 270 dice que la eficacia del *pactum executivum* alemán es semejante al de nuestro judicial sumario. Las diferencias son sin embargo decisivas: la oposición que admite es mucho más amplia que la tolera nuestro sumario hipotecario. cfr. L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal alemán* 3 (Buenos Aires, 1955) pág. 49 y ss. Por lo demás la hipoteca de máximo no es una mera hipoteca de seguridad. La nota característica de la hipoteca de máximo, como se dice en el texto, es que, al contrario de lo que sucede con las hipotecas de seguridad ordinarias, el crédito se incorpora a la hipoteca en un momento posterior a su constitución por lo que, hasta que la incorporación se produzca, el crédito puede cederse separadamente (independientemente) de la hipoteca (ss. 1190-4 BGB).

(12) Sobre esta distinción J. A. DORAL, *La fase de seguridad en la Hipoteca* (Pamplona 1967).

no cubierta, si el saldo resultase negativo, o inferior al máximo garantizado, habría hipoteca pero no crédito.

La accesoriedad es, en consecuencia, un principio que protege los intereses del deudor y del tercer poseedor y despliega toda su efectividad en la fase de ejecución. Ciertamente puede existir una reserva de valor sobre un inmueble aunque momentáneamente falte la obligación que ha de garantizar (12 bis). En cambio ésta tiene que existir necesariamente en el momento que se intente realizar la finca hipotecada: es obvio que la hipoteca ejecuta la finca pero, en nuestro Derecho, siempre ha de hacerse con el fin de pagar un crédito.

ii) La Dirección general tampoco dejó de velar, en sede de hipotecas de máximo, por los derechos del principio de determinación pero moderó sus exigencias; bastaría que, en el caso de ser varias las obligaciones aseguradas, se incluyesen en la escritura de hipoteca referencias, por genéricas que fuesen, que permitiesen su identificación (13).

Fue así hasta ahora tenida por doctrina consolidada aquella que entendía, que en aras a la flexibilidad que el tráfico exige, se respetaba el principio de determinación, en las hipotecas de máximo, cuando el contrato se determinaban el o los créditos a garantizar en modo tal que un tercero, mediante un juicio de interpretación, no de integración, pudiese concretar, cuáles eran los efectivamente asegurados.

(12 bis) Sobre infracción del principio de accesoriedad insiste la Resolución de 3 de octubre de 1991 que, al tiempo, aprovecha para precisar el alcance del principio de determinación y de la hipoteca de deuda futura. «Debe tenerse en cuenta la específica naturaleza de la hipoteca como derecho real de carácter accesorio que se constituye en garantía de una obligación determinada, al fin de asegurar al acreedor su cumplimiento (artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil) y, de ahí, la exigencia de adecuada justificación (*vid.*, artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento). No se precisa ciertamente que la obligación a asegurar tenga ya existencia jurídica puede constituirse también garantía de una obligación futura (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), pero no por ello queda comprometida su accesoriedad y su esencial finalidad de garantía de un crédito específico, por cuanto también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica de que deriva la obligación a asegurar, y solamente si se prueba su efectivo nacimiento y autónoma exigibilidad procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria»

(13) Sobre la hipoteca de deuda futura es fundamental la Resolución de 5 de febrero de 1925 ya citada. La importancia de esta resolución está en que se sirve de la hipoteca de deuda futura para dar cauce a la hipoteca de seguridad germana. La influencia de GONZÁLEZ, *La hipoteca cit.*, es obvia. La distinción entre hipoteca ordinaria y de seguridad no era diáfana en nuestro Derecho hasta la reforma de 1909 que reconoce eficacia legitimadora de los derechos inscritos a los asientos registrales. La presunción de existencia y validez del derecho de hipoteca se extiende al crédito salvo evidentemente que éste se inscriba como futuro si el propio asiento niega su existencia mal puede avalar su legitimidad. La distinción entre hipotecas según el crédito esté o no legitimado por el asiento tenía, antes de 1909, poca importancia práctica: nuestro Registro es de títulos y, en el caso de las hipotecas, títulos normalmente notariales, que por sí mismos gozan de la calidad de títulos ejecutivos. La presunción de legitimidad del asiento refuerza hoy la propia del título franqueando al acreedor el acceso a un procedimiento ultrarrápido de ejecución: el judicial sumario. En principio aquellas hipotecas en garantía de créditos todavía no inscritos no son realizables por vía sumarial, procedimiento de base registral que realiza la pretensión ejecutiva en los términos que resultan del asiento de inscripción de la hipoteca.

El principio de determinación es en materia hipotecaria el segundo cancerbero del principio causal. Una hipoteca indeterminada envuelve un grave peligro: permite reclamar varias veces los mismos créditos (en consecuencia aunque hayan sido ya satisfechos) de modo que por esta vía se sancionaría la legalidad de pagos dobles o múltiples de una misma obligación. Este resultado repugna especialmente en un sistema causal. Sólo si el crédito garantizado está determinado, el acreedor, ante la eventualidad de una segunda reclamación, puede defenderse probando que había sido ya abonado o estaba extinguido.

Por esta razón se vuelve imprescindible que las partes determinen en forma suficiente qué créditos son los asegurados. «Suficientemente» quiere aquí simplemente decir que deben estar descritos de modo que su identidad sea susceptible de ser determinada mediante un juicio de naturaleza jurisdiccional.

12. LA DETERMINACION DE CREDITOS

Se trataba únicamente de ofrecer datos para proceder a la identificación de los créditos a asegurar datos en número suficiente que posibiliten un juicio revisable, no una decisión discrecional (14).

Se buscaba impedir que pudiera tenerse por incluido en la garantía cualquier crédito entre acreedor y deudor. Si esta identificación mínima se cumplía, la determinación de la hipoteca estaría salvaguardada. La jurisprudencia hipotecaria venía contentándose con que se determinasen las «líneas fundamentales de las (obligaciones) que había de quedar incluidas» (15).

La simple exclusión de una cualquiera de las deudas aseguradas del acreditado bastaría, ciertamente, para imposibilitar la hipoteca en blanco, pero nuestra jurisprudencia exigía algo más: no bastaba precisar cuáles deudas no están aseguradas, era preciso identificar cuáles lo estaban. Probablemente preferible era un criterio material de determinación de las deudas cubiertas, así cuando se estipulaba que la hipoteca se extendía a todas las nacidas en el ejercicio de un giro o tráfico empresarial de contornos definidos.

(14) Cfr. K. LARENZ, *Derecho de obligaciones* 1 (Madrid, 1958) págs. 321 y 144. En un caso la sentencia es constitutiva, en otra declarativa. La distinción está ya recogida en A. COSSIO, *El dolo en el Derecho civil* (Madrid, 1955). Así para este autor la buena fe, *v. g.*, es fuente de normas objetivas no formuladas, un principio integrativo y no sólo interpretativo.

(15) La Resolución de 5 de marzo de 1929, ya citada, decía que en lo tocante a la determinación de las obligaciones cuyo cumplimiento queda asegurado con la hipoteca, basta con establecer «las líneas fundamentales de las que han de quedar incluidas, para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de responsabilidades y para que, en su día, los Tribunales, puedan declarar cuales se hallan cubiertas por la garantía». La Resolución de 26 de noviembre de 1990 vuelve a insistir en que «no es admisible el grado de indeterminación con que se expresa la escritura de constitución pues las «obligaciones garantizadas» pueden ser «cualesquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna». Además según la escritura los «Bancos incluirán las obligaciones o cargos en la cuenta, cuyo saldo en determinado día será el garantizado, sin tener en cuenta la forma de determinación de las obligaciones futuras que establece el artículo 238 del Reglamento Hipotecario».

De todos modos la Dirección no mantuvo un criterio uniforme y seguro. En algún caso se ha dado (16) por satisfecha con precisiones meramente formales, jurídicas v. gr., operaciones cambiarias. En todo caso, como hace la Resolución de 23 de Diciembre de 1987, siempre desechó referencias genéricas a cualesquiera de las obligaciones del deudor (17).

13. EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO

Sólo las hipotecas ordinarias incorporan los créditos que aseguran, créditos que en consecuencia publica el asiento. Por consiguiente el titular de una hipoteca de máximo, mientras la transformación en ordinaria no se produzca, normalmente no podrá servirse, del procedimiento judicial sumario, para realizar el valor de la finca.

El judicial sumario es un procedimiento de base registral y falta ésta cuando el crédito no está inscrito o lo está de modo insuficiente: no cabe duda de

(16) Cfr. R. de 28 de febrero de 1933 en ROCA-MOLINA, *cit.*, 6 pág. 371 el informe del notario Sr. Pascual Lacal. «(.) que tampoco aseguraba la hipoteca una cuenta de crédito porque (..) no se creaba una cuenta general en la que se saldasen y fusionasen las operaciones parciales, sino que (..) las operaciones parciales se pagarían en sus respectivos vencimientos, liquidándose, por lo tanto, individualmente, naciendo, viviendo y muriendo con absoluta independencia unas de otras, no estableciéndose mutuas compensaciones, ni determinándose las fechas, ni el modo de liquidar los saldos, no conteniendo el contrato ninguno de los elementos específicos de la cuenta corriente (...).» La hipoteca, según el primer resultado, era constituida en beneficio del deudor por una cantidad cuyo pago se garantizaba y «que se haría efectiva en la cuantía y las fechas que se señalasen en las letras de cambio.» La Dirección, frente al criterio del Registrador, entiende que «en la escritura calificada los otorgantes se limitaron a una garantía de pago del precio *individualizado* de cada operación mercantil conteniéndolo en letras de cambio con virtualidad bastante para producir el nacimiento de la acción hipotecaria.» Y añade que aunque «se garantiza el tráfico mercantil por operaciones separadas y «no puede estimarse comprendida en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, que regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (.)» sí cabría «(.) en el marco más amplio de los artículos 142 y 143 de la misma Ley». Concluye admitiéndolas «aunque no fuese más que por aquél principio, reconocido expresamente en el artículo 1.861 del Código Civil, de que la hipoteca como derecho real de naturaleza accesorio, puede constituir para la seguridad de cumplimiento de cualquier especie de obligación permitida por las leyes» Origen del actual artículo 245 del vigente Reglamento.

(17) La expresión de hipoteca «en blanco» es muy expresiva. Se lo he oído a mi compañero don F. MÉNDEZ. A la Dirección parece preocuparle más la determinación que la accesoriedad, también incluso mientras la hipoteca de máximo no se ha transformado en ordinaria. la denominada por DORAL, *cit.*, fase de seguridad. En realidad, como se trata de demostrar en el texto, uno y otro principio están pensados para las hipotecas ordinarias: las únicas que son directamente ejecutivas. Lo importante es que, cuando la hipoteca de máximo se ejecute, haya un crédito impagado (accesoriedad) y que el que se beneficie de la hipoteca no lo decida *arbitrariamente* el acreedor (determinación).

Es dudoso si la hipoteca «en blanco», inscrita, es nula necesariamente. Nada parece impedir que acreedor, deudor y terceros rellenen, a su arbitrio, la cifra de garantía, sin que quepa descubrir quien podría reclamar la nulidad: fuera de las situaciones de insolvencia o fraude, parece que habría que pasar por ella. La indeterminación del crédito puede hacer valer, en la ejecución sumaria, a través de la causa 1ª de suspensión del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, indeterminación es equivalente a falta de inscripción del crédito.

que el judicial sumario no es un procedimiento adecuado para acreditar extremos tales como la existencia de las obligaciones que se pretenden ejecutar, la identidad de sus titulares, o si su género o clase se corresponde con el de las aseguradas por la hipoteca. Nunca debemos olvidar dos cosas:

- i) el asiento de inscripción de una hipoteca de máximo no dice qué créditos concretos serán en su día beneficiarios de la garantía,
- ii) el juicio hipotecario sumario no permite intercalar una fase de cognición para ventilar estos extremos.

A partir de estos presupuestos es comprensible que la Dirección, ya en el año 1917, sentase que el procedimiento a que debe sujetarse la acción para exigir el pago de cantidades (en el caso de la hipoteca de máximo) «por la naturaleza, existencia incierta y total desconocido de la deuda o deudas contraídas, por las múltiples excepciones que el Derecho civil admite (...) y por la falta de título en que cristalice el derecho real, mientras no se transforme la hipoteca de máximo, requiere desenvolvimientos procesales distintos a los establecidos en los artículos 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria (previsto para los casos en que la deuda o deudas se hallen determinadas y sus modificaciones registradas)» (18).

14. LA CONFIGURACION DE NUESTRA HIPOTECA DE MAXIMO

Las hipotecas hasta un tope de responsabilidad, así confeccionadas, se revelaron el instrumento adecuado para proporcionar a nuestro sistema hipotecario la flexibilidad de que carecía y que la práctica demandaba: su desarro-

(18) La Resolución de 21 de marzo de 1917, en ROCA-MOLINA, *Jurisprudencia* 5 cit., pág. 29, destaca «que el valor garantizado en general y dentro de los límites (asegurados) por la hipoteca de *maximum*, no presenta los caracteres específicos que sirven de base al derecho real de hipoteca en los casos ordinarios (...)» y determina que es «análoga en cierta manera a la fianza hipotecaria admitida por los artículos 212 y 217 de la Ley Hipotecaria». Al mismo tiempo el Centro aprovecha para precisar que son distintas de las hipotecas ordinarias y también de las de cuentas corrientes de créditos, que el acreedor carece de la facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda o la cantidad a que asciende y se da valor a los hechos o convenios entre las partes que puedan modificar o destruir la eficacia de la obligación garantizada, aunque tales circunstancias no se hayan hecho constar en el Registro; que la cesión de los créditos es independiente de la garantía hipotecaria y se realiza al amparo del Derecho común; que la extinción de los créditos, que se ajusten a los datos suministrados en el asiento, no puede hacerse constar por una cancelación hasta que haya una especificación contractual de los créditos garantizados, con consiguiente asiento registral; y, finalmente, que mientras, de este modo, no se transforme en hipoteca ordinaria sólo cabe su ejecución por la vía procesal ordinaria. El grave paso que supone la asimilación de la hipoteca de máximo a la hipoteca por deuda futura, que luego se comentará en el texto, se consuma en la Resolución de 16 de junio de 1936: «...las llamadas hipotecas de *maximum*, regidas por el artículo 142 de la Ley Hipotecaria...». Para el parentesco entre la hipoteca caución y la de máximo GONZÁLEZ, *La hipoteca cit.*, lo que nos dispensa de investigar la paternidad de la Resolución de 21 de marzo de 1917. Significativamente no habla de hipoteca de deuda futura ni cita el artículo 142 de la Ley Hipotecaria. Su confusión con la hipoteca de deuda futura ya en la Resolución 28 de febrero de 1933 ROCA-MOLINA, cit., 6 pág. 373 y nota 5.

llo así como la depuración de sus rasgos esenciales fue sólo una cuestión de tiempo.

La Dirección terminó por configurar la hipoteca de máximo como una *tertium genus*, diferente de la hipoteca ordinaria, sea en garantía de deuda presente sea en garantía de deuda futura.

En estos dos últimos casos la obligación principal asegurada es sólo una y está perfectamente determinada. Por ello puede ser ligada a la hipoteca: incluso la expectativa (o el proyecto) de crédito en el caso de la hipoteca de deuda futura, se encuentra vinculado a la garantía, de modo que una vez nacido se le incorpora automática e indefectiblemente. La hipoteca se constituyó para servir sólo a un crédito preciso y nunca podrá desligarse de él, con independencia de que ese crédito no hubiese todavía nacido en el momento de formalización de la hipoteca. Nunca cabrá aquí, sea por la razón que sea, la posibilidad de llevar vidas separadas.

El tope que gobierna la vida de la hipoteca de máximo permite, en cambio, desarrollos muy diferentes al impedir la incorporación del crédito a la hipoteca. La suma fijada pudo haberse quedado corta o larga: en todo caso permanece invariable. Ello impide que la hipoteca se pliegue al ritmo vital de la obligación: provisionalmente puede existir más hipoteca que crédito sin que por ello el propietario tenga una pretensión de cancelación por el exceso. Mientras no se unen hipoteca y crédito no es posible la cesión, cancelación o ejecución hipotecaria: sencillamente no hay crédito hipotecario.

15. LA HIPOTECA DE MAXIMO «PROPIAMENTE DICHA»

La hipoteca de máximo era, desde luego, la garantía recomendable para aquellos créditos todavía no perfectamente determinados, sea porque su cuantía fuese variable sea porque sus titulares estuviesen todavía por decidir sea en fin por otra razón.

Sin embargo la desvinculación entre obligación y garantía que posibilitaba la forma hipotecaria de máximo estaba destinada a servir finalidades bastante más importantes: la Dirección admitió pronto que las hipotecas de máximo garantizasen también obligaciones independientes, indeterminadas en su existencia y cuantía y las llamó «hipotecas propiamente de máximo», «hipotecas caución» (19) o las «fianzas hipotecarias», distinguiéndolas tajantemente de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito.

Estas aseguran una única obligación: el saldo resultante de todos los créditos que se incorporaron a la cuenta. Incluso la obligación aseguraba puede no llegar a existir: al ser de cuantía variable, cabe que el saldo final resulte negativo o cero. De ahí la proximidad de las hipotecas en garantía de cuentas de crédito con las hipotecas de deuda futura. También en el caso de la cuenta de crédito, garantizada por la hipoteca, se garantiza una sola

(19) Para la incompreensión generalizada de la importación y posterior adaptación de la hipoteca de máximo alemana hecha por J. GONZÁLEZ comprobar Roca, *cit.*, 4.2, pág. 882 que sólo se hace eco de algunas de sus especialidades cuando trata de la cesión de créditos asegurados con hipoteca legal. La denominación es con toda probabilidad de origen germano cfr. BAUR, *cit.* pág. 388: «Seltener ist der Fall, dass jemand, dem ein Vermögen zur Verwaltung anvertraut ist, etwaige künftige Schadensersatzansprüche aus schlechter Geschäftsführung durch Höchstbetragshypothek sichert (Kautionshypothek)»

deuda cuya existencia, y en su caso cuantía, depende de lo que el saldo final arroje.

16. LA HIPOTECA CAUCION

La independencia de la garantía respecto al crédito pudo por esta vía consumarse en toda su plenitud lo que permitió a la política hipotecaria dar respuesta a las nuevas necesidades que generaba el moderno tráfico comercial.

La hipoteca caución se volvió, en manos de la Dirección, en el prototipo de la hipoteca de máximo: la hipoteca de máximo pudo así aspirar a prestar adecuada cobertura a aquellos saldos futuros (de alcance meramente económico) en que finalmente se materializaba una relación global; saldos cuyos componentes o partidas estarían constituidos por obligaciones totalmente independientes entre sí

En el supuesto típico de la hipoteca del tutor, al que la Dirección expresamente apela para apoyar su construcción, eran varias las obligaciones aseguradas.

El artículo 212 de la Ley Hipotecaria de 1909 comprendía entre las responsabilidades garantizadas por la fianza hipotecaria del tutor el importe de los muebles que entren en su poder, las rentas o productos de los bienes del menor o incapacitado y las utilidades que pueda producir al menor, durante un año cualquier empresa mercantil o industrial

Esta misma pluralidad de deudas a asegurar es perfectamente posible también en el caso de la hipoteca especial exigible a los que manejen fondos públicos, que regulaba el artículo 217 de la misma Ley, o el del mismo usufructuario.

Por lo demás, mientras la hipoteca caución no se transforme en ordinaria, no cabe exigir su cancelación en todo o en parte, por el hecho de que se pague cualquiera de las obligaciones (genéricamente) aseguradas.

Será así preciso, para dotarlas de ejecutividad, determinar en cada caso cuáles, en concreto, de entre las obligaciones aseguradas, van a resultar beneficiarias de la hipoteca. Sólo una vez identificadas, podrán incorporarse a la hipoteca.

Sea una o sean varias las obligaciones aseguradas, lo importante es que no estarán vinculadas a la hipoteca a todos los efectos, hasta que un asiento especial así lo certifique (20): la inscripción de la incorporación no es constitutiva pero sí presupuesto de su plena eficacia frente a terceros

(20) En la Resolución de 1917 la Dirección deniega el asiento por la *ratio decidendi* de que «porque después de garantizas, dentro del total fijado, letras de cambio () y todas las cantidades que como saldo resulten (), uniendo así la hipoteca de máximo con otras de cuentas de contenido indeterminado, se fija como pacto especial el de ejecución pignoratitia y se declaran documentos bastantes a estos efectos, no sólo el saldo que aparezca en los libros de contabilidad de la acreedora, sino las letras vencidas y no satisfechas ()». El riesgo fundamental a evitar consiste en que el acreedor pueda proceder a ejecutar dos veces un mismo crédito. ataque directo al principio causal

17. LA CONVERSION DE LA HIPOTECA CAUCION EN HIPOTECA ORDINARIA

Para hacer constar en los libros del Registro la incorporación de los créditos asegurados, la Dirección se sirvió del procedimiento registral que el legislador había dispuesto para la hipoteca de deuda futura la práctica de un segundo asiento.

Es sabido que, cuando la obligación futura garantizada ha nacido, la Ley Hipotecaria permite la extensión de una nota marginal que publique este hecho, en virtud del que la hipoteca de deuda futura se transforma en una hipoteca común.

La eficacia determinativa de este nuevo asiento (la nota marginal) tiene, sin embargo, en la hipoteca de máximo en forma caución, una importancia, una significación jurídica bastante mayor que cuando se trata de la hipoteca de deuda futura

i) La hipoteca de máximo no tiene porque ser pretendida por una (única) obligación, bien determinada, como pasa en el caso de la hipoteca de máximo en garantía de un crédito de cuantía variable: es perfectamente posible que la hipoteca sea pretendida no por una sino por varias obligaciones de las que solamente algunas alcanzarán su objetivo y finalmente serán las elegidas.

ii) En todo caso, sea una, o sean varias, las obligaciones a asegurar la hipoteca no resulta afectada por sus posibles vicisitudes. Las obligaciones, posibles beneficiarias de la garantía, llevan una vida separada de la hipoteca. No «cargan» con ella por así decirlo. Ello da «alas» a los créditos ya que puedan ser negociados con absoluta independencia de la hipoteca.

En consecuencia el nuevo asiento publica dos hechos diferentes pero igualmente decisivos. Primero: Cuáles, en concreto, de entre las obligaciones genéricamente aseguradas, han sido seleccionadas para aprovecharse de la hipoteca. Segundo: la incorporación de aquellas obligaciones, que han sido elegidas, a la hipoteca.

Dicho lisa y llanamente, sólo durante la primera fase hay verdadera hipoteca de máximo. Una vez los créditos se han incorporado a la hipoteca, ya no es propiamente hipoteca de máximo sino hipoteca ordinaria

18. LA HIPOTECA DE MAXIMO: UNA HIPOTECA «DESARMADA»

En Derecho alemán, la hipoteca de máximo es una variante de la hipoteca de seguridad. Característica principal de la hipoteca de seguridad es la desprotección registral que padece la obligación garantizada: como las presunciones registrales de existencia y legitimidad no cubren el crédito asegurado, su cesión tampoco está amparada por el principio de fe pública. Muy distinta sería la situación si la hipoteca fuese de tráfico: la protección registral alcanza también al crédito asegurado.

El derecho real de hipoteca se presume que existe y es legítimo: no así el crédito garantizado. Consecuentemente la cesión de créditos, asegurados por hipotecas de seguridad, no goza de la protección del principio de fe pública: el adquirente de buena fe y a título oneroso, de obligación garantizada con hipoteca de seguridad, adquiere irrevocablemente la hipoteca pero el crédito

asegurado únicamente en tanto exista, y sólo con el contenido que corresponda según del Derecho civil (21).

La desprotección registral del crédito no nos importa ahora tanto por sí misma como por las repercusiones que tiene a la hora de proceder a su ejecución hipotecaria:

i) A falta de legitimación registral, a la hora de intentar la reclamación hipotecaria, el acreedor no puede remitirse al asiento registral para probar la existencia del crédito y su contenido. La ejecución procede sólo si es posible y procede civilmente.

ii) A falta de fe pública el deudor conserva contra el cesionario (tercero hipotecario) todas las excepciones que por razón del crédito tuviese contra el cedente resulten o no del asiento.

19. RECEPCION DE LA HIPOTECA DE SEGURIDAD. LA HIPOTECA DE DEUDA FUTURA

La hipoteca de deuda futura proporcionó la cobertura legal que la Jurisprudencia necesitaba para intentar encauzar en nuestro sistema la hipoteca de seguridad. La evolución posterior de los acontecimientos confirmó la bondad de esta construcción: la doctrina hipotecaria ratificó la decisión jurisprudencial

La hipoteca de deuda futura proporcionaba un esquema o tipo cuya eficacia legal coincidía con la propia de la hipoteca de seguridad. Con razón podía afirmarse que la hipoteca de seguridad no era extraña a nuestro sistema: sin saberlo, no desconoceríamos el juego típico de las hipotecas de seguridad.

La inscripción de la hipoteca de deuda futura, al igual que pasa en la hipoteca de seguridad alemana, no presume la existencia y validez del crédito asegurado. La razón es bien sencilla porque el crédito es futuro, es por hipótesis inexistente. El acreedor, que quiere proceder a su ejecución, debe probar por medios extrarregistrales que la obligación asegurada existe y es legítima por supuesto además de su propia titularidad.

(21) En Derecho alemán la hipoteca de máximo es una variante de la hipoteca de seguridad. Cfr. LENT-SCHWAB, *Sachenrecht* cit., pág. 257. BAUR, *Lehrbuch* cit., pág. 389 incluso «in Grundbuch nicht als Sicherungshypothek bezeichnet ist» (§ 1190 Abs. 3). Explica bien las consecuencias prácticas de esta diferencia entre hipotecas de tráfico y de seguridad HEDEMANN, *Derecho* cit., pág. 442: «El dueño de la finca (en las hipotecas de tráfico) si no está siempre con un ojo abierto y no cuida de que se hagan constar en el Registro cualesquiera alteraciones de la situación, se halla expuesto a tener que pagar dos veces. Todo lo contrario de lo que ocurre en la hipoteca de seguridad: el propietario puede estar tranquilo, mientras que los acreedores, aunque nada les impide transmitir a otro su crédito, con dificultad encontrarán quién acepte el papel de cesionario». Lo característico, como vimos, de la de máximo es que cabe la cesión independiente (sin hipoteca) del crédito. En efecto éste no está incorporado a la hipoteca lo que se hará constar en el Registro mediante un asiento especial. El estatuto de la hipoteca ordinaria en garantía de deuda futura es discutido pero la Jurisprudencia le ha prestado poca atención, al contrario que en el Derecho español, precisamente porque la hipoteca de seguridad recibe en aquél Derecho reconocimiento explícito e independiente. Sobre la hipoteca de deuda futura *vid.* no obstante WOLFF, *Derecho* 2 cit., pág. 215 núm. 6 y pág. 311, núm. 9

La hipoteca de deuda futura prestó así cobertura suficiente a la hipoteca de seguridad. La nueva figura fue asimilada rápidamente demostrándose así la importancia del hallazgo jurisprudencial.

Si la hipoteca es de seguridad, los actos, hechos o convenios que impidieron el nacimiento de la obligación asegurada, o que posteriormente la modificaron o destruyeron, son directamente oponibles al acreedor, también al cesionario de la hipoteca que inscribió su adquisición poco importa que los hechos impositivos o extintivos no resulten de los Libros oficiales del Registro.

La fe registral no protege el crédito. El ejecutante acreedor, incluso el cesionario, ha de probar que la obligación garantizada existe y es legítima; en su caso también que el crédito reclamado es precisamente el asegurado con la hipoteca. El deudor y el tercer poseedor pueden oponer a la reclamación del acreedor todas las excepciones que les corresponden según el Derecho común (22).

Es discutible, y no es desde luego ahora el momento de hacerlo, cual sea la protección, tanto en el orden material como en el procesal, que nuestro sistema otorga al cesionario del crédito hipotecario ordinario (cesionario de hipoteca común a la que equivocadamente nuestros hipotecaristas reservan la denominación germana de hipoteca de tráfico).

Lo cierto es que, en la hipoteca de deuda futura, hasta que no se extienda la nota marginal que haga público el nacimiento de la obligación asegurada, no sería posible la inscripción de la cesión del crédito, por lo que nunca transmisión de hipotecas de deudas futuras podrán acogerse a la protección de fe registral: decisión que, como se ve, aproxima en la práctica el funcionamiento de la hipoteca de deuda futura al propio de la hipoteca de seguridad alemana (22 bis).

20. HIPOTECA DE MAXIMO E HIPOTECA DE SEGURIDAD

Encontrado adecuado encaje a la hipoteca de seguridad, la hipoteca de máximo, que también, al igual que ocurre en Derecho alemán, se la concibe por nuestra jurisprudencia como una mera variante de la hipoteca de seguridad, no podría sustraerse a la necesidad de jugar este mismo juego.

(22) El problema de las excepciones oponibles en el ejecutivo hipotecario recibe en nuestro Derecho un tratamiento que hay que entender paralelo del propio del Derecho alemán: toda esta materia está sin embargo pendiente de una aclaración decisiva. En éste Derecho, si hay cesión de la hipoteca de tráfico, sólo procede oponer por el deudor o tercer poseedor, además de las personales propias, las excepciones, por razón del crédito, que cabe deducir del asiento de inscripción. Para el significado del § 1137 del BGB cfr. LENT-SCHWAB, *cit.*, pág. 228. Para la equiparación en nuestro Derecho de la situación del tercer poseedor a la de un fiador. Vid. ROCA, *cit.*, 4 2 pág. 1077. esta equiparación no puede ser total: sólo es viable hasta cierto punto. Cfr. nota siguiente.

(22 bis) Para las dificultades que presenta la disciplina legal de la cesión de créditos hipotecarios en nuestro Derecho vid. últimamente J. M. GARCÍA, *Comentarios del Código Civil* 2 (Madrid 1991) pág. 1912 y ss: intenta llegar a un arreglo entre la necesidad de notificación al deudor que impone el artículo 149 de la Ley Hipotecaria para la eficacia plena de la cesión del crédito y la posibilidad de someterla al juego ordinario del principio de fe pública que, respecto al mismo crédito, parece admitir el artículo 144 de la misma Ley. Para la cesión de créditos en general, de A. F. PANTALEON, *Cesión de créditos* en ADC 40 (1988) 1060 y 1119-1122.

La hipoteca de máximo podrá ser realizada por la vía ejecutiva ordinaria, pero el acreedor ha de soportar el riesgo de que el deudor o el tercer poseedor le opongan todo tipo de excepciones, con el objetivo de enervar la ejecutabilidad del crédito.

La escasa fuerza ejecutiva de la hipoteca de seguridad volvería así, a la hipoteca de máximo, poco peligro desde un punto de vista procesal: el deudor, y el tercer poseedor, pueden oponer al acreedor hipotecario todas las excepciones que les concede el Derecho común, resulten o no del folio registral.

En un primer momento algún sector de la doctrina pensó que la extensión de la nota marginal, expresión registral de la transformación de la hipoteca de seguridad en común u ordinaria, era obligada si el acreedor quería utilizar cualquiera de los ejecutivos hipotecarios, también por tanto el ejecutivo hipotecario llamado ordinario regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aunque la jurisprudencia no mantuvo un criterio uniforme sobre este punto, a partir de los años veinte, prevalece sin duda alguna la corriente más flexible (23): se hace franco al acreedor por hipoteca de seguridad el uso del ejecutivo hipotecario ordinario.

Sin duda esa mayor flexibilidad tenía y tiene justificación: el ejecutivo ordinario permitirá al ejecutado, en la mayor parte de los casos, entablar una discusión suficiente sobre la existencia y legitimidad del crédito que el acreedor pretende cobrar.

21 LA APARICION DEL JUDICIAL SUMARIO

La reforma hipotecaria de 1909 transformó radicalmente el marco legal vigente hasta entonces de modo que los planteamientos doctrinales sufrieron también un cambio sustancial.

Cuando el legislador decidió acoger el llamado procedimiento judicial sumario, la situación de los poseedores de bienes hipotecados se vió súbitamente empeorada. El judicial sumario proporcionó al título hipotecario una fortaleza ejecutiva desconocida hasta entonces, incluso entre las mismas partes que constituyeron la hipoteca, esto es, aún cuando no apareciesen terceros.

A partir de la reforma de 1909 que introdujo el judicial sumario, nuestro Derecho protege la posición procesal del primer acreedor hipotecario con más fuerza, incluso, con la que el Derecho anterior defendía la del cesionario, también la del cesionario protegido por la fe pública registral (24).

(23) Para la eficacia que reconocía la doctrina a la nota del artículo 143 de la Ley Hipotecaria, puede leerse el resumen de Roca, *cit.* 4.2 pág. 712 y ss así como para conocer su juicio sobre la reforma de 1944 que suprimió la frase. «sin cuyo requisito (la nota), no podrá aprovechar ni perjudicar a tercero la hipoteca constituida». Es dudoso hasta que punto la reforma afectó la doctrina de la Dirección que desde 1925 venía negando la plena cesibilidad de la hipoteca de deuda futura en tanto no se transforme en ordinaria (hipoteca de deuda presente) la inscripción de la cesión exigía el nacimiento de la deuda asegurada. Sobre este punto más adelante en el texto. Toda esta materia está a la espera de aclaración.

(24) Un juicio crítico sobre la implantación del judicial sumario en GONZÁLEZ, *La hipoteca cit.*, pág. 86. «Se ha llevado el canon fundamental hasta la exageración de no considerar que podía haber un caso sencillísimo: el litigio entre el primer acreedor y el deudor propietario, que debía regirse por lo que prescribe la Ley de Enjuiciamiento Civil

En efecto, en el procedimiento judicial sumario, sólo tiene relevancia lo que el asiento dice, incluso entre partes. Si el crédito que el asiento publica no existiese, o su ejecución fuese excepcionable, el deudor hipotecario sólo puede oponer en el judicial sumario al acreedor hipotecario: falsedad del asiento o cancelación (o no inscripción) del crédito hipotecario que se ejecuta. Con razón se ha podido decir que el judicial sumario es un procedimiento de base exclusivamente registral (24 bis).

A partir de 1909 no es necesario que intermedie una cesión del crédito hipotecario, para que, a través del juego de la fe registral, el acreedor hipotecario consiga en nuestro sistema una protección especialmente fuerte. El simple asiento de constitución de hipoteca la proporciona por sí sólo siempre que acreedor y deudor hayan consentido el uso del judicial sumario: el posterior juicio declarativo, siempre abierto a la parte que se crea perjudicada, estará llamado a corregir cualquier posible entuerto.

22. EJECUCION DE LA HIPOTECA DE DEUDA FUTURA

El evidente peligro que para los propietarios de bienes hipotecados supuso el reforzamiento del título hipotecario, que produjo la introducción del judicial sumario, obligó a la Dirección General a precisar su doctrina sobre la fuerza ejecutiva de las hipotecas de deuda futura.

A principios del año 1925, el Centro Directivo, en una elegante resolución, sentó doctrina en esta materia, distinguiendo con claridad aquellos casos en que se hubiese extendido la nota marginal que publicaba el nacimiento de la deuda futura de aquellos otros en que no se hubiese extendido la susodicha nota.

Puede afirmarse que, sólo a partir de entonces, existe una doctrina uniforme sobre el alcance de la fortaleza ejecutiva de las llamadas hipotecas de deuda futura (y, en consecuencia, de las de seguridad, y por tanto las de máximo).

En primer lugar la nota marginal que hace constar en el Registro el nacimiento de los créditos a asegurar, es indispensable si se quiere proceder a la cesión de la hipoteca de deuda futura y no hay que olvidar que, sin inscripción, la cesión nunca estará protegida por la fe pública. Una cesión operativa exige inscripción previa del crédito futuro como presente: esto es, obliga a ofertar prueba cumplida de su existencia y legitimidad. En definitiva la Dirección niega la negociabilidad registral de las meras expectativas hipotecarias.

En segundo lugar, dado que el asiento de hipoteca, mientras la nota marginal no se practica, no ampara el crédito asegurado, podrá éste ser realizado en vía ejecutiva hipotecaria ordinaria, si el acreedor dispone de título ejecutivo y la sentencia de remate obtenida permite demostrar suficientemente que la obligación asegurada existe y es una de las garantizadas por la hipoteca.

en el procedimiento ejecutivo, en vez de llegar, para mayor estímulo del crédito territorial, al atropello, a la coacción que significa un procedimiento de carácter real por excelencia, que sólo debía estar preceptuado en vistas al tercero»

(24 bis) Por todos Roca, *cit.*, 42 pág. 1104-1105, con apelación al principio de legitimación registral, por el que se presume que los derechos inscritos existen y con el contenido del asiento (artículo 38 de la Ley Hipotecaria)

En tercer lugar, como a falta de la susodicha nota marginal el deudor conserva todas las excepciones que le correspondan por razón de la deuda, resulten o no del Registro, y dado que éste ilimitado poder de excepción no es posible que el ejecutado lo ejerza en el judicial sumario, este procedimiento no será normalmente utilizable por el titular de la hipoteca de deuda futura: judicial sumario sólo si del asiento resulta que el crédito asegurado ha nacido, es legítimo y que el ejecutado es el asegurado con la hipoteca (25).

23. REPERCUSIONES PRACTICAS

La jurisprudencia, en consecuencia, sentó, en orden a la fortaleza ejecutiva de la hipoteca de deuda futura, conclusiones muy matizadas que, en la práctica, suavizaban considerablemente el rigor de los principios. De intento se descartaron los pronunciamientos drásticos de modo que la cuestión quedó envuelta por cierta penumbra:

i) Normalmente la extensión del asiento que acredita la existencia del crédito asegurado, será necesaria para proceder a la ejecución directa de la hipoteca de deuda futura. La práctica de la nota exige prueba fehaciente de la existencia del crédito garantizado. Se suponía que esta prueba sería fácil: en la mayor parte de los casos, se reducía a la prueba de un hecho incontestable. Pero evidentemente no tenía porque ser siempre así: en algunos casos no basta la prueba de hechos sino que exige una declaración de derechos.

ii) En el caso de falta de acuerdo, si se producía discusión sobre la procedencia del asiento, no quedaba a las partes otro recurso que pasar por un juicio declarativo: en efecto, en ausencia del asiento, el acreedor ha de pasar por todas las excepciones que el deudor le oponga si su alegación es admisible con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

iii) El ejercicio del hipotecario ordinario sólo sería posible en aquellos casos en que la cognición que admite el juicio ejecutivo se demostrase suficiente para probar los extremos que el asiento había dejado indeterminados.

La Dirección, en un considerando decisivo por muchas razones, explicitó esta doctrina: «el procedimiento judicial para que el acreedor justifique que

(25) la Resolución de 5 de febrero de 1925 distingue «entre el título constitutivo de la hipoteca y el título ejecutivo de los créditos garantizados, que en el caso de la hipoteca por deudas futuras se hallan distanciados e independientes y en las hipotecas ordinarias van aparejados, y así es posible que sólo el título constitutivo se halle inscrito, mientras que al ejecutivo corresponde la función de provocar la liquidación del gravamen en el procedimiento judicial regulado por la Ley Hipotecaria o la de Enjuiciamiento Civil». A falta de la nota del 143 de la Ley que «transforma la hipoteca de garantía en una hipoteca normal», «el acreedor ha de probar la existencia, vencimiento importe y carácter hipotecario del crédito cuya ejecución pretende» y «el deudor o tercer adquirente se halla autorizado para oponer cualquier acto, convenio o excepción que pueda destruir la eficacia de la obligación». Sin nota cabe en general el ejecutivo ordinario hipotecario, pero no el judicial sumario salvo cuando» (..) el título de que surge la obligación sea por si mismo prueba auténtica y sólo corresponda acreditar el saldo». Se insinúa aquí la certificación bancaria como medio oportuno para acreditar el saldo debido cara al judicial sumario en base a una hipoteca ordinaria en garantía de un préstamo. Posibilidad hoy expresamente recogida en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

la deuda existe (i), que su importe es una cantidad determinada (ii), que se halla vencida (iii) y que es de las incluidas en la protección hipotecaria (iv), variará según las relaciones jurídicas aseguradas, porque en unos supuestos se necesitará una liquidación general de cuentas, en otros bastará determinar el saldo de la especialmente garantizada; *a veces el título de que surge la obligación será por sí solo prueba auténtica*, y, en el caso (de autos) presente, la sentencia de remate reconoce la existencia del crédito, su exigibilidad, su carácter líquido, su identidad con los mencionados en la inscripción y su fuerza ejecutiva».

24. EL JUDICIAL SUMARIO Y LA HIPOTECA DE DEUDA FUTURA

Sobre si el acreedor de una hipoteca de deuda futura puede servirse del judicial sumario, aún antes de que se extienda la nota marginal que acredita el nacimiento de la obligación y su legitimidad, la Dirección no se pronunció con claridad: muy al contrario el Centro excusó hábilmente cualquier pronunciamiento tajante («a veces por sí solo el título de que surge la obligación será por sí solo prueba auténtica»).

En consecuencia el procedimiento judicial sumario estará, en principio, vedado siempre que falte la nota marginal que acredite que el crédito asegurado por la hipoteca existe el juicio sumarial sólo en pocos casos podría ser utilizado directamente por el acreedor. La Dirección entiende que no cabe negar al acreedor de una hipoteca por deuda futura (variante de la hipoteca de seguridad) el acceso directo al judicial sumario: en su opinión la pregunta debería recibir distinta contestación en función de cuáles sean las circunstancias del caso.

Esta indefinición jurisprudencial tendrá, como veremos a continuación, importancia decisiva para la posterior evolución de la doctrina sobre la que venimos llamando hipoteca caución o propiamente de máximo.

25. HIPOTECA DE MAXIMO E HIPOTECA DE DEUDA FUTURA

En definitiva lo decisivo es que la Resolución de 1925 sobre la hipoteca de deuda futura no había cerrado totalmente el portillo al judicial sumario

Esta doctrina no pudo por menos de producir importantes consecuencias a nuestros efectos puesto que se sumó o combinó con otra, que inicia esa misma resolución, en virtud de la cual la hipoteca de máximo se aproxima a la hipoteca de deuda futura, hasta un punto que de hecho se las va a confundir.

El camino que llevaba a tal equiparación resultó, por lo demás, fácilmente transitable: la hipoteca de seguridad entra en nuestro Derecho de la mano de la hipoteca de deuda futura, la hipoteca de máximo es una variante de la hipoteca de seguridad, *ergo* la hipoteca de máximo es una variante de la hipoteca de deuda futura (26)

(26) La equiparación de la hipoteca de máximo con la hipoteca de deuda futura se razona ya en la Resolución de 5 de febrero de 1925 (cfr fundamentos recogidos en nota 26) pero la finalidad escondida de esta equiparación reluce sólo en la Resolución de 16 de junio de 1936 lo que permitirá «que la hipoteca en garantía de operaciones de descuento de efectos se aproxime a la de cuentas corrientes de créditos».

Esta asimilación poca importancia tendría por sí misma si se limitase a reclamar un nuevo estatuto teórico a la hipoteca de máximo. Lo grave era que arrastraba otras consecuencias, de mayor calado, que daban al traste con un principio básico, hasta entonces, de la doctrina hipotecaria: el que reconocía escasa fuerza ejecutiva de las hipotecas de máximo.

La hipoteca de deuda futura, se dice ahora, es ejecutable en algunos casos por vía sumarial, en consecuencia, se concluía, también podrá llegar a serlo, en los mismos casos, la hipoteca de máximo.

26. EL ESLABON ENTRE LA HIPOTECA DE DEUDA FUTURA Y LA DE MAXIMO: LA HIPOTECA EN GARANTIA DE CUENTAS DE CREDITO

No sólo argumentos doctrinales se batían en defensa de esta línea interpretativa: nuevos y sólidos apoyos se sumaron al combate con general beneplácito de la doctrina.

Existían algunos casos en que, sin necesidad de extender nota marginal, la misma Ley Hipotecaria había permitido expresamente la ejecución sumarial de una hipoteca de máximo: así en el caso de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. El ejemplo era especialmente ilustrativo porque nadie dudaba que la hipoteca de cuentas corrientes de crédito era una hipoteca de máximo.

La alegación sin embargo no parecía afortunada. El acceso sumarial era aquí posible porque los peligros típicos de la hipoteca de máximo habían sido eliminados por la cuenta de crédito: no existía deuda viva alguna, susceptible de ser pagada, ejecutada o cedida con independencia de las demás. De hecho no existía deuda alguna hasta la fijación del saldo: la cuenta de crédito las absorbía a todas y difería el devengo al momento de la liquidación final. Los posibles riesgos (peligro de doble cobro) que aparejaba el acceso directo de la hipoteca al sumario estaban en este caso perfectamente controlados.

La hipoteca del artículo 153 de la Ley Hipotecaria asegura el saldo de una cuenta de crédito, por lo que la prueba de la existencia de la obligación asegurada y su cuantía se facilita considerablemente: las obligaciones, que generan los cargos y adeudos en cuenta, pierden toda su autonomía. No es posible que las operaciones entre acreedor y deudor que integran la cuenta conserven su independencia: la cuenta las absorbe y, en consecuencia, nova.

Hay un único título ejecutivo que es el que precisamente instrumenta la cuenta de crédito, y hay también una única obligación asegurada, cuya cuantía define el saldo. La prueba se reduce, en este caso, a la de un simple hecho que despeja el único punto dudoso: la cuantía del saldo, cuyo signo permitirá, al mismo tiempo, además, acreditar si existe, o no, la obligación garantizada.

En este caso, franquear directamente el judicial sumario al acreedor, era una medida excepcional pero admisible, al carecer de verdaderos peligros. la cuenta corriente de crédito niega con una mano lo que, con la otra, ofrece ordinariamente la hipoteca de máximo. Los créditos asegurados, que la hipoteca de máximo permite ceder separadamente, no pueden transmitirse, en este caso, la cuenta lo impide. La cuenta de crédito impide la vida independiente de cada una de las obligaciones sentadas: independencia que es normalmente el objetivo que, precisamente, se persigue con la constitución de una hipoteca de máximo. Por otra parte el saldo es deuda futura por lo que

no es posible su ejecución o pago independiente, tampoco su cesión total o parcial, hasta tanto no exista como tal esto es hasta el cierre de la cuenta.

En estas condiciones el peligro de la famosa duplicidad de títulos ejecutivos desaparece. Poco importa, por tanto, que la certificación por sí sola, sin acuerdo de las partes para la incorporación del crédito a la hipoteca ni asiento especial, expedito el judicial sumario. En realidad el efecto propio de la cuenta de crédito eliminaba todo posible peligro: no existe más título ejecutivo que el que instrumenta la cuenta. Las obligaciones, que incorpora, están por mor de la cuenta de crédito ligadas unas de otras y, por tanto, a la hipoteca. no pueden ser cedidas, pagadas o ejecutadas separadamente Tampoco el saldo de la cuenta que todavía no existe

27. HIPOTECA DE MAXIMO SIN CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

Evidentemente, si faltase la cuenta de crédito, los riesgos se dispararían: la situación de las obligaciones aseguradas, en las hipotecas llamadas propiamente máximo o hipotecas caución, no era evidentemente la misma que en el caso de que hubiese sido articulada una cuenta de crédito.

En el caso de la hipoteca caución, los créditos conservan su individualidad y su independencia de la hipoteca. Precisamente por ello las partes recurren a la hipoteca de máximo: la hipoteca caución no está ligada al crédito o créditos, sean presentes o futuros.

A pesar de las diferencias existentes entre la hipoteca en garantía de cuentas de crédito y aquellas otras que aseguran créditos independientes, el intérprete jurisprudencial no se amilanó. Es más acabó dando el paso decisivo.

Si el legislador había admitido la ejecución sumarial de los saldos en base a certificados expedidos por las entidades financieras en el caso de las cuentas corrientes de crédito, hipoteca de deuda futura pero también de máximo, podía extenderse esta posibilidad a otras hipotecas de máximo en general, siempre que se instrumente la oportuna cuenta, aunque falte el crédito (27).

La evolución posterior de los acontecimientos confirmó esta tendencia, al tiempo que la práctica bancaria dejó patente la peligrosidad que la nueva doctrina encerraba: la traslación del mecanismo de la prueba privilegiada (certificación bancaria) de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito a la hipoteca de máximo, sin cuenta de crédito fue sólo una cuestión de tiempo.

(27) Siempre que se disponga una cantidad máxima, no hay que entender que se ha constituido necesariamente una hipoteca de máximo. Cfr artículo 119 y ss la distribución de un solo crédito, entre varias fincas, señalando a cada una cifra de responsabilidad, supone la constitución de otras tantas «verdaderas» hipotecas de máximo sólo mientras no aparece tercero. Cfr. lo que dice Roca, *cit.*, 4 2 pág. 630. Aparecidos los terceros, no hay verdaderamente máximo ya que todo el crédito está cubierto por la hipoteca que se desparrama entre las distintas fincas. El señalamiento de un máximo es requisito necesario pero no suficiente para que exista hipoteca de máximo. Cfr. HEDMANN, *Derecho, cit.*, pág. 443. La contestación debe ser en cambio distinta en el caso de exceso de crédito: ¿quid en el caso de hipoteca conscientemente escasa, en el caso que exista desde el inicio más crédito que hipoteca? En este caso el tope se busca deliberadamente y poco importa que se constituya expresamente como de máximo ¿podría el deudor que paga una parte del crédito pedir la cancelación de la hipoteca? Nada garantiza que la cantidad pagada (o cedida) esté dentro de la suma máxima asegurada por la hipoteca.

28. MOTIVOS OCULTOS DE LA EQUIPARACION: EL ACCESO DIRECTO DE LAS HIPOTECAS DE MAXIMO AL JUDICIAL SUMARIO

El afán de fortalecer la eficacia ejecutiva de la hipoteca de máximo llevó, en efecto, a la Dirección general, por los años treinta, a prescindir de las cautelas de la doctrina de la «hipoteca caución» y a equiparar, siempre que mediase un mecanismo contable, la fuerza ejecutiva de todas las hipotecas de máximo, vía hipoteca de deuda futura, a la de las constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito.

Lo que se buscaba con esta equiparación, su razón oculta, era promover el uso de la certificación bancaria, de modo que se la admitiese como un medio de prueba autosuficiente que permitiría ejecutar sin más el «saldo» impagado de cualquier cuenta bancaria: también en el judicial sumario, aunque la cuenta careciese de eficacia novatoria o no se apoyase en una apertura de crédito.

Este excepcional medio de prueba tiene sentido, tal como hemos visto, en la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito. en este caso, se garantiza una única deuda, el saldo, que resultará de un único título con fuerza ejecutiva, el que establece la cuenta de crédito.

Nada pueden hacer las partes que impida este resultado; los créditos concretos de autonomía, el saldo todavía no existe, por lo que no cabe realizar, durante la vida de la cuenta, operaciones jurídicas independientes (sea de pago o de cesión) ni con los unos ni con el otro. Lo único que queda por determinar es la existencia de la deuda que dependerá del signo del saldo y, en su caso, la cuantía. No puede existir cobros o pagos por fuera de la cuenta. Tampoco subsisten títulos ejecutivos fuera del que fundamenta la eficacia ejecutiva de la cuenta misma.

Cada operación individual es absorbida en la cuenta establecida. Por esta razón el deudor sólo puede oponer a la certificación bancaria tacha de error contable o falsedad.

En cambio, en las meras cuentas de «caja» o de «efectos», falta de contrato de cuenta corriente y normalmente no hay apertura de crédito alguna, por lo que sólo existe una pluralidad de deudas, normalmente futuras pero también presentes, que conservan toda su independencia y autonomía. La escritura que documenta su incorporación a la hipoteca de máximo decide dos cosas distintas. En primer lugar cuáles, de entre las aseguradas, existen y son ejecutivas y, en segundo lugar, cuáles, resultarán beneficiarias de la garantía. La certificación bancaria no es un instrumento hábil para cumplir por sí sola estos cometidos: no se trata sólo de probar la cuantía del adeudo.

Los créditos individuales han podido ser cedidos, pagados, incluso ejecutados: el deudor debe tener derecho a poder discutir cualquiera de esos puntos y sus excepciones no deben limitarse al error contable o falsedad, únicos motivos de oposición según al artículo 153 de la Ley.

La virtualidad más apreciada de las hipotecas «propia» de máximo, la característica más apreciada de la denominada hipoteca de máximo propia, era que permitía dotar de aceptable cobertura hipotecaria a aquellas situaciones, en que coexistían obligaciones de naturaleza distinta, presentes y futuras, todas ellas independientes entre sí. Los acreedores sólo tenían que aceptar una «pequeña» limitación de sus derechos si comparamos su posición jurídica con la que ocupan en las hipotecas ordinarias: las hipo-

tecas de máximo «aseguran» tan bien como cualquier otra pero sólo en abstracto, pues carecen de la fortaleza ejecutiva de la hipoteca común (28).

Los créditos asegurados, porque son independientes y no están vinculados a la garantía, han podido ser cedidos, pagados o ejecutados, sin comprometer a la hipoteca, cosa que no es posible en el caso de las cuentas corrientes de crédito, en que las obligaciones entre las partes son absorbidas y por la cuenta y, una vez sentadas en los libros, pierden su autonomía y no pueden ser cedidas, pagadas o ejecutadas por separado.

La hipoteca caución es el mecanismo hipotecario adecuado para dar garantía a una pluralidad de deudas, no articuladas en un contrato de cuenta corriente. Cada una de ellas puede seguir llevando una vida independiente. Por lo que puede entrar y salir de la contabilidad cuantas veces se estime necesario.

29. LA REACCION JURISPRUDENCIAL: SU JUSTIFICACION

La importante resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de diciembre de 1987, con decisión, reacciona contra esta permisiva doctrina.

La reacción, sin embargo, no se limitó, como sería de desear, a revisar los extremos de esta doctrina sino que, como veremos entró a valorar y discutir otros puntos. entre ellos, el papel del principio de determinación y en consecuencia el estatuto mismo de la hipoteca de máximo (29).

Al admitir la certificación, como medio de prueba de la transformación en ordinaria de la hipoteca caución —denominada hoy también hipoteca *omnibus*, percha o sumidero— sin lugar a dudas se había ido demasiado lejos. Tiene razón sin duda en este punto la Dirección General cuando reacciona contra la doctrina anterior

(28) Lo característico de la hipoteca de máximo es que es una hipoteca que centra su eficacia en la fase de seguridad. De hecho no es título ejecutivo. Interesa de la hipoteca más la garantía en sí misma, que la fortaleza y agilidad del dispositivo ejecutivo. Como destaca WOLFF, *cit.*, 2.º pág. 367 y número 1, la hipoteca de máximo desliga su vida del crédito de modo que la *causa debendi* puede quedar inexpresada. Y añade «así puede concederse en garantía de todos los créditos que puedan resultar en lo futuro por cualquier causa a favor del acreedor hipotecario: entonces basta que la inscripción así lo exprese». En nota insiste que la «jurisprudencia llega muy lejos al admitir la indeterminación del crédito, KG HRR 1933, 202 (indeterminación del tipo de interés); DR 1943, 856, por otra parte KG JFG, 11, 258, donde con razón no se admite la indeterminación de un crédito de fianza» y concluye: «si el crédito está ya bien precisado no puede ya concederse en su favor ninguna de máximo, KG, JFG, 7, 365 ().». (!) Sin duda nuestro Derecho no admite una indeterminación semejante pero no debe acentuarse caprichosamente su rigor: bastará que haya un elemento suficiente de determinación que permita a un juez mediante un juicio, no una decisión arbitraria, incluir unas deudas y excluir otras. La hipoteca de máximo es como es y se admite o no se admite pero no cabe convertirla en una simple variante de la hipoteca común so pena de hacerla inservible.

(29) En el cuarto fundamento de Derecho de la Resolución de 23 de diciembre de 1987, decisivo, se afirma. «() Se pretende así poder sumar, a efectos de una misma garantía hipotecaria, indeterminados importes parciales correspondientes a obligaciones que siguen siendo distintas: si se quiere que éstas reciban cobertura hipotecaria habrá de constituirse una garantía individualizada para cada una de ellas, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica ().»

La certificación bancaria, en este caso, no trata de acreditar simplemente el montante de un saldo sino que se configura como un título hábil, por sí solo, para proceder a la ejecución, sin necesidad de aportar los títulos originales de cada una de las obligaciones aseguradas, que expresamente las partes querían mantener independientes (30): la certificación, sin más, decidiría cuáles serán los créditos que se incorporarán a la garantía y abre así la posibilidad de una duplicidad de títulos ejecutivos, que «se multiplican en forma inadmisibile» (31).

Esta asimilación había triunfado en la Jurisprudencia anterior, con apoyo en una discutible argumentación: la hipoteca de máximo no era una mera variante de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de créditos que regulaba el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, porque, entre otras cosas, la realidad jurídica que garantizaba cada hipoteca, era de naturaleza bien distinta. Más bien debía entenderse lo contrario: al revés era la hipoteca en garantía de cuentas de crédito la que debía entenderse una variante (excepcional) de la hipoteca de máximo.

30. UNA CONCLUSION INNECESARIA: LA PROHIBICION DE ACCESO AL REGISTRO DE LAS HIPOTECAS CAUCION

Esta reacción, como suele pasar con las reacciones, excedió con mucho de lo debido y supuso en realidad una verdadera involución: la nueva doctrina afectó gravemente a la flexibilidad de la hipoteca de máximo hasta el punto que ha perdido, en la práctica, gran parte de su atractivo.

El Centro Directivo, confirmando lo que venía haciendo desde 1936, no reconoce un estatuto especial a la hipoteca caución que confunde con la hipoteca de cuentas de crédito pero curiosamente para llegar, a la postre, razonando a partir de estas premisas, a resultados totalmente opuestos a las que mantenía la doctrina anterior.

A partir de las premisas en que se apoyaba la última (permisiva) jurisprudencia hipotecaria, niega también un *tertium genus de hipoteca*, distinta tanto de las hipotecas ordinarias como de las hipotecas de deuda futura entre las que incluye la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Pero acepta esas premisas precisamente con el fin de reaccionar contra los resultados a que había llegado esa misma jurisprudencia: el recurso a la certificación bancaria es posible ahora sólo porque, cuando hay créditos diferentes, y se los quiere asegurar con la hipoteca de máximo, es preciso constituir una cuenta de crédito. En resumen no hay hipoteca de máximo sino en forma de hipoteca de cuentas de crédito.

Lo importante está en que de rebote esta doctrina no limita sólo el uso de la certificación bancaria: por el camino tira por la borda a la misma hipoteca de máximo, la denominada hipoteca de máximo propiamente dicha: la hipoteca caución.

(30) La Resolución de 23 de diciembre de 1987 rechaza que el título ejecutivo sea la certificación

(31) La Resolución de 21 de marzo de 1917 es la primera, que sepamos, que alerta sobre la posibilidad de una pluralidad de ejecuciones. Es suya la frase de que «se multiplican en forma inadmisibile» los títulos ejecutivos

31 SITUACION ACTUAL

Si hay créditos diferentes y se quiere asegurarlos con una sola hipoteca, se precisa la articulación de una cuenta de crédito que elimine la independencia de las obligaciones aseguradas: en otro caso, se exige la constitución de tantas hipotecas como créditos: una hipoteca por cada crédito.

Los antiguos problemas, que parecían definitivamente conjurados, reaparecen. La vieja pero útil construcción de la hipoteca caución ve agotado su ciclo vital. De hecho ésta resolución certifica su defunción.

Es admisible, según el Centro Directivo, sólo la hipoteca de máximo constituida en garantía de cuenta de crédito, porque encuentra amparo en la hipoteca en garantía de una (sola) deuda (en este caso futura), pero no cabe ir más allá. Las hipotecas en garantía de varias obligaciones, sin cobertura en una operación de crédito, no es que no puedan recurrir al mecanismo de determinación del saldo que el artículo 153 de la Ley prevé para las cuentas de crédito: son inadmisibles (32).

32 NECESIDAD DE REVITALIZAR LA ANTIGUA DOCTRINA

La Dirección de los Registros últimamente viene rechazando la inscripción de la hipoteca denominada en Derecho alemán «propia de máximo»: hipoteca funcionalmente idéntica a nuestra «hipoteca caución» o fianza hipotecaria, expresamente regulada por nuestro legislador cuando se ocupa de la hipoteca del tutor o del que maneja fondos públicos.

El Centro Directivo, sin apenas argumentos que contradigan seriamente la (permisiva) doctrina jurisprudencial anterior, ha decidido prescindir de ella. La viabilidad de la hipoteca de máximo en garantía de varias deudas queda en entredicho, cuando no se articula una cuenta corriente de crédito que las engulla jurídicamente (por novación) a todas.

Cierto que si la asimilación de la hipoteca de máximo sólo pudiese escudarse en la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, no cabría garantizar, si respetamos la letra de la ley, con hipoteca de máximo aquellas

(32) La causa de que no se pueda incluir, entre las hipotecas del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca constituida en garantía de las posiciones acreedoras en situaciones de cuenta corriente, consiste en que falta la obligación del acreedor de proporcionar crédito al deudor. En consecuencia no es una hipoteca en garantía de cuentas de crédito que es la que previene el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Poco tiene que ver esta afirmación con el argumento que busca rechazar la hipoteca que nos ocupa razonando que, porque falta crédito, no hay verdadero contrato en cuanto que su «cumplimiento queda al arbitrio de una de las partes». Nuestro sistema admite la hipoteca en garantía de deuda futura y si el acreedor estuviese obligado a prestar o acreditar, la deuda no sería propiamente futura sino presente y, en todo caso, meramente aplazada o condicional. La Resolución de 24 de noviembre de 1991 no le repugna que el acreedor se reserva la decisión de acreditar o no, en cada caso, sino que se atribuya la facultad de la «determinación de las (posibles) obligaciones (a asegurar) (...) con efectos hipotecarios y, por tanto, procedimentales (...) (por los que se) infringe (...) las normas que sustraen, como principio, la materia de la prueba y, en particular, la carga de la prueba a la autonomía de la voluntad». Lo prohibido no es que se hipoteque en garantía de deudas futuras sino que quede al arbitrio del acreedor, que deudas, entre las que lleguen a contraerse, serán las aseguradas.

situaciones contables en que no se concede crédito alguno por ninguna de las partes.

Pero no era la hipoteca en garantía de cuenta de crédito el único apoyo que la práctica financiera tenía cuando buscaba «canalizar» hipotecariamente una relación compleja de clientela en la que se sucedían continuamente créditos y pagos. La Dirección, al rechazar la vieja figura de la hipoteca caución, cuya memoria, por lo demás, de este modo pareció perderse definitivamente, sí que eliminó la posibilidad de ofrecer oportuna cobertura hipotecaria a relaciones globales como la descrita en la que desde luego falta (cuenta de) crédito.

El meollo argumentativo de la Resolución de 1987 no contempla, por lo demás, sólo argumentos de orden literal. Como veremos, se atrinchera en razones de distinta naturaleza y profundo calado doctrinal.

La citada Resolución de 1987, deudora probablemente de la doctrina sentada con anterioridad por el Centro Directivo en sede de intereses de demora, exige que las hipotecas de máximo deben cumplir con exigencias, explicitadas recientemente por el mismo Centro en sede de hipoteca ordinaria, que obligan a señalar cifra propia, según otros constituir una hipoteca distinta, por cada una de las obligaciones aseguradas siempre que sean distintas; desde luego si su naturaleza fuese diferente. En resumen nunca cabría globalizar en un sola cifra hipotecaria, la garantía de una pluralidad de créditos de distinta naturaleza.

33. LA DEFENSA DE LA HIPOTECA CAUCION: SU FUNCION PRACTICA

Antes de ponernos a la tarea de discutir por extenso la prohibición jurisprudencial, parece oportuno hacer algunas reflexiones previas.

Habíamos visto que uno de los objetivos de las hipotecas de máximo era servir al tráfico comercial, empresarial, en cuanto permitía sacar todo el provecho posible a las garantías inmobiliarias.

La especialidad de este mundo mercantil consiste que entre acreedor y deudor, comerciante y sus proveedores, se establecen relaciones obligatorias de distinta naturaleza cuyo número, cuantía y naturaleza cambia con incesante y vertiginosa rapidez.

La hipoteca de máximo estaba pensada precisamente para hacer frente a esta situación su característica principal consiste en su neutralidad e independencia frente a los créditos asegurados, lo que le permite servir a varias obligaciones, incluso de naturaleza diferente. Se persiguen con esta construcción objetivos muy precisos.

Primero. Se ahorran gastos de documentación y fiscales. No es preciso cancelar una hipoteca y volver a constituir otra, siempre que varían los créditos asegurados o se altera su naturaleza jurídica.

Segundo: Se trata de conseguir hacer un uso «racional» de las posibilidades de garantía que ofrecen los inmuebles propiedad del deudor. Hay que elegir, para cada finca hipotecada, la cifra óptima de responsabilidad que permita extraer, con un mínimo de hipoteca, el máximo de garantía posible. La hipoteca garantiza un determinado valor, que es la cifra máxima de adeudo que el acreedor está dispuesto a tolerar en las operaciones con el deudor, con independencia de las cuáles sean los adeudos concretos existentes en cada

momento y cuál sea su naturaleza jurídica. No debe olvidarse que, en el momento de la constitución de la hipoteca, no se sabe cuáles serán en concreto y hasta donde alcanzará el montante de los impagados a asegurar. Es preciso aventurar una cifra que no sea excesiva, a fin de no desvalorizar innecesariamente la finca en el mercado ni privar injustificadamente al propietario de su capacidad de garantía. En una palabra se trata de «economizar», sacar todo el provecho posible, a la garantía impidiendo que se amortice «improductivamente» parte de su valor.

34. EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE DETERMINACION

No hay duda, desde este punto de vista, que, cuanto más determinación de créditos a asegurar se exige en la hipoteca de máximo, menor partido cabe obtener de su especial naturaleza jurídica: se infrautiliza la hipoteca de máximo siempre que se fuerza a destinar cifra propia a cada obligación o serie de obligaciones de igual naturaleza jurídica (33).

En efecto puede ocurrir, como efectivamente ocurre muchas veces, que el acreedor no llegue a necesitar, por la razón que sea, toda la cifra reservada a alguno o algunos de los créditos garantizados, al tiempo que, posiblemente, en cambio, otras obligaciones quedan en descubierto de garantía por insuficiencia de la cifra a ellas asignada.

La Dirección, al imponer la necesidad de vincular cifra a créditos distintos o de naturaleza diferente, limita la comunicación libre de la garantía entre créditos asegurados. De este modo acaba con la flexibilidad que caracteriza a la hipoteca de máximo, la encarece y priva de gran parte de su utilidad (34).

Vamos a ocuparnos ahora de discutir las razones que el Centro Directivo ofrece para fundamentar su opinión de que sólo pueden servirse de una sola hipoteca o cifra, aunque sea de máximo, no puede dar cobijo a obligaciones de naturaleza distinta. Esta restrictiva doctrina jurisprudencial debe someterse a crítica. El sentido de esa crítica es fácil deducirla de lo dicho hasta ahora. Su contenido puede ordenarse en torno a varios puntos.

(33) Hoy la actividad financiera no es, sin más, comercio reproable, sospechosa de usura, sino que es un elemento necesario para el desarrollo de la economía y, por tanto, para el bienestar general. El sistema hipotecario óptimo es que consiga movilizar, con el mínimo de inmuebles, el máximo de capital atrayendo, así, «dinero ocioso a la industria y al comercio». uso racional de los medios de producción. Esto no se consigue si se recuperan, en todo su rigor, los resortes del viejo Derecho en matena de *pignus* obsesionado únicamente en reprimir las prácticas usurarias. Vid el exhaustivo A. IGLESIA, *Las garantías reales en el Derecho histórico español* (Santiago, 1977). El reto del moderno Derecho de garantías es encontrar un equilibrio entre la necesidad de movilizar, del modo más amplio posible, el capital sin, por ello, aceptar la indefensión de los consumidores de «capital». Un principio económico rige cualquier política. la intervención política, por encomiable que parezca, tiene siempre un coste. En consecuencia, antes de tomar una decisión, hay que determinar, si los beneficios que genera o los daños que busca evitar la prohibición que se trata de establecer, superan los perjuicios que inevitablemente causará la intervención misma.

(34) Parece que para el Centro Directivo poco importa que la hipoteca sea de máximo u ordinaria ambas están sujetas, del mismo modo y en el mismo grado, al principio de determinación

35. ESCASO PELIGRO DE LA HIPOTECA CAUCION

Es posible aceptar las parciales derogaciones a los principios de accesoriedad y determinación que la hipoteca caución implica, siempre que a cambio se niegue tajantemente al acreedor la posibilidad de acceder directamente a la ejecución de las obligaciones aseguradas por un procedimiento hipotecario privilegiado, como desde luego lo es el sumario (35).

En nuestro Derecho, desde 1909, el juego de las hipotecas de tráfico al modo alemán ha perdido casi todo su sentido. Desde la reforma hipotecaria de aquél año, que introduce el proceso judicial sumario, nuestras hipotecas ordinarias no necesitan intermedie una cesión para gozar de una protección semejante a la que proporciona la fe pública registral: la drástica limitación de excepciones, consustancial al juicio sumario, acrecienta el valor ejecutivo del título hipotecario juega tanto a favor del cedente como del cesionario.

El primer acreedor hipotecario está en principio, a la hora de la ejecución, tan protegido por el sistema como el posterior (cesionario) que adquiere a título oneroso y de buena fe. todos los acreedores son iguales ante el judicial sumario. Por eso nuestro Derecho de hipotecas desconoce hoy, en la práctica de nuestros Tribunales, la alegación del juego del principio de fe pública registral, también cuando se trata de ejecutar créditos hipotecarios cedidos. La cesión no refuerza la ejecutividad del crédito: la alegación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es así en este punto casi intrascendente.

La única distinción con importancia práctica es la que se atiende al hecho de si las hipotecas son o no son ejecutables sumariamente, y ello no depende de que haya intermediado o no una cesión.

Es característica definitoria de la hipoteca caución su inejecutabilidad en vía procesal privilegiada: la hipoteca «propriadamente de máximo» es una reserva de valor que todavía no ha sido vinculada a un crédito determinado. No hay todavía créditos hipotecarios. Todos los posibles pretendientes viven libremente su vida en el campo del Derecho civil o mercantil.

(35) En la hipoteca ordinaria interesa tanto la garantía o afectación de valor de una finca al pago de una deuda como su potencia ejecutiva que permita expeditivamente la realización de ese valor. Sobre esta distinción razonó J. A. DORAL *La fase de seguridad de la hipoteca* (Pamplona, 1967) su (magnífico) libro. Dado que nuestro Derecho no conoce la realización de valor que la hipoteca permite si falta la deuda impagada que garantiza, sólo será posible la ejecución si consta el impago de la deuda garantizada. Es obvio que no cabe demostrar el impago si no está determinada y, por tanto, nunca procedería la ejecución, porque no estaría precisada la deuda cuyo impago se garantiza. No basta que haya deudas entre las garantizadas (accesoriedad) sino que es preciso determinar, con claridad, cuáles son las aseguradas se ejecuta un crédito y es preciso que se posibilite la discusión, por limitada que sea, sobre él. Para la situación del Derecho alemán WOLFF, *Derecho 2 cit.*, pág. 250. La exigencia de rigor, en la apreciación de la determinación del crédito asegurado, tiene, en nuestro Derecho, razón sobrada, sobre todo después de que, en 1909, se articuló el judicial sumario del 131. En nuestro Derecho la mera inscripción de la hipoteca, ya entre partes, limita las «excepciones» (?) oponibles a sólo cuatro, que en realidad se reducen a dos (art. 132 de la Ley Hipotecaria).

En Derecho alemán, en principio, la limitación de excepciones sólo puede venir por el cauce de la fe pública, si se transmite el crédito hipotecario, *vid* WOLFF, *cit.*, 2 pág. 268. Sobre *pactum executivum vid.*, sin embargo, nota pág. que no cambia la situación. Explica las consecuencias del llamado *pactum executivum* HEDEMANN, *cit.*, pág. 429 sin

La ejecutabilidad sumaria pasa porque se incorporen a la hipoteca los créditos beneficiarios y esos exige que se pruebe que existen, que son de los genéricamente asegurados y sobre todo que a ellos en concreto les corresponde ser los beneficiarios de la garantía. Hasta entonces, sin crédito, no hay, en nuestro Derecho, ejecución sumaria posible, esto es de base estrictamente hipotecaria

36. ORIGEN DE LA POSTURA RESTRICTIVA: LA GARANTÍA HIPOTECARIA DE LOS INTERESES DE DEMORA

La justificación de la actual rigidez del Centro Directivo, cara a la admisión de hipotecas de máximo, lo adelantábamos, habría que buscarla en otro sitio: concretamente en la Jurisprudencia de notable calado doctrinal que, a finales de la década pasada, reformula los principios que gobiernan nuestra hipoteca común.

Las razones que justificaron este cambio de actitud cara a la hipoteca de máximo parecen las mismas que apoyaron el viraje, producido en la jurisprudencia de la misma Dirección, en relación al alcance de la garantía hipotecaria de los intereses de demora (36).

inscripción no afecta a tercer poseedor. Hay sólo una inversión fuerte de la carga de la prueba a favor del acreedor pero el deudor puede reaccionar. *Vid.*, BAUR, *Lehrbuch* *cit.*, pág. 380. «...Die gerichtliche rechtsverteidigung ist dann Initiative des Schuldners ubelassen, will er etwageltendmachen, die zu sichemde Forderung sei durch Bezahlung erloschen oder die Hypothek sei nicht wirksam degrundet oder Glaubiger habe ihm die Hypothek destundet, so mus er gegen den Titel mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO (mit § 795 und 797 Abs. 4 ZPO) vorgehen, d. h. er mus Klage erheben und danach trachten, ein Urteil zu erwirken, das Zwangsvollstreckung aus der Urkunde fur unzulassig erklart. (...).» Cfr. con el artículo 132 de la Ley Hipotecaria: las consecuencias (respecto a los casos citados por F. BAUR) pueden llegar a ser parejas pero sólo porque en Derecho alemán la inscripción es constitutiva, lo que no sucede en nuestro Derecho. En nuestro Derecho la cesión o el pago del crédito hipotecario son perfectamente válidos sin asiento. Muy claro NUSSBAUM, *Tratado cit.*, pág. 197: «(...) Por los trámites de la llamada reconversión ejecutiva puede también el propietario, por su parte, alegar las excepciones de que se crea asistido contra la ejecución. » Importante es que «... los hechos de los cuáles dependen el vencimiento y exigibilidad del capital deben acreditarse ante el Juez o el Notario por medio de documento público o en escritura debidamente legalizada (...)» (con cita de preceptos legales): *Ibidem id* Sobre este punto BAUR, *cit.*, pág. 379 «Der Glaubiger braucht lediglich die Falligkeit der Hypothek nachzuweisen (§§ 726, 751 ZPO) und erhalt dann von dem Gericht oder Notar eine vollstreckbare, d. h. mit der Vollstreckung versehene Ausfertigung der Urkunde (...).» Para comprobar la generosidad de nuestro judicial sumario basta recordar que se admite cualquier prueba que quiera ofrecer el acreedor de los hechos determinantes de la existencia, certeza y exigibilidad del crédito. artículo 131 regla 2.1 Especialmente descabellado cuando la causa de vencimiento no sea la falta de pago, incumplimiento de obligaciones accesorias. Por lo demás nuestro judicial sumario, iniciado por acreedor hipotecario, aunque no sea un cesionario protegido por la fe pública, sólo puede ser suspendido por las causas del 132 de la Ley. La limitación de «excepciones» (?) no precisa el juego de la cesión onerosa y de buena fe: procede directamente de la ley y ya a favor del primer acreedor.

(36) De todos modos la existencia del judicial sumario no priva de interés a la disputa sobre sí, en nuestro Derecho, la cesión de créditos está protegida por la fe

Es sabido que, si se desea garantizar intereses de demora en la hipoteca común u ordinaria, la Dirección exige ahora que se les asigne cifra distinta a la destinada a los intereses ordinarios. De este modo se impide que la cifra vacante en la hipoteca, por interés ordinario, pueda ser usada por los de demora por lo que, en último término, como sobrante, aprovecha al propietario.

La Dirección General no habría hecho otra cosa que extender esta doctrina a las hipotecas de máximo: si la naturaleza de cada una de las obligaciones aseguradas es heterogénea, debe asignárseles una cifra hipotecaria propia, independiente.

No parece sin embargo que exista, en uno y otro caso, (hipoteca en garantía de intereses de demora e hipoteca de máximo) una identidad de razón que pueda justificar la traslación de soluciones pensadas para la hipoteca común a la llamada propiamente de máximo.

Las hipotecas de máximo son en principio inejecutables sumariamente (hemos visto antes porque excepcionalmente pueden serlo las hipotecas en garantía de cuentas de crédito), en cambio esa es la cualidad más valorada por los prestamistas en las hipotecas ordinarias. Más bien parece que lo que pretende el Centro Directivo, al exigir cifra para los intereses de demora, es «desmarcar» la suerte procesal de este concepto de la de aquellos otros que están garantizados por la hipoteca ordinaria cerrando el judicial sumario a los intereses moratorios.

De este modo consigue preservar, y así salvar, la ejecutabilidad sumaria de la hipoteca común y las partidas que ordinariamente comprende: el principal o capital, intereses remuneratorios (ordinarios) y costas.

Se señala máximo independiente a las deudas futuras por intereses de demora para que la indeterminación propia, de esencia, que tienen los intereses de demora, no «contamine» al crédito por principal, si presente, y a los intereses remuneratorios y a las costas evitando de este modo que todos pierdan su ejecutabilidad sumaria (36 bis). Dicho de otro modo, porque la hipoteca de máximo es normalmente inejecutable a través del judicial sumario, es por lo que debe garantizarse con hipoteca distinta (de máximo) a los intereses

pública registral. La ejecución sumaria de un crédito inexistente o excepcionable no impide que el deudor o el tercero puedan revolversen, una vez termine el pleito, contra el acreedor plantando el oportuno declarativo: cfr. el artículo 132 *in fine* de la Ley Hipotecaria. De mediar cesión y operar la fe pública, ésta posterior reclamación no tendría posibilidades de prosperar contra el acreedor ejecutante si fuese un cesionario protegido por la fe pública y las causas de oposición no constasen en el Registro.

(36 bis) La Resolución de 20 de octubre de 1984 señala: «dado que ahora se trata de una garantía hipotecaria sobre posibles intereses moratorios (...) lo que supone la constitución de una hipoteca de seguridad por ser indeterminado el crédito con la consiguiente fijación de una máxima de responsabilidad, y en este aspecto se asemeja a la hipoteca en garantía de costas y gastos, pero esta semejanza no implica que puedan englobarse ambos créditos en una sola cantidad, pues siguen subsistiendo en base al principio de especialidad, (...) razones (...) que implican que ambas cantidades parezcan claramente diferenciadas, a fin de que se conozcan tanto por las partes como por los terceros, la determinación de cada crédito y se eviten así ambigüedades, se elimine toda confusión y se dé cumplimiento a los fundamentos del sistema inmobiliario español». Lo que se trata de impedir, con la constitución de tantas hipotecas como obligaciones aseguradas, es la «flotabilidad» de los sobrantes de garantía. Una deuda no puede servir del sobrante de la garantía asignada a otra. *Vid.* más adelante en el texto.

de demora. La naturaleza especial de los intereses de demora impide que la escritura de préstamo hipotecario, por sí sola, pueda operar como título ejecutivo respecto a ellos.

En la hipoteca caución poco sentido tiene fijar cifras hipotecarias independientes para cada una de las obligaciones aseguradas que tengan una naturaleza distinta. Precisamente el acreedor adopta la forma hipotecaria de máximo porque está dispuesto a prescindir del beneficio de la ejecutabilidad sumarial de la hipoteca. Es más bien todo lo contrario: sólo si, por la razón que fuese, el acreedor quisiera preservar la ejecutabilidad, a través del judicial sumario, de alguna obligación en particular de las que en principio podrían entenderse comprendidas en la garantía de máximo, sería preciso dotarla de cifra propia y restarla de la global correspondiente a la hipoteca de máximo (37)

Resuelto este punto, y atendida la objeción (de fondo), vamos ahora a limitarnos a señalar cuatro razones que hacen dudar de la oportunidad y utilidad social y económica de la nueva doctrina, mucho más cuando, como es el caso, acaba por extenderse a las hipotecas de máximo

37. POLITICA HIPOTECARIA

Como principio de política legislativa, el principio de determinación no es un mero principio doctrinal, inocente y bondadoso. Su aplicación envuelve un juicio de preferencia entre los diferentes intereses en juego: en concreto antepone los intereses de los futuros propietarios de la finca a los de los acreedores hipotecarios

La determinación de créditos, tal como la Dirección la entiende, exigiría señalar cifra propia, dentro del máximo global garantizado, por cada obligación o serie de obligaciones de naturaleza distinta. Ahora bien, semejante asignación no es un mero formalismo sin sentido. Al contrario, produce importantes efectos de Derecho sustantivo.

Se trata de impedir el libre uso de la cifra total, que la hipoteca de máximo implica, entre todos los créditos que garantiza, limitando esa posibilidad, como mucho, a los de naturaleza homogénea y precisamente sólo dentro de la cifra particular a ellos asignada. Poco importa, que entre los genéricamente garantizados, queden algunos por pagar.

Dicho de otro modo: el acreedor no puede servirse de los sobrantes de cifras particulares, asignadas a unas obligaciones, para cubrir otras distintas, aunque estas últimas tengan agotada la cifra a ellos reservada. Esos sobrantes parciales, al impedir su uso al acreedor, se atribuyen necesariamente al propietario. La aplicación del llamado principio de determinación envuelve, así, una disposición indirecta sobre el sobrante.

Se trata ahora de conocer las razones que fuerzan a privar al acreedor hipotecario de un sobrante, producido dentro de la cifra total que la hipoteca vincula y que, por tanto, en principio, le pertenece. La causa por la que se niegue toda comunicación entre cifras, cuando los créditos son de distinta naturaleza.

(37) Mientras la hipoteca de máximo es tal, en la llamada fase de seguridad, no se ve ninguna razón a la limitación de la flotabilidad de los sobrantes. La conversión de la hipoteca de máximo en ordinaria sí que exige la determinación de los créditos y la asignación de cifra hipotecaria a cada uno de ellos. *Vid.* más adelante en el texto

Desde el punto de vista del orden público económico o del interés social, conviene advertir que sostener a ultranza el principio de determinación no supone defender necesariamente la causa de la Justicia.

De hecho se antepone al interés del acreedor hipotecario y, sobre todo, al del actual deudor propietario, el interés de un tercero futuro cuyos objetivos al comprar la finca se desconocen. Se opta por favorecer el tráfico inmobiliario especulativo frente al productivo. El interés del que adquiere por el simple hecho de hacerlo, cualquiera que sea la finalidad a que trate de destinar la finca, frente al propietario que produce y necesita, obviamente, movilizar todo el crédito, de que pueda disponer, con el mínimo costo.

El uso del principio de determinación, como instrumento indirecto para atribuir todo sobrante al tercer adquirente (tercer poseedor), no contribuye necesariamente a la defensa del interés público o al desarrollo de la economía nacional. El sobrante producido en una hipoteca no pertenece por Derecho natural y, en consecuencia debe ser reservado, al futuro adquirente (tercer poseedor): otros sistemas adoptan soluciones distintas.

38. LA DEFENSA DE LOS TERCEROS

La admisión de la hipoteca de máximo en su forma de hipoteca caución, tal como la hemos definido antes, no agrava particularmente la posición de los terceros. Para decidir este punto es preciso no olvidar algo muy importante.

1) El tercero está suficientemente protegido cuando se tasa la responsabilidad de la finca y, en consecuencia, se señala una cifra máxima de responsabilidad. El tercero siempre puede calcular el precio a pagar por la finca hipotecada y, mediante el juego de la retención del importe de la hipoteca o de su descuento del precio de compra, protegerse contra futuras reclamaciones hipotecarias. Las necesidades del tráfico quedan así cubiertas (38) (39).

(38) La existencia de una hipoteca justifica que cualquier comprador prudente descuenta o retenga parte del precio en la cantidad necesaria para cubrir el principal que queda por pagar. La poca modernidad de nuestro Derecho de hipotecas aparece de nuevo aquí: al negarse a que, sin el consentimiento expreso o tácito (eliminando el presunto) del acreedor, la asunción de deuda por el comprador suponga la liberación del deudor-vendedor (art. 118 de la Ley Hipotecaria). Cfr. §§ 416 del *BGB* y artículo 832 del Código Civil suizo. El deudor queda en una pésima situación porque, si el acreedor decide dirigirse por la acción personal contra él, tendrá pagar el crédito y luego dirigirse contra el comprador que había retenido o descontado el precio. Sin duda la tradición romana se opone a la libre circulación de las deudas, pero sería conveniente limitar la rigidez de ese principio a fin de facilitar la movilidad de las fincas hipotecadas. Es obvio que no cabe forzar (pero sí facilitar) al acreedor a que preste su consentimiento a la asunción. Incluso estamos en la más completa inseguridad respecto a si la asunción consentida por el acreedor es novatoria. Para esto último cfr. J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1 207 del Código Civil» en *RCDI* (1973) 413 ss y especialmente M. PEÑA, *Derecho reales. Derecho hipotecario* (Madrid, 1986) pág. 452 nota 12: «¿Qué hipoteca es preferente? ¿La que asegura la obligación primitiva con nuevo deudor quizá de peor solvencia? Esto equivale a admitir la permuta de rango sin consentimiento de los titulares de derechos reales de rango intermedio (...)». Sobre esta cuestión C. PARDO, *Sustitución de créditos hipotecarios*, en *La Ley*, 3499 (1994), 1 y ss.

(39) En el caso de la hipoteca ordinaria la Dirección ha salvado esta dificultad, imposibilitando que la suma de la responsabilidad por intereses ordinarios y de demora

ii) Protegido de este modo el interés de los terceros adquirentes de la finca hipotecada, no se alcanza a comprender cuál es la razón que impone, contra la voluntad de los contratantes, la necesidad de vincular, a cada uno de los créditos concretos, cifras determinadas de hipoteca. Por lo general, lo hemos visto, acreedor y deudor, en la hipoteca de máximo, están interesados precisamente en todo lo contrario.

El acreedor, porque como hemos visto, pierde el sobrante de hipoteca producido en una de las cifras, si las deudas que le quedan por cobrar están vinculadas a otra cifra distinta, pero ya agotada. El deudor porque no quiere despilfarrar garantía en beneficio de un tercer adquirente, que muy bien puede no aparecer nunca.

Todo ello produce el indeseable efecto de que el acreedor diligente se vea obligado a tomar la precaución de establecer cifras de garantía sobradas, de montante excesivo, para grupos de créditos de naturaleza homogénea, aunque previsiblemente la cifra en conjunto, que resulte de la suma de las cifras parciales, sea muy superior a la que se espera razonablemente utilizar.

Nunca los acreedores, ni los deudores, entenderán cuáles son los beneficios que obtienen a cambio de esta limitación. No se ve el fundamento que justifica el dar siempre preferencia al interés en procurar la movilidad de las fincas frente al interés en extraer de ellas todo el crédito de que sean capaces. Lo importante, para el deudor, en muchos casos, no es que la finca se venda mejor (puede no estar interesado en vender nunca) sino procurarse financiación para sus operaciones.

Tampoco es posible aclarar cuál sea el principio político o social, la razón jurídica, que exija extremar el rigor del principio de determinación hasta el punto de que las partes estarían obligadas para alcanzar sus objetivos a constituir tantas hipotecas como créditos. Una empresa, por otro lado, inútil los créditos garantizados no son estables, su destino es sucederse y substituirse, vertiginosamente, durante el curso de las relaciones entre acreedor y deudor. La hipoteca de máximo, precisamente, ha sido concebida para dar respuesta a estas dificultades: lo que se buscaba era precisamente de corregir la inflexibilidad de la hipoteca ordinaria.

39. EL CONTROL DEL POSIBLE ABUSO

La flexibilidad en la garantía hipotecaria, que el comercio exige, no debe ciertamente convertirse en ocasión para el abuso. Como vimos, el verdadero peligro de la hipoteca caución se conjura si se adoptan severas precauciones de orden procesal que limiten drásticamente su ejecución hipotecaria en vía sumaria.

El judicial sumario es un dispositivo ejecutivo excesivo de fortaleza superior a la de todos los ejecutivos hipotecarios conocidos, incluso los iniciados por un cesionario amparado por la fe pública registral (40). Es por ello comprensible

supere la correspondiente a cinco años de intereses ordinarios. *Vid.* la Resolución de 23 de octubre de 1987 en su tercer fundamento. Esta medida de protección al propietario es probablemente muy «humanitaria», pero demuestra que nuestro Derecho arrastra una óptica que mira sólo por el propietario o el deudor. Sin duda no cabe basar la extensión de semejante limitación (cinco años) en una pretendida analogía de naturaleza entre los intereses ordinarios y los de demora.

(40) Ya vimos que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria deja en manos del acreedor, en el judicial sumario, la determinación de la certeza, subsistencia y exigibilidad del

que la Jurisprudencia, exija que el asiento registral de la hipoteca ordinaria determine la identidad y existencia de la deuda garantizada a fin de que esas posibilidades ejecutivas no den ocasión a abusos de difícil reparación.

Pero, cuando de hipoteca caución se trata, ese rigor pide su sentido porque la hipoteca de máximo no es ejecutiva de este modo y el acreedor, por hipótesis, no puede determinar por sí sólo, sin audiencia del deudor, cuál, o cuáles, son, o serán, las deudas garantizadas por la hipoteca. La inscripción de hipoteca de caución, mientras no se practique un nuevo asiento destinado a este fin, no ampara todavía crédito alguno. Mientras la hipoteca no se ha convertido en ordinaria nada cabe deducir del simple asiento de hipoteca respecto a la existencia e identidad de las concretas obligaciones aseguradas.

La hipoteca de máximo, en garantía de obligaciones independientes, no accede normalmente al judicial sumario sino previa extensión de un asiento nuevo que determine, en modo análogo al que establece el artículo 143 de la Ley, cuáles, entre los créditos asegurados, han sido «incorporados», se benefician de la garantía inmobiliaria.

40. EJECUCION DE LA HIPOTECA DE MAXIMO

Esta «discriminación» procesal es el coste que el acreedor hipotecario tiene que «pagar» cuando opta por elegir un tipo de hipoteca que le permita mantener la posibilidad de proceder a una negociación separada e independiente de los créditos.

La determinación en la hipoteca común u ordinaria de cifra por cada crédito tiene, así, un sentido evidente. Como antes adelantábamos y veremos luego con algún detalle, si a cada obligación se le fija, en la hipoteca común, su cifra de garantía, cada una de las obligaciones aseguradas serán susceptibles de cesión hipotecaria: asimismo por las mismas razones será viable proceder a su ejecución sumaria independiente de las demás obligaciones garantizadas.

Estos dos objetivos son despreciables en el caso de la hipoteca de máximo, entre otras cosas, porque no son posibles. Mientras la hipoteca es de máximo,

crédito lo que ciertamente parece excesivo. No debemos olvidar que el deudor propietario no puede suspender el procedimiento sino prueba que el crédito no está inscrito, o se ha presentado escritura de cancelación (art. 132 de la Ley), aunque pueda probar la extinción de la deuda de otro modo. Las dudas se acentúan cuando el propio asiento resultan posibles condicionantes al ejercicio de la reclamación. Así, en el caso de que la hipoteca ejecutada sea de amortización, cuando el cuadro consta inscrito y el acreedor reclama exceso con relación a lo que correspondería según el cuadro de amortización inscrito. Para el Derecho alemán, sobre este punto, HEDEMANN, *Derechos cit.*, pág. 447. El convenio de amortización inscrito no sirve para desvirtuar la buena fe del cesionario, que adquiere toda la hipoteca, en cuanto no le conste que ha sido efectivamente amortizada. Cfr. WOLFF *cit.*, 2 pág. 347. En efecto allí toda alteración del crédito hipotecario precisa de la inscripción para constituirse. No es éste obviamente el caso de nuestro Derecho. En todo caso, de ser inclinarse porque el proyecto de amortización no limita el montante de la reclamación judicial, de ser ésta a la postre excesiva, deberían compensarse con generosidad los daños o perjuicios sufridos por el deudor o el propietario, una vez el declarativo desmuestre el error (*pluspetito*): ¿siempre culposo en las entidades acreedoras? En este contexto, deben ser revisadas y pueden ser aprovechadas, para la hipoteca de amortización, muchas de las afirmaciones de P. CABELLO DE LA SOTA, «La hipoteca de rentas o prestaciones periódicas. Sus problemas», en *AANN* 5 (1949).

es inejecutable directamente vía procedimiento judicial sumario: sólo lo es en el momento que se convierte en ordinaria y, por tanto, sólo en ese momento interesa la asignación de cifra hipotecaria a cada crédito (41) En cuanto a la cesión, como vimos, una de las finalidades perseguidas con la hipoteca de máximo es precisamente la cesión independiente de las obligaciones que la hipoteca asegura: interesa no la cesión de la hipoteca, sino del crédito sin la hipoteca.

41. TESIS DEFENDIDA: RESUMEN

La inejecutabilidad sumaria de la hipoteca caución justifica, desde el punto de vista del Derecho sustantivo, que sean asumibles las parciales derogaciones de los principios de accesoriedad y determinación que la hipoteca «propiamente de máximo» implica.

La rigidez de los sistemas hipotecarios se justifica y explica porque la hipoteca concede al acreedor un medio de cobro excepcional de su crédito, que le privilegia frente a los demás acreedores del propietario de la finca hipotecada, sea o no deudor.

La protección contra la autotutela es el fundamento que explica los sofisticados mecanismos que conforman el llamado Derecho de hipotecas. Las medidas concretas, en que esa protección se plasma, son diferentes en cada país en función del juego de intereses económicos dominantes que expresa la política. por eso los sistemas hipotecarios son distintos Pero no es admisible pensar que la hipoteca de máximo contribuye, en mayor medida que la ordinaria, al endeudamiento de la propiedad inmueble o esclaviza a los deudores. Sólo la hipoteca común es ejecutable sumariamente y es ella la que posibilita directamente el abuso y la intimidación (42)

(41) Consecuencia que suele aceptar la doctrina. Pero cfr. Roca, 42 *cit.* pág. 795 y la Resolución de 5 de febrero de 1925 ya citada. La doble fase está descrita con claridad en la Resolución de 5 de febrero de 1925 ya citada: «(...) presenta en nuestro sistema dos fases, la primera, a que se refiere el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, cuando el crédito se halla en estado potencial aunque la seguridad ya haya nacido, y la segunda, regulada por el artículo 143 de la misma Ley, cuando contraída la obligación, se hace constar esta circunstancia por nota al margen de la inscripción correspondiente (...) en el período inicial se asemeja (la resolución es para hipoteca de deuda futura) a (...) la hipoteca de caución, fianza, máximo o seguridad, en primer lugar, porque asegura el pago preferente de obligaciones que podrán o no nacer, y en segundo término, porque no goza de las garantías del sistema, tanto por lo que toca al acreedor que ha de probar la existencia (...) y carácter hipotecario del crédito cuya ejecución pretende, como respecto al deudor y tercer adquirente que se halla autorizado para oponer al mismo cualquier acto (...) que pueda (...) destruir la eficacia de la obligación, aunque no conste en el Registro con la precisión que el artículo 144 de la citada Ley específica». Y añade «(...) en el segundo período, la hipoteca se ha condensado, el crédito queda determinado y protegido por los principios del sistema y los terceros que intenten adquirir la finca saben con certeza las responsabilidades que les corresponden por el expresado motivo (...)».

(42) Como se sabe la excepcionalidad que la hipoteca procura es doble, por un lado sustrae el crédito asegurado a la *pars conductio creditorum*. Por otro además se facilita su ejecución por un procedimiento especial, que no cae en autotutela porque se realiza ante el juez y sometido al principio de precio justo (subasta pública), que tutela el sobrante de valor, impidiendo el efecto «comisorio» *Vid.*, Resolución de 5 de marzo de

Puede, pues, formularse una regla de vigencia general de Derecho de hipotecas: *a menor fuerza ejecutiva de la hipoteca, mayor flexibilidad en su configuración*. El peligro de la hipoteca de máximo aparece cuando se transforma en ordinaria.

Es, en este momento, cuando el principio de determinación reclama sus derechos: la determinación de créditos asegurados se vuelve absolutamente necesaria cuando ya no interesa la garantía por sí misma sino como un instrumento para conseguir la ejecución del crédito asegurado.

C. R. P. N.

1929. Este doble privilegio se justifica en base al juego de la publicidad legitimadora que el Registro procura. La publicidad impide normalmente la maniobra fraudulenta; la calificación, la nulidad

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

TRADICION INSTRUMENTAL: REQUISITOS.—TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCION DEL TITULAR ANTERIOR.—LEGITIMACION Y FE PUBLICA REGISTRAL NO ABARCAN LOS DATOS DESCRIPTIVOS DE LAS FINCAS (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1995.)

La tradición instrumental que establece el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil requiere que el vendedor se halle en la posesión del bien y entraña una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida no sólo por lo que conste en la propia escritura sino también por hechos incontrovertibles de la realidad física y jurídica.

La condición de tercero hipotecario se halla supeditada, entre otros requisitos, a que el bien cuestionado se haya adquirido de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo.

El Registro de la Propiedad carece de una base física fehaciente, ya que reposa sobre las simples declaraciones de los otorgantes y, así, caen fuera de la garantía que presta cuantos datos registrales se correspondan con hechos materiales o físicos, tanto a los efectos de la fe pública, como de la legitimación registral, sin que, por tanto, la institución responda de los datos y circunstancias de puro hecho ni, por consiguiente, de los datos descriptivos de las fincas, como son los referentes a su superficie

PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. ACUERDO PARA LA HABITABILIDAD DE MINUSVALIDOS ANTERIOR A LA LEY 3/1990, DE 21 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICO LA LPH LEGITIMACION PROCESAL DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1995.)

Hechos.—Tras sucesivos acuerdos (el primero de ellos, unánime, y el segundo, mayoritario), de la Junta de propietarios, para la instalación de un

ascensor, algunos propietarios se oponen a su construcción. El Presidente de la comunidad ejercita acción para que se declare la legalidad, validez y carácter ejecutivo de aquellos acuerdos

Doctrina de la Sentencia.—Respecto a la cuestión de si es necesaria la unanimidad de los propietarios en régimen de propiedad horizontal para la instalación de ascensor en el inmueble, se reitera lo sostenido en la Sentencia 13 de julio de 1994 (recogida en esta *Revista*, num. 629, pág. 1452): si bien es cierto que el artículo 16, 1.ª LPH exigía el consentimiento unánime de los condueños para las obras que, como la instalación *ex novo* de un aparato elevador, suponían una alteración de los elementos arquitectónicos y comunes del inmueble, también lo es que esta norma, como todas las que integran el ordenamiento jurídico, debe ser interpretada de acuerdo con un criterio sociológico propio del momento en que tanto la aplicación de la norma como la función hermenéutica de los Tribunales tiene lugar, para lo que debe partirse de la finalidad de la norma en cuestión: evitar que una simple mayoría de los condueños pudiera acordar arbitrarias modificaciones de esos elementos que a todos y en *pro indiviso* corresponden. En el supuesto litigioso, los acuerdos adoptados suponen una mejora general para los propietarios de la finca y comportan un tratamiento igualitario de las condiciones de vida de quienes por sus circunstancias se encuentran en dificultades para el acceso a sus viviendas por todo lo cual es suficiente para la instalación del ascensor incluso el acuerdo adoptado por mayoría y ello sin aplicar retroactivamente la Ley de 21 de junio de 1990

En la propiedad horizontal, el Presidente de la comunidad, al carecer ésta de personalidad jurídica, la representa orgánicamente y su voluntad vale, frente al exterior como voluntad de la misma. La inicial falta de acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios para promover el litigio sólo constituye un defecto subsanable en el trámite del artículo 693, 3.ª LEC, sin que la subsanación ocasione indefensión a los demandados.

RETRACTO DE COMUNEROS: NATURALEZA JURIDICA NO ES NECESARIO DEMANDAR A LOS SUBADQUIRENTES.—FE PUBLICA REGISTRAL: NO ACTUA FRENTE A LAS ACCIONES DE RETRACTO LEGAL. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El retracto de comuneros, derecho de adquisición preferente concedido por ministerio de la ley, tiene la naturaleza de derecho real, eficaz *erga omnes* y ha de hacerse valer dentro del plazo de caducidad fijado a su especie.

En el caso de autos se discute el requisito de no haberse dirigido la acción contra un siguiente comprador de la finca, del que ninguna noticia tuvo el retrayente, y se distingue:

a) Cuando antes de caducar el plazo de ejercicio del retracto se ha producido otra transmisión y ésta la conoce el actor retrayente, puede dirigir la acción contra ambos sucesivos adquirentes. Naturalmente el precio a satisfacer ha de ser el pagado por el primer adquirente.

b) Cuando esas nuevas transmisiones se conocen durante el litigio, el actor puede ampliar su demanda frente a los sucesivos adquirentes, pero ninguna norma legal le obliga a formular nueva demanda de retracto. Sólo al

adquirente es obligado demandar, cualesquiera que sean las dificultades de ejecución de la sentencia sin que pueda hablarse de *litisconsorcio*. El ulterior adquirente siempre tendrá la protección de la ley frente a quien le vendió contrariando el régimen de comunidad y de retracto legal.

El retracto legal de comuneros es una verdadera limitación legal del contenido del dominio y no precisa que conste en el Registro (art. 37. 3.º LH), aunque en el supuesto examinado no hay terceros registrales.

Comentario.—El Tribunal Supremo ha venido exigiendo que la acción de retracto se dirija conjuntamente contra los sucesivos adquirentes de la cosa retraída (Sentencias 10 mayo 1904, 11 octubre 1905, 8 junio 1906, 13 marzo y 14 mayo 1912, 7 mayo 1927, 5 junio 1929, 2 febrero 1949, 27 febrero 1954, 9 mayo 1956, 20 junio 1980). Aisladamente, la Sentencia 22 de marzo 1956 permitió la demanda entablada sólo contra el último poseedor, por ser éste el único que puede reintegrar al retrayente de la cosa; tesis sustentada, entre los autores, por DIEZ PICAZO y GULLON y BLASCO GASCÓ, basándose en que el retracto no resuelve ninguna transmisión.

En el supuesto de conocimiento de las nuevas transmisiones por el retrayente durante el pleito, la Sentencia 24 de mayo de 1986 decretó la absolución en la instancia por falta de *litisconsorcio* pasivo necesario. Las Sentencias de 7 de mayo de 1926 y 7 de mayo de 1927 admitieron la ampliación de la demanda en el periodo de réplica contra los compradores sucesivos, «pues si se dirige solamente contra el primero, surge la dificultad insuperable de no poderse cumplir lo dispuesto en el artículo 1.521 del Código Civil». Doctrina de la que se aparta la sentencia aquí recogida.

Desde el punto de vista registral, y aunque en el caso de autos no aparecían terceros hipotecarios, deberá tenerse en cuenta que la Resolución DGRN 12 de mayo de 1993, declaró no inscribible la escritura de transmisión judicial dimanante de un juicio de retracto, por hallarse la finca inscrita en favor de persona distinta del demandado: «Los principios de salvaguardia judicial de los asientos (cfr. arts. 1, párr. 3.º, 40 y 82 LH) y de tracto sucesivo (cfr. art. 20 LH), y el mismo principio constitucional de tutela judicial (cfr. art. 24 CE), impiden menoscabar la situación registral de los que aparecen como titulares en el Registro si no es por la correspondiente resolución judicial dictada en procedimiento en que el titular registral haya sido parte». Explica GÓMEZ GALLIGO en «Práctica hipotecaria. Comentarios a las Resoluciones DGRN Registro de la Propiedad (1993-1994)» que la demanda contra el titular registral es exigible siempre y que la única forma de que la sentencia produzca efectos frente a quien no ha sido parte en el procedimiento (ulteriores adquirentes) es la anotación preventiva de la demanda. Es la misma postura mantenida por Roca SASTRE en su «Derecho Hipotecario»: exigir la citación al juicio retractual a todos los subadquirentes cuyos títulos consten en el Registro, salvo los inscritos con posterioridad a la anotación preventiva de demanda, a los que ésta sirve de notificación colectiva y rechazar la cancelación automática de asientos posteriores que introdujeron las RRDGRN 8 de mayo de 1959 y 4 de octubre de 1962.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ACTIVIDADES NO PERMITIDAS EN LOS ESTADOS DESARROLLADAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1995.)

Hechos.—Los estatutos de una comunidad de propietarios limitan la alteración del destino inicial pactado en el título adquisitivo para los locales comerciales.

Doctrina de la Sentencia.—La remisión que los estatutos hacen al título adquisitivo origina que este título quede conectado con las normas estatutarias, de forma que, en cierto modo, viene a ser un complemento de las mismas y su efectividad trasciende a los posteriores titulares del local y ocupantes arrendatarios del mismo. Tales restricciones o exigencias de los estatutos no pueden conceptuarse como limitaciones contrarias al derecho de propiedad, ni vulneración del artículo 5 LPH, ni contrarias a la Ley, a la moral ni al orden público.

No existe obstáculo alguno para utilizar los mecanismos judiciales del artículo 19 LPH en punto a conseguir la cesación de la actividad no permitida en los estatutos, dado que la interpretación del artículo 19 debe ser hecha en relación con las prohibiciones especificadas en el párrafo 3.º del artículo 7.

HIPOTECA SOBRE BIENES SUJETOS A CONDICION RESOLUTORIA.—PRIORIDAD REGISTRAL.—FE PUBLICA REGISTRAL (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1995.).

Hechos.—Vivienda vendida con condición resolutoria en garantía del precio aplazado y posteriormente hipotecada en seguridad de crédito hipotecario.

Doctrina de la Sentencia.—Como quiera que la condición resolutoria de la compraventa quedó inscrita en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la escritura de crédito, no cabe apreciar incompatibilidad entre el auto recaído en ejecución del crédito hipotecario y la sentencia dictada en el procedimiento de resolución de la compraventa y ello, independientemente de la prioridad de una resolución con respecto a otra. La preferencia de derechos viene resuelta por el artículo 107.10 LH que establece que la hipoteca quede extinguida al resolverse el derecho de hipotecante.

No puede ampararse el acreedor hipotecario en que al contratar el préstamo hipotecario le fue ocultada por la prestataria la existencia de la condición resolutoria, toda vez que la misma había tenido acceso al Registro y por tanto tenía plena operatividad el principio de fe pública registral recogido genéricamente en el artículo 38 de la citada Ley, y de un modo específico en el artículo 37.2.º que dispone que se dan contra terceros las acciones resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ALTERACION DE ELEMENTOS COMUNES POR AUTORIZACION TACITA DE LOS COPROPIETARIOS (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1995.).

Hechos.—Acción tendente a reintegrar a su inicial estado un elemento común, el suelo de un local, bajo el cual se excavó un sótano hace dieciocho años sin acuerdo expreso de la Junta de propietarios.

Doctrina de la Sentencia.—Reitera la doctrina jurisprudencial en torno a la exigencia por la LPH del acuerdo unánime de todos los copropietarios para

modificar o alterar elementos comunes del inmueble, declarando que es preciso que tal consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, pero admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esa conclusión. El transcurso pacífico de un largo periodo de tiempo debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe.

SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE PASO· CONSTITUCION POR SIGNO APARENTE O POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA Y POR VOLUNTAD DE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1995.)

Hechos.—El propietario de un local ejerció contra la comunidad de propietarios acción negatoria de servidumbre de paso de leña.

Doctrina de la Sentencia —El artículo 541 del Código Civil impone la servidumbre de paso sobre un predio a favor de otro perteneciente a distinto propietario, cuando el anterior dueño de uno y otro hubiese establecido un signo aparente de servidumbre, no siendo eficaz el signo establecido por persona distinta del propietario, ni los actos meramente tolerados.

La servidumbre de paso, al ser discontinua, sólo puede adquirir a virtud de título y, a falta del mismo, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por sentencia firme (arts. 539 y 540 Código Civil), una vez rechazada la existencia de constitución por destino del padre de familia.

PROPIEDAD HORIZONTAL· CONTRIBUCION A LOS GASTOS COMUNES. CONVALIDACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1995.)

Hechos.—La comisión liquidadora de una cooperativa de viviendas acordó el otorgamiento de escritura pública de división horizontal y redacción de estatutos, adecuando el reparto de los gastos al que venía rigiendo entre los propietarios desde veinte años antes.

Doctrina de la Sentencia —Tal reparto, si contaba con una concordancia de todos los propietarios desde veinte años, constituye un hecho que está previsto procesalmente en el artículo 9.5.ª LPH y sancionado por doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo de la que es un claro exponente la Sentencia 10 de marzo de 1993.

Dicho acuerdo y las cláusulas estatutarias consecuentes ni son contrarias a la ley, por permisón del artículo 9.5.ª LPH, ni aunque lo fueran son nulos de pleno derecho por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, ya que incluso los acuerdos que son contrarios a la LPH o a los estatutos están bajo el imperativo de la caducidad del artículo 16.4.ª de la Ley especial.

Comentario.—La citada Sentencia 10 de marzo de 1993 admitió en orden al reparto de los gastos una proyección jurídica plenamente válida de los actos propios de los integrantes de la comunidad de propietarios, con base en

la permisión del artículo 9.5.ª LPH, para cuya reforma se precisaría utilizar el camino que trazan sus artículos 15.1 y 2 y 16.1.ª, todo ello en aras de la elemental seguridad jurídica, sancionada constitucionalmente.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 1995.).

La identificación del terreno cuya declaración de dominio se pretende es un dato fáctico cuya valoración corresponde a la instancia, siendo revisable tal valoración en casación si ha existido error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CUALQUIER CONDOMINIO PUEDE EJERCITAR ACCIONES EN DEFENSA DE LA COMUNIDAD.—SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: CONSTITUCION POR VOLUNTAD DE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1995.)

El copropietario tiene legitimación para accionar en beneficio de la comunidad, concretamente ejercitando la acción negatoria de servidumbre, sin que sea exigible la demostración del consentimiento de todos los demás copropietarios.

La venta de una parcela «con todos cuantos derechos, usos y servidumbre le corresponden» no es título constitutivo de una servidumbre de luces y vistas, ya que la imprecisión de la frase no permite entenderlo de otro modo y se trataría de una servidumbre constituida antes de la construcción del edificio (predio dominante), cuyo contenido no se determina, y que evidentemente no «correspondía» en el momento de otorgarse la escritura.

PROPIEDAD HORIZONTAL: TERRAZAS. ENUMERACION SIMPLEMENTE ENUNCIATIVA DEL ARTICULO 396 DEL CODIGO CIVIL. ELEMENTOS COMUNES POR NATURALEZA Y POR DESTINO. DESAFECCION INICIAL Y POSTERIOR. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1995.)

Las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas terrazas «a nivel») tiene, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del Código Civil (al mencionar entre ellos a las «cubiertas»). La descripción, no de *numerus clausus*, sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enumeración, de *ius cogens*, sino de *ius dispositivum*; lo que permite que, bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la comunidad de propietarios, siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad (art. 16.1.ª LPH), pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que, no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. Mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo

unánime posterior de la comunidad), ha de mantenerse la cualificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada.

HIPOTECA: CONSTITUCION POR REPRESENTANTE SIN PODER. PROTECCION DE LA BUENA FE Y DE LA SEGURIDAD JURIDICA. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1995.).

Hechos.—Préstamo hipotecario concertado por el Presidente de una cooperativa sobre viviendas de protección oficial construidas por ella, alegando un acuerdo de la Junta General que se documentó como tal, pese a ser inexistente dicha Junta.

Doctrina de la Sentencia.—La falta de cualquier concesión de todo poder al Presidente para hipotecar los bienes de la cooperativa infringe el artículo 1.713 del Código Civil y acarreará la nulidad absoluta de las hipotecas que gravitan sobre aquellos bienes y su libertad de tales cargas que indebidamente soportan. Pero no combatida adecuadamente en el recurso de casación la afirmación de la sentencia recurrida de que la prestamista actuó con buena fe, y con esa misma fe confió en los poderes que decía el Presidente de la cooperativa le había concedido la Junta General, las hipotecas que constituyó han de ser mantenidas por la necesaria protección de la seguridad jurídica y del comercio, principio éste que orienta siempre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al juzgar sobre la inexistencia de poderes, abuso o extralimitación de los mismos.

HIPOTECA: NATURALEZA.—HIPOTECA EN GARANTIA DE DEBITO AJENO: DIFERENCIAS ENTRE EL HIPOTECANTE DEUDOR, EL HIPOTECANTE NO DEUDOR Y EL FIADOR. NO SE PUEDE EJERCITAR LA ACCION CAUTELAR DEL ARTICULO 1.843, 1.º DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1995.).

Hechos.—Hipotecadas dos fincas en garantía de débito ajeno, e incoado procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, los hipotecantes no deudores presentaron demanda, basada en el artículo 1.843, 1.º del Código Civil y reclamando del deudor el relevo de las responsabilidades contraídas en la escritura de hipoteca o, alternativamente, la garantía de la suma por la que se había ejercitado la acción hipotecaria

Doctrina de la Sentencia.—El pacto de *hipoteca* genera, partiendo del derecho de dominio, un nuevo derecho real, de menor entidad y cualitativamente distinto, que se transmite o deriva a otro sujeto, el acreedor hipotecario, 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; Sujeta directa e inmediatamente la cosa sobre que recae al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104 LH) y ello cualquiera que sea su poseedor. El acreedor hipotecario adquiere, pues, un derecho real que disminuye el derecho del propietario de la cosa.

Se distinguen las siguientes figuras:

a) 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 del artículo 105 LH, salvo expresa limitación de responsabilidad (art. 140 LH)

b) Cuando el *hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal*, no se convierte en modo alguno en deudor, basta pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca. Si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador.

c) Todo *fiador* contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto (si no es solidario) a la *conditio iuris* del impago.

El artículo 1.843, 1.º del Código Civil no es aplicable a las hipotecas, conocidas como «fianzas reales» en las que precisamente el titular dominical ha enajenado el poder de realización y disminuido el contrato de constitución de la hipoteca. La *ratio legis* de la norma contenida en el artículo 1.843, 1.º 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 discutir si el propietario es demandado en el sentido de dicho precepto, y no parece que deba detenerse en cuenta el *periculum in mora*, propio de las medidas cautelares, cuando el propietario conscientemente constituyó el gravamen.

Comentario —Como explica CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, en su libro «Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca», cuando un derecho real de garantía se preste por un tercero ajeno a la obligación garantizada, estaremos ante una figura jurídica híbrida, que participa del contrato de fianza en cuanto que es un tercero ajeno a la obligación quien garantiza el cumplimiento de ella al acreedor, pero que también participa de la naturaleza de los derechos reales de garantía, pues aquella obligación asumida por el fiador se concreta sobre cosa determinada, tanto permanezca ésta en poder del fiador constituyente, como si hubiera pasado a poder de otra persona. El Código Civil reconoce plenamente la *fianza real* (art. 1.857, pár. último), pero se olvida de regularla, por lo que serán de aplicación el Título XIV de libro IV de dicho cuerpo legal y la normativa de la hipoteca y aún quedarán bastantes lagunas que habrá de salvar la jurisprudencia.

Esta función complementadora del ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil atribuye a la doctrina del Tribunal Supremo se manifiesta en la sentencia reseñada, según la cual la acción cautelar del artículo 1.843, 1.º del Código Civil, también llamada acción «en garantía», «de cobertura o indemnidad» y basada en el principio *favor fideiussoris*, no es aplicable a la hipoteca por débito ajeno; conclusión que el propio fallo aclara, es *carente en absoluto de precedentes jurisprudenciales*, salvo el representado por la Sentencia 26 de mayo de 1950, que negó la aplicación del artículo 1.843, 5.º del Código Civil a una garantía real constituida por valores públicos

TERCERIA DE DOMINIO. EN PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION COLECTIVA. PUEDE INTERPONERSE POR EL TITULAR DE UNA RESERVA DE DOMINIO. DIFERENCIAS CON LA ACCION REIVINDICADORA (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—En todo procedimiento de ejecución colectiva o concursal, la ocupación o intervención judicial de bienes es medida aseguratoria o cautelar idéntica o similar al embargo de bienes en los procedimientos de ejecución individual. Si en la suspensión de pagos se intervienen o incluyen como formando parte del «activo» del suspenso unos bienes que no son propiedad de dicho suspenso, sino que son de un tercero, es evidente que éste, mediante una tercería de dominio, puede conseguir que dichos bienes dejen de estar intervenidos e incluidos en la relación de bienes integrantes del «activo» del suspenso.

El vendedor de unos bienes con pacto de reserva de dominio hasta que le sea totalmente pagado el precio de la venta de los mismos, puede oponerse a que el comprador, antes de haber completado el referido pago, disponga de tales bienes, de forma voluntaria o forzosa (a virtud, esta última, de procedimiento de ejecución individual o colectiva, seguido contra el mismo o sus acreedores), en cuyo supuesto el vendedor, con base en el citado pacto de reserva de dominio, podrá ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercería de dominio, según los casos), para obtener la recuperación o el alzamiento del embargo sobre dicho bien.

La referida tercería de dominio, ejercitada en el supuesto indicado de la suspensión, ha de dirigirse contra el deudor (entidad suspensa) y los intervenidores o representantes de los acreedores.

La acción de tercería de dominio no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, y tiene por finalidad única y exclusiva la del levantamiento de un embargo indebidamente trabado sobre unos bienes, pero no que la posesión de los mismos sea entregada al tercerista.

Comentario.—Al hilo de este último pronunciamiento, permítasenos dedicar unas líneas a la naturaleza, objeto y efectos de la tercería de dominio.

Tradicionalmente, la tercería de dominio ha sido considerada en nuestra doctrina (PRIETO CASTRO, MIGUEL Y ROMERO, MIGUEL Y ALONSO, HERCE QUEMADA) como una *acción reivindicatoria*. En la jurisprudencia, existen afirmaciones sobre la identificación y aproximación de ambas acciones, y de ahí que se exijan parecidos requisitos, se atribuya al tercerista la carga de su prueba y se excluyan de la tercería cuestiones ajenas al dominio. Otro grupo de sentencias, sin embargo, subrayan las sustanciales diferencias entre la acción de tercería y la reivindicatoria, por cuanto la primera tiene por objeto el levantamiento del embargo y no la recuperación del bien y así ha de ejercitarse por el propietario anterior a la traba, aunque sea poseedor, frente al ejecutante que no posee ni detenta y al ejecutado que no siempre es poseedor.

En todo caso, dice GARCÍA DE MERINA (*Tercerías de Dominio y de mejor derecho*), es pacífica la opinión de que en la tercería de dominio se ejerce una acción de doble faz: *constitutiva*, persecutoria de una sentencia que declare la inoponibilidad de continuar el proceso de ejecución con la traba del bien embargado, y *declarativa* del derecho del tercerista. ORTIZ NAVACERRADA (*La tercería de dominio según la jurisprudencia última*) estudia los fallos del Tribunal Supremo entre los años 1985 y 1995, observando una evolución jurisprudencial que prima la finalidad de levantamiento del embargo sobre la declaración de dominio; lo que, es opinión del autor, deberá conducir a nuestra jurisprudencia el reconocimiento de que aquella es en definitiva una acción procesal constitutiva —según preconiza la doctrina científica más auto-

rizada (vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La tercería de dominio*)— al postular el alzamiento del embargo, con todas sus posibles secuelas de aseguramiento y publicidad, pero de modo que otros pretendidos contenidos —como pueden ser la declaración de dominio o la declaración de nulidad del título aportado por el tercerista— corresponderán, no a la acción de tercería, sino a la permisón, ora de acumulación de otras acciones distintas, ora de reconvencción para nulidad del título.

En el ámbito del Registro de la Propiedad, el doble carácter constitutivo y declarativo de la tercería de dominio, su naturaleza de acción mixta sustantivo-procesal, destacan al estudiar al RDGRN 1 de marzo de 1996, de la que resulta posible *doble eficacia registral* de una declaración judicial contenida en sentencia estimatoria de tercería: cancelación de la anotación preventiva de embargo e inscripción de la declaración judicial de propiedad.

ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS: LLEVA IMPLICITA LA PETICION DE NULIDAD O CANCELACION DEL ASIENTO. ESTA PETICION PUEDE HACERSE EN EL ESCRITO DE REPLICA. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1995.)

La más reciente y ya consolidada doctrina 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 párrafo 2.º del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la nulidad o cancelación 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.

A la expresada doctrina jurisprudencial, ya de por sí suficiente para desestimar el motivo examinado, ha de agregarse con relación al supuesto concreto que la actora, en su escrito de réplica, formuló expresamente la petición de la cancelación de las inscripciones obrantes en el Registro a favor de las sociedades demandadas, con relación a las fincas litigiosas, cuya petición fue temporánea y oportunamente formulada en el referido escrito de réplica, por cuanto la misma no entrabañaba alteración (*mutatio libelli*) de la pretensión principal deducida en el proceso (art. 548.2 LEC)

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1995.)

Hechos.—Apertura de accesos a las plantas altas de un edificio a través de las escaleras del portal contiguo.

Doctrina de la Sentencia.—Cuando arquitectónica y reglamentariamente cada cuerpo de un edificio tiene legalmente establecido su acceso a través del portal

correspondiente, no es lícito, sin contar con el consentimiento unánime de los propietarios de los dos bloques, variar el acceso de la mitad de las plantas de uno de ellos a través de la escaleras del otro, abriendo una puerta de comunicación.

TERCERIA DE DOMINIO· PUEDE INTERPONERSE POR EL VENDEDOR CON PACTO COMISORIO EXPRESO O DE LEX COMMISORIA (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1995.)

Los efectos del pacto resolutorio tiene eficacia retroactiva y si está la condición resolutoria inscrita en el Registro se retrotrae la titularidad, de manera que ésta existe a la fecha del embargo, requisito para el éxito de la tercera.

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACION POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1995).

Es evidente la idoneidad del Presidente de la Comunidad para ejercitar la acción de responsabilidad decenal por vicios ruinógenos, en defensa de los intereses comunes como particulares. En la representación orgánica que le corresponde al Presidente, está investido de un mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses completos de toda la comunidad, no sólo en cuanto a lo que afecte a los elementos o intereses comunes, sino también de los propietarios en particular

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRAS NECESARIAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1995.)

Calificadas las obras por el Tribunal a *quo* como necesarias de sustitución de anteriores elementos comunes de calefacción, la realización de tales obras no requería de la unanimidad prevista en el artículo 16.1ª LPH, ni tampoco el transcurso de un mes a efectos de la ejecutoriedad del acuerdo.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: NO CABE RECURSO DE CASACION. (AUTO DE 24 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—No procede el recurso de casación contra un auto de la Audiencia Provincial que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el dictado por el Juez de Primera Instancia en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, por el que se acordaba no haber lugar a decretar la nulidad de las actuaciones practicadas en el mismo. El artículo 131 no prevé expresamente el recurso extraordinario de casación contra las resoluciones dictadas en el citado procedimiento. El control casacional de cualquier cuestión relacionada con esta materia se ejerce a través del eventual declarativo posterior

Comentario.—Cabe añadir que, según Sentencias 18 de mayo de 1964 y 28 de junio de 1977, el pleito seguido para la declaración de nulidad de determinado procedimiento judicial, ajustándose a lo ordenado en el párrafo 6.º del

número 4.º del artículo 132 LH, no obstante la forma declarativa que ha de adoptar, no tiene sustancialmente naturaleza independiente del procedimiento cuya nulidad se insta, y ello da lugar a que al no ser susceptible aquél del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, el pleito dirigido a anular sus actuaciones, ha de tener igual limitación procesal, pues no cabe que las mismas cuestiones que no tenían acceso al recurso dentro de los autos en que se cometieron las supuestas infracciones, puedan alcanzarla a través del juicio seguido para obtener la anulación indicada.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR.—USUCAPION: POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1995.)

El heredero puede por sí solo ejercitar la acción reivindicatoria respecto de un bien privativo del causante.

La posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico tanto de la usucapción ordinaria como de la extraordinaria no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ni puede referirse a la pura motivación volitiva, que llegaría a amparar el despojo cuando se sabe que hay un legítimo dueño, todo ello inspirado en la máxima clásica «*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*».

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

ES POSIBLE LA COMPENSACION DE CULPAS CUANDO CONCURREN LA CULPA DEL FALLECIDO Y LA DEL EMPRESARIO. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia —Cabe aplicar la concurrencia de culpas, por un lado la del fallecido, una especie de culpa o responsabilidad profesional, y por otro lado la del empresario, culpa o responsabilidad legal, pues al coexistir ambas determinaron el suceso letal del accidente originado no sólo por la conducta imprudente del tractorista, sino que sus consecuencias se vieron agravadas por la omisión de esta máxima diligencia que se imputa a la empresa demandada.

PARA ACREDITAR EL DINERARIO ENTREGADO ES NECESARIO UTILIZAR COMO PRUEBA ALGUN EFECTO O DOCUMENTO BANCARIO. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1996.)

Doctrina de la sentencia —En una reclamación de cantidad por trabajos, obras e inversiones en el inmueble de la demandada (cuya hija estaba unida de hecho con el actor) no existe prueba conveniente para conformar la base adecuada de la presunción, pues si el ingreso que llevó a cabo el actor del

pleito, lo fue en la condición de «salvo buen fin», tuvo que ser mediante algún efecto o documento bancario expedido por el Banco, siendo necesario acreditar lo que realmente aconteció.

EL ARTICULO 1454 CC TIENE UN CARACTER EXCEPCIONAL, Y EXIGE UNA INTERPRETACION RESTRICTIVA CUANDO NO APAREZCA LA VOLUNTAD INDUBITADA DE LAS PARTES DE ATRIBUIR A LAS ARRAS EL CARACTER DE PENITENCIALES. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—El pacto arras tiene un carácter penitencial, pues las partes estipularon expresamente que de no llevarse a cabo la compraventa prometida por causas imputables al promitente comprador o al promitente vendedor, el primero perdería las arras entregadas, o el segundo habría de devolverlas duplicadas, siendo una de las «causas imputables» la propia y exclusiva voluntad del contratante que se aparta del contrato.

EN LOS PROCESOS POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL LA VALORACION DE LA CONDUCTA POSITIVA O NEGATIVA DE QUIEN SE LE ATRIBUYE LA AUTORIA DEL DAÑO OCASIONADO, CONSTITUYE CUESTION JURIDICA, SUSCEPTIBLE DE CRITICA CASACIONAL. (SENTENCIA 29 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La omisión de la utilización de un instrumento de constatación de enfermedad tan eficaz como es un ecocardiograma, presupone la concurrencia de una conducta omisiva que al coincidir con un resultado dañoso y su posibilidad de haberlo evitado si se hubiera actuado con la diligencia médica normal origina la existencia de responsabilidad imputable al Insalud.

NO CABE HABLAR DE INCONGRUENCIA OMISIVA SI LA AUDIENCIA DICTO EL FALLO DECIDIENDO LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA DEMANDA Y EN SU SUPPLICO (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La carencia de fundamentos de la sentencia hay que recordar que la estimación del recurso se apoya en las normas reguladoras de la Urbanización, según la Sala de instancia las ha entendido, por lo que si la interpretación o la aplicación de las mismas son contrarias a su verdadero contenido, estaremos ante una infracción de ley, pero no ante una sentencia infundada

EL CONSTRUCTOR-PROMOTOR ES RESPONSABLE DE LOS VICIOS Y DEFECTOS DE LA OBRA (SENTENCIA 15 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La doble condición de constructor-promotor acentúa el deber del buen orden constructivo y correcta ejecución de las obras que se aportan al mercado para su tráfico en forma de locales comerciales o

vivendas. En los supuestos de ruina funcional como el presente, en concordancia con la interpretación que la jurisprudencia da al término de ruina, su responsabilidad resulta patente ante la concurrencia de vicios defectos.

NO ES POSIBLE CONFUNDIR NI IDENTIFICAR UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CON LA COOPERATIVA QUE CONSTRUYO EL EDIFICIO, PUES SU NATURALEZA Y FUNCIONES SON RADICALMENTE DISTINTAS. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Al no aparecer acreditada la comparecencia del presidente de la Comunidad de Propietarios de una Cooperativa, ni la autorización de dicha Comunidad para ejercitar las acciones que se postulan a su nombre, cabe casar la sentencia recurrida.

PARA EL INCUMPLIMIENTO DEL 1.504 ES NECESARIO LA EXISTENCIA DE UNA VOLUNTAD REBELDE Y NO UN SIMPLE RETRASO, QUE LA CONDUCTA DE LA PARTE DEMANDADA FRUSTRE EL FIN CONTRACTUAL Y QUE SE IMPIDA LA EFECTIVIDAD DE LAS LEGITIMAS EXPECTATIVAS DE LA PARTE CONTRARIA. (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la sentencia.—Circunstancia que no concurre en el presente caso, pues estaba probado que se entregó a la vendedora un cheque nominativo el mismo día de la firma del contrato, y existían fondos para hacerlo efectivo, que se hizo un requerimiento notarial, depositándose a su vez en la Notaría otro talón conformado por el importe total de la venta; y, que se ha estado ofreciendo satisfacer constantemente el completo pago convenido, sin que exista requerimiento que ponga fin al término de pago hábil.

LA POLIZA DE SEGURO COLECTIVO O DE GRUPO CONCERTADA CON EL CARACTER DE PRESTACION OBLIGATORIA Y COMPLEMENTARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL IMPLICA QUE LA OBLIGACION DE LA COMPAÑIA ASEGURADORA NACE NO DE LA ENFERMEDAD, SINO POR LA INCAPACIDAD PERMANENTE O MUERTE QUE AQUELLA OCASIONE. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—De esta forma, la fecha de la muerte o de la declaración de incapacidad permanente, y no la de enfermedad, es la que determina los efectos temporales y económicos de la cobertura del seguro concertado y la aplicabilidad del condicionado general de la póliza.

EN LA INTERPRETACION LITERAL DEL CONTRATO LAS PARTES SOLO PUEDEN COMPELERSE AL CUMPLIMIENTO DE LO EXPRESAMENTE PACTADO, ASI COMO A LAS CONSECUENCIAS QUE DE ELLO SE DERIVEN. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1995)

Doctrina de la sentencia.—Las partes no pueden pretender que se modifiquen a su conveniencia una determinada estipulación contractual. De ahí que

si en el contrato privado se pacta una subrogación, a eso se puede condenar a la parte contraria, pero no a que efectúe una cancelación gravosa y no convenida.

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS PUEDE SER SOMETIDA A REVISION CASACIONAL. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Aunque es función propia de los juzgadores de instancia la interpretación de los contratos, ésta puede ser sometida a revisión casacional cuando el resultado exegético obtenido por ellos sea irracional o conculcador de las normas de hermeneútica contractual. De manera que en el caso que se enjuicia ha de entenderse que lo transportado por la cabeza tractora no es sólo la carga contenida en el remolque cisterna, sino también este último, los dos forman una sola cosa, siendo esa la intención de los contratantes del seguro.

NO EXISTE CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA SI CONCURREN OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONTRIBUYEN A LA CAUSACION DEL ACCIDENTE. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1996)

Doctrina de la sentencia.—No es posible considerar la existencia de culpa exclusiva de la víctima, sino también la existencia de responsabilidad por riesgo, cuando aún sin llegar a objetivar de forma absoluta la responsabilidad de aquél a quien cabe atribuir la creación del mismo, le obliga a acreditar que había adoptado todas las medidas necesarias para que dicho riesgo no se transformase en siniestro.

NO EXISTE CONTRATO DE MEDIACION ENTRE LAS PARTES SI NO RESULTA ACREDITADO EL CONSENTIMIENTO DE UNA DE ELLAS. (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Para que exista la obligación de pago de honorarios de un contrato de mediación o corretaje, se requiere la previa declaración de la existencia de un contrato de esa naturaleza entre las partes o que se haya combatido la declaración de inexistencia de dicho contrato.

SE PRODUCE INDEFENSION CUANDO ABSUELVA POSICIONES QUIEN ESTATUTARIAMENTE NO OSTENTA LA CONDICION DE ADMINISTRADOR Y REPRESENTANTE DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Existe error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión cuando se realiza por quien dice ser representante legal de una sociedad sin serlo, pues es indispensable para la validez de la misma que recaiga sobre hechos personales del confesante y que tenga capacidad legal para hacerla, haciendo prueba contra su autor, pudiendo resultar perjudicada por su propia confesión y no por la de otro ni por la de quien confiese por ella.

EL PLAZO DECENAL DEL ARTICULO 1.591 ES DE GARANTIA Y OPERA DESDE QUE EL VICIO RUINOGENO O LA RUINA PROGRESIVA SE DETECTE (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—El plazo comienza a contar desde la finalización de la obra, lo que exige la correspondiente prueba. Cuestión distinta es que el nacimiento de la acción esté sometido al plazo prescriptivo de quince años, siendo necesario computarse desde la terminación del edificio.

EL HECHO DE SER DESESTIMADA LA DEMANDA INTERDICTAL NO IMPLICA NEGAR AL INTERESADO LA ACCION EN EL JUICIO DECLARATIVO. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La desestimación de la demanda interdictal implica no reconocer su estimación automática, lo que no significa que la acción ejercitada fuera infundada, temeraria o inexistente, sino que no resultaba de procedencia al haber finalizado las obras de demolición, pero al reconocerse la existencia de daños en la finca de los interdictantes y reconocérseles sus derechos a obtener una reparación económica, tienen abierta la vía del juicio declarativo.

AL NO DETERMINARSE LA PERTENENCIA DEL CABLE CUYA CAIDA CAUSO EL INCENDIO, ES INACEPTABLE LA APLICACION DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL AMBITO DE LA CULPA EXTRACONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Al ser el concepto de culpa la única explicación del supuesto generador de la indemnización que deriva de culpa extracontractual, cuando ésta es imputable a más de un sujeto, sin que existan elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, el vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado con relación al perjudicado para la efectividad de la indemnización correspondiente, de ahí la improcedencia de fundar la solidaridad en esa falta de prueba sobre la propiedad del cable caído causante del incendio.

SE REQUIERE LA UTILIZACION DE UNA LABOR EXEGETICA CUANDO SURJAN DUDAS SOBRE LA INTENCION DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La interpretación de los contratos, aunque en principio es función propia de los juzgadores de instancia, es revisable en vía casacional cuando el resultado obtenido por aquéllos sea ilógico, desorbitado o erróneo, y, por otro lado, cuando surjan dudas fundadas sobre la verdadera intención de los contratantes. El órgano judicial que lleve a cabo la labor exegética ha de indagar en lo verdaderamente querido o en la intención evidente de los contratantes, acudiendo para ello a los demás medios hermeneúticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es la interpretación lógica y sistemática de las cláusulas contractua-

les, y otro el atender a los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL IMPLICA NO OTORGAR MAS DE LO PEDIDO. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—No es posible incluir en los derechos del contratista todos los referidos en el artículo 1.594 del Código Civil, ya que al margen de su cobertura legal, el Tribunal está sujeto, por la disciplina de la congruencia, a no otorgar más de lo pedido, y es claro que la acción sólo reclamaba el importe real que se le adeudaba por los trabajos realizados.

DISTINCION ENTRE APODERAMIENTO EN GENERAL Y MANDATO DE NEGOCIOS DETERMINADOS. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Hay que diferenciar el apoderamiento o mandato concebido en términos generales de aquel otro que abarca una generalidad de negocios perfectamente determinados. El primero sólo comprende los actos de administración, exigiéndose la condición de la determinación específica para el resto de los actos de disposición. La específica determinación de facultades en un mandato impide tener en cuenta la regla primera del artículo 1.713 del Código Civil, pues la autocontratación realizada está claramente amparada por el mandato expreso señalado en el artículo 1.713.2 del Código Civil.

SIGUIENDOSE UN CRITERIO RESTRICTIVO, DEBE HACERSE CONSTAR LA FUNCION PENITENCIAL DE LOS ANTICIPOS ENTREGADOS. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—El empleo del término señal no expresa necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio. Debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados, ya que cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado.

DEBE DEMOSTRARSE LA EXISTENCIA DE ERROR DE HECHO O DE DERECHO PARA LA REVISION EN CASACION DEL PLAZO PRESCRIPTIVO. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La apreciación de la prueba suministrada por litigantes respecto a la interrupción o no del plazo prescriptivo es de la exclusiva soberanía de la Sala de instancia, sin que pueda combatirse en la vía jurisdiccional de la casación si no se demuestra la concurrencia de error.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

C.1) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RECLAMACION DE CANTIDAD.—AUNQUE EL REGLAMENTO DE 1959 OBLIGABA A FIJAR EL PRECIO DEL TRIGO EN UNA CANTIDAD DETERMINADA, LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS VIGENTE EN SU DISPOSICION FINAL, DEROGA AQUEL REGLAMENTO Y LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª SUJETA A LA MISMA A TODOS LOS CONTRATOS, CUALQUIERA QUE SEA LA FECHA DE SU CELEBRACION. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1992)

El Juzgado de Ecija estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación.

Triunfa la casación. Debe fijarse la normativa aplicable para lo que debe tenerse en cuenta el momento en que fue otorgado, fecha en que podía señalarse libremente el número de kilos en concepto de renta, pero no el precio del mismo, ya que éste estaba preceptuado obligatoriamente, según Decreto de 27 de mayo de 1964, en 2,70 pesetas el kilo de trigo. Si bien es cierto que el contrato de arrendamiento en cuya virtud se reclama, fija determinadas cantidades en concepto de rentas, al haber sido pactado con anterioridad al 31 de diciembre de 1981, estuvo en un principio sometido a la legislación entonces aplicable y pudo resultar de aplicación el mismo hasta tal fecha, la disposición del artículo 13 del Reglamento de 1959 que obligaba a fijar el precio del trigo en la cantidad indicada, también lo es que, promulgada la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos, la Disposición Final deroga el Reglamento de 1959 y la Disposición Transitoria 1.ª establece la sujeción a la misma de los contratos de arrendamiento, cualquiera que sea la fecha de celebración, en cuantas materias no afecten a las exceptuadas en dicha Disposición, como son las relativas a la duración de los contratos.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA ACTORA ES LA SUCESORA DE LA TITULARIDAD ARRENDATICIA QUE OSTENTABAN SUS ANTEPASADOS DESDE TIEMPO INMEMORIAL, SIENDO DE PROFESION LABRADORA, Y LA EXPLOTACION DE LOS PRODUCTOS AGRICOLAS GIRA A SU NOMBRE. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Bilbao estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó la apelación.

No procede la casación. La demandante es la sucesora de la titularidad arrendaticia que ostentaban sus antepasados desde tiempo inmemorial y ha continuado siendo la cultivadora personal del caserío. En los Registros oficiales figura como de profesión labradora. La explotación comercial de los productos agrícolas gira a su nombre y aparece afiliada a la Seguridad Social agraria, sin que sea trascendente la fecha de su incorporación a la misma. No se ha probado la voluntad novatoria de las partes ni la elevación de la renta supone la sustitución de un contrato por otro, por no existir incompatibilidad entre ambos.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO —NO HAY PRUEBA DEL PRETENDIDO CONTRATO VERBAL DE 1981, QUE DIERA LUGAR A LA PRORROGA QUE SE PRETENDE EXISTIA EN EL MOMENTO DE LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1993.)

El Juzgado número 2 de Segovia estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No se admite la casación. Desde 1977 existía un arrendamiento de temporada (de 1 de marzo a 2 de noviembre) con dos hermanas, y en 1984 se otorgó otro contrato normal, únicamente con una de ellas, elevándose la renta y añadiendo el arrendamiento de naves y prados y, al finalizar el plazo, en 1989, se opuso a la prórroga, comunicándolo al arrendatario con más de un año de antelación por proponerse el cultivo directo de las fincas. La oposición se funda en que el cambio de arrendamiento se produjo en 1981 y los seis años concluyeron en 1987, encontrándose el contrato en período de prórroga en la fecha de la demanda, no concluyendo hasta 1993. No hay prueba alguna que acredite el pretendido contrato verbal de 1981, afirmando el cambio contractual del año 1984, basándose para ello en un examen conjunto de la prueba, ratificada por la postura del recurrente en un pleito anterior. La oposición a la prórroga se notificó fehacientemente con más de un año de antelación, expresándose el cultivo directo por sí o por sus descendientes, mayores de dieciséis años, en quien concurra o se proponga adquirir la condición de profesional de la agricultura.

C.2) ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE CONTRATO.—EJERCITADA LA OPCION DE COMPRA POR EL ARRENDATARIO, SE INTERPONE DEMANDA DE RESOLUCION DEL CONTRATO POR SUBARRIENDO CON EL FIN DE IMPEDIR AL ARRENDATARIO LA POSIBILIDAD DE FORMALIZAR LA OPCION. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Vitoria desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No procede la casación. Se pactó un arriendo con opción de compra, estipulándose que, en caso de desahucio o resolución arrendaticia quedaría cancelada la opción, así como por incumplimiento de cualquier cláusula del contrato de arrendamiento. Después, dicho lo cual se subarrienda, con autorización de la propietaria, por un plazo de seis meses. Antes de este plazo, la arrendataria requirió a la arrendadora para notificarle que hacía uso de la opción de compra por el precio estipulado. Se ejercita acción de desahucio por haber permanecido el subarrendatario más de los seis meses establecidos, pero se había pactado que durase mientras persistiera la necesidad de ocupación y el subarrendatario desalojó el local inmediatamente después de concluidas las obras, de modo que el ejercicio del derecho del actor lo ha sido de modo anormal y con manifiesto abuso de derecho. La acción se ejercitó con el objeto de impedir al arrendatario la posibilidad de que se formalice la opción de compra sobre el local, dato del que puede deducirse una voluntad de perjudicar al arrendatario.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SE HA ACREDITADO EL CONSENTIMIENTO TACITO DEL ARRENDADOR A LAS OBRAS REALIZADAS POR EL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Castellón estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Valencia rechazó la apelación.

Tampoco procede la casación. No puede admitirse el consentimiento tácito a las obras cuando el arrendatario acredita fehacientemente que el arrendador conocía o conoció la realización de las obras sin que opusiera obstáculo alguno, ya que de ser así tal conducta entraría en el marco de los llamados actos propios. La apreciación de si existe ese tácito consenso es algo que la Ley reserva al prudente arbitrio del juzgador, habiendo éste valorado adecuadamente el conjunto de las pruebas practicadas y no habiéndose acreditado el citado consentimiento de los arrendadores.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—AUNQUE EL CONTRATO PERMITIA AL ARRENDATARIO ASOCIARSE CON TERCERAS PERSONAS, NO ES POSIBLE QUE AQUEL VENDA TODAS SUS PARTICIPACIONES A UN EXTRAÑO, ABANDONANDO LA PROPIEDAD DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Palma estimó la demanda, confirmando la Audiencia Provincial de la misma ciudad

No se admite la casación. El arrendatario, según el contrato, podría asociarse con terceras personas en cualquiera de las formas admitidas en derecho, sin que ello pueda reputarse cesión, subarriendo o traspaso, aunque pudiera constituir una sociedad que pasara a ostentar la condición de arrendatario, respondiendo el arrendatario primitivo del pago de la renta si no la satisficiera la sociedad Constituida una sociedad limitada por el arrendatario con otros dos, aquel vendió posteriormente todas sus participaciones a una persona extraña, venta que no se comunicó a los propietarios que se enteraron al solicitarles que los recibos se extendieran a nombre de la referida sociedad. La cláusula en cuestión no autorizaba para, una vez constituida la prevista sociedad de la que formaba parte el recurrente, abandonara éste la sociedad mediante la venta de las participaciones, supuesto no contemplado en la cláusula referida y que integra un traspaso no consentido que, por aplicación del precepto del artículo 114 LAU debía dar lugar a la resolución contractual.

DECLARACION DE PROPIEDAD.—EL PATIO ZAGUERO, SITO EN LA FINCA ARRENDADA, ES ELEMENTO COMUN DE LA MISMA Y NO SE INCLUYE EN EL ARRENDAMIENTO DE LA LONJA EN LA QUE ESTA INSTALADA. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado de Laredo estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial desestimó la apelación

No triunfa la casación. El patio zaguero, sito en la finca arrendada, es elemento común de la casa y no está incluido en el arrendamiento de la lonja en la que está instalado el bar arrendado. El patio se ocupó por mera toleran-

cia de los propietarios. La acción de desahucio por precario no es la misma que la que pretende, como en estos autos, una acción con base en la propiedad horizontal reconocida en el artículo 396 del Código Civil y, al mismo tiempo, reivindicatoria, apoyada en el 348 del mismo Código. La intención de los contratantes de no incluir el patio litigioso en el arriendo de la lonja está clara, pues se deduce de los requerimientos de desalojo desatendidos y la promoción del posterior juicio declarativo

FIJACION DE RENTA.—NO SE DISCUTIA LA NULIDAD DEL CONTRATO, YA QUE LAS PARTES LO UNICO QUE QUERIAN ERA FIJAR LA RENTA DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Aranda estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa la casación. La Audiencia declaró la nulidad del contrato por inexistencia del mismo. Pero al desestimar la demanda ha desconocido los términos del debate que las partes reducen exclusivamente a la fijación de cuantía entre 60.000 y 135.000 pesetas, y ha aplicado de oficio un artículo como el 1.261 del Código Civil que en modo alguno ha sido alegado y ha declarado una nulidad absoluta que no se somete a su decisión. Se hace notar el defecto de la sentencia que veda la *reformatio in peius*, como supone negar la existencia de un arrendamiento reconocido por las partes, cuyo precio se establece en 60.000 pesetas, conforme a lo pedido por los demandados.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTE UN CONSENTIMIENTO TACITO DE LA ARRENDADORA AL CAMBIO PRODUCIDO EN LA PERSONA DEL ARRENDATARIO REVELADO POR ACTOS INEQUIVOCOS. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 19 de Madrid desestima la demanda, lo que confirma la Audiencia.

No procede la casación. Dice el recurrente que, desde la formalización del contrato la arrendadora conocía que los locales iban a ser explotados desde un principio por la sociedad demandada, sin que se pueda hablar por tanto de mutación en los elementos personales del contrato. Pero no puede admitirse el documento de 23 de septiembre de 1983, habida cuenta de su carácter simulado que no puede por menos de reconocer la recurrente en su demanda, si bien bajo el fútil pretexto de aceptar su calificación como contrato de arrendamiento para evitar un litigio sobre esa calificación, a lo que tampoco se opone el hecho de que la sociedad no se constituya hasta el 15 de noviembre de 1982 y su inscripción en el Registro Mercantil tiene lugar en abril de 1983, ya que los contratos hechos por los gestores de la sociedad en formación pueden ser eficaces para la sociedad si lo acepta en los términos legalmente establecidos. La sentencia recurrida afirma la existencia de un consentimiento tácito de la arrendadora al cambio de la persona del arrendatario, revelado por actos inequívocos que demuestran la voluntad del agente cual aquí acontece, como se desprende de los recibos aportados que demuestran el asentimiento de la propiedad a la mutación del usuario.

TANTEO.—NO EXISTE TAL DERECHO PORQUE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO AL IR LIGADO A LA RELACION LABORAL ESTABA EXCLUIDO DE LA LEGISLACION ESPECIAL Y ADEMAS EL ACTOR HABIA DEJADO CADUCAR LA OPCION DE COMPRA QUE LE CONCEDIO LA EMPRESA. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Puertollano desestimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación

No se admite la casación. El arrendatario pidió el derecho de tanteo a «Repsol», de cuya empresa era trabajador, desestimando la pretensión ambas instancias, ya que el contrato arrendaticio era derivación de la relación laboral, estando excluido del ámbito de la LAU como declaró la Magistratura de Trabajo número 1 de Ciudad Real al manifestar que, extinguida la relación laboral, se extinguió la relación arrendaticia, ya que el artículo 2.3 LAU excluye de su regulación el uso de las viviendas que los asalariados tuvieran por razón del cargo, y además el actor rechazó la propuesta que le hizo la empresa para que adquiriera la vivienda, de forma que la opción de compra que se le concedió había perdido su vigencia. No puede admitirse la infracción del Real Decreto 484 de 1984, de 29 de febrero, que autorizó a las empresas a vender a sus inquilinos, trabajadores y jubilados las viviendas que hubieran construido con destino al alojamiento de los mismos, ya que se le concedió la opción, que no se ejerció en el plazo concedido sin que pueda hablarse de derecho de tanteo por ser inexistente, al no acreditar los requisitos que dan lugar a su nacimiento.

DESAHUCIO —EL CAMBIO DE LA DENOMINACION SOCIAL DE LA ENTIDAD ARRENDATARIA RESPECTO AL PREVISTO EN EL CONTRATO NO ES CAUSA DE RESOLUCION. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 8 de Sevilla estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Tiene éxito el recurso de casación. La subrogación en el arrendamiento se hizo no a favor de «Hogar Juvenil, S. A.» sino a «Hogar Juvenil Niños, S. A.» que es la que se inscribió en el Registro Mercantil, por lo que al ser persona distinta constituye una cesión del derecho arrendaticio que según la sentencia recurrida es causa de resolución. Pero de la cláusula de 15 de septiembre de 1983 se deduce que la subrogación se había de producir a favor de una sociedad anónima, aunque se mencionase su nombre, pero éste no es un dato intocable ni inmodificable, y la única condición suspensiva a la que se sujetó la subrogación era la inscripción en el Registro Mercantil, y es lógico entender que la mera adición de la palabra «niños» a la denominación social prevista no suponga un cambio de personalidad de la misma y que eso sea suficiente para enervar el derecho de traspaso autorizado. El cambio de denominación social en el caso de haberse inscrito con la primitiva prevista, no supondría causa de resolución y, por lo tanto, tampoco puede extenderse al cambio de denominación al producirse la subrogación autorizada por la referida cláusula arrendaticia.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO *Los actos presuntos* Monografías jurídicas. Marcial Pons, Madrid, 1995.

Una vez incorporado a mi tarea de lector y recensionista, noto que me está empujando con mucha insistencia el sacar a la luz cuanto antes esta monografía que tengo leída hace tiempo y que me dio muchas tranquilidades sobre la teoría de los actos «presuntos» y el «silencio» administrativo. Mis conocimientos sobre esos puntos no han sido pacíficos, aunque curiosamente en mi «parcela hipotecaria» uno de los grandes ejes dominantes sea el mundo de las «presunciones» con el trasfondo del logro de la «seguridad jurídica». El «silencio» —que en el fondo rechazaba el diálogo en forma un tanto grosera— no era más que una emanación del poderoso, para que el ciudadano pudiera recurrir, concediéndole ese derecho. Estos límites que yo ponía a los conceptos oscurecían las figuras que con esta monografía se me van clarificando. Si quiero apuntar que mi conocimiento limitado no llegó nunca a la alergia legislativa que se desprende del Real Decreto de 16 de septiembre de 1994, que trata de explicar el «**silencio positivo**» al recurso gubernativo de la legislación hipotecaria.

La confusión farragosa de la nueva regulación hecha por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no debe ser obstáculo para el intento de una precisión de conceptos, cosa que el autor realiza y que estimamos necesario anticipar para que nos sirva de buena andadera en este camino de la recensión. El silencio —dice el autor— no es tanto una vía de acceso al recurso administrativo o judicial, cuanto un medio de cubrir las conductas omisivas. Es decir, se trata de un «**deber de resolver**» expresamente. Estaremos ante un silencio positivo y no una mera facultad de reacción (silencio negativo), cuando de él se deriva la adquisición de algún derecho, exigiéndose por el Ordenamiento jurídico, como parte del presupuesto de hecho para la producción del silencio mismo, la adecuación a Derecho de aquello que, transcurrido el plazo, ha de entenderse otorgado. Ello supone un distanciamiento en la técnica del «acto presunto», si como parece se le quiere concebir de la forma más parecida a un verdadero acto administrativo.

Creo que con esta explicación extraída de la letra de la monografía podemos estar ya en el buen camino para ofrecer el contenido del estudio y sus posibles conclusiones. Consta la publicación de siete partes, una lista bibliográfica y un índice sistemático. En esas partes en que se estructura el estudio se van reflejando los temas fundamentales de la distinción entre silencio y acto presunto, el concepto preciso de este último y su régimen jurídico, la situación de la teoría del silencio después de la nueva Ley, referencias al derecho comparado y las conclusiones a que el autor llega con su crítica posición. Debo respetar cada una de estas partes, en este resumen del contenido monográfico.

Antes de abordar estas sucesivas separaciones del estudio conviene hacer una alusión a la Introducción en la que el autor precisa el interés del trabajo y las pretensiones legislativas de la nueva regulación en la Ley anteriormente citada. Se dice —con grandísima razón— que estamos ante una pieza más de nuestro sistema de Justicia administrativa, una inevitable consecuencia o subproducto de una exagerada forma de entender el lógico carácter revisor que, como a cualquier otro orden judicial, cuadra al contencioso-administrativo. Aunque la Exposición de Motivos de la nueva Ley trata de explicar las innovaciones, «resulta difícil saber exactamente en qué consiste la innovación». En el texto de la Ley no hay alusión alguna al silencio administrativo y sí se califica los supuestos de inactividad formal como *actos presuntos* (arts. 43, 44, 62, 102, 105 y 117).

A. RELACIONES ENTRE SILENCIO Y ACTO PRESUNTO

Partiendo de los conceptos que al iniciar estos comentarios hicimos, se hace preciso —siguiendo al autor— considerar que el silencio administrativo —positivo o negativo— no constituye acto alguno. No hay acto administrativo de ningún tipo. En esta concepción, silencio y acto quedan totalmente disociadas, depurada aquella técnica de la necesidad de «inventar» un acto para cumplir con los prejuicios del tan traído y llevado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Ley vigente —sigue diciendo el autor— contempla la inactividad formal desde la perspectiva de la actividad administrativa, preocupada por asegurar el cumplimiento de la obligación de resolver (art. 42.1) en los plazos establecidos (art. 42.3). Para ello articula la técnica del «acto presunto», en virtud de la cual éste va a cubrir el hueco producido por el incumplimiento de la Administración. A partir de ahora no será posible la inactividad formal de la Administración: ésta resolverá siempre, si no de modo expreso, sí al menos de modo presunto.

B. EL ACTO PRESUNTO COMO CATEGORIA JURIDICA

La consideración del acto presunto en la nueva normativa pretende ser «renovadora» de la doctrina anterior que se apoya —según el autor— en un «cambio de denominación» para designar la técnica de reacción contra la inactividad formal; en «una nueva ubicación sistemática» que coloca el acto presunto directo dentro de la «actividad de la Administración», lo que supone una actividad beligerante frente a la pasividad de las mismas; la aplicación de las «causas de nulidad» a los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico (art. 62.1). Para concluir este singular estudio, el autor se refiere a dos cuestiones: la utilización de expresiones inadecuadas para lograr la finalidad apuntada y el problema de la desestimación presunta de los recursos administrativos.

Después de precisar las conclusiones de lo expuesto, el autor aborda el tema de la construcción dogmática del acto administrativo presunto o, lo que es lo mismo, su naturaleza jurídica. En esta configuración estudia tanto el acto presunto positivo, como el negativo, llegando a la conclusión de que estamos ante «verdaderas ficciones apoyadas en la voluntad de la Ley».

C. REGIMEN JURIDICO

Para exponer el régimen a que deben sujetarse los actos presuntos en la nueva normativa, el autor elige tres puntos claves: la explicación de una opción metodológica ante una regulación ambigua, la obligación de la Administración pública de resolver expresamente, y el incumplimiento de esa obligación de resolver, que supone el acto presunto. Ni que decir tiene que al estudiar la obligación de resolver se expongan el fundamento en que se apoya, la naturaleza, el ámbito de la misma, los plazos y la extinción. Por su parte, en el estudio del acto presunto se destacan los requisitos, su consideración legal, la eficacia del mismo, las diversas clases de actos presuntos, su invalidez, su revisión y las responsabilidades que surjan.

D. EL SILENCIO DESPUES DE LA NUEVA NORMATIVA

El autor considera que la teoría del silencio administrativo no ha quedado arrumbado como una «antigualla inservible», pues a su entender hay tres supuestos que así lo demuestran. la vía administrativa previa al ejercicio de acciones civiles o laborales (Título VIII), la vía administrativa previa a la interposición del recurso contencioso-administrativo para proteger los derechos fundamentales (Ley 62/1978, de 26 de diciembre) y el procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas (Reglamento de Procedimiento Económico-administrativo, aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 2 de agosto)

E. DERECHO COMPARADO

Fundamentalmente se refiere a la normativa portuguesa del año 1991, donde se habla de «estimación y desestimación tácita». También se refiere a la Ley italiana de 1990 que sigue apegada a la teoría del silencio. El sistema francés que impone la necesidad de un previo pronunciamiento administrativo, admitiéndose el silencio positivo en casos excepcionales. El derecho alemán —por último— exige que la reclamación del particular frente a la Administración se base en una omisión ilegal y que lesione sus derechos

F. CONCLUSIONES

El esfuerzo sincero del legislador —dice el autor— tropieza con las complejidades creadas y con la técnica de fondo: la técnica de la ficción que no siendo ilegítima tiene, sin embargo, innegables limitaciones. A esta crítica añade posibles alternativas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ALVAREZ CAPEPOCHIPI, J. A.: *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Editorial Comares, Granada, 1995.

Con un poco de retraso sobre mi promesa recensionista hecha al autor en ocasión de la presentación de mi «Libro homenaje» y reiterada posteriormen-

te por carta, abordo estas notas con el «propósito de la enmienda» para lo sucesivo, pues cuando uno convalece siempre existen motivos que justifican la tardanza. Y esa tardanza no quita interés y actualidad al gran tema de las «preferencias», que precisamente es crucial en un sistema basado en la «prioridad» que es, de una parte, medio de solución de conflictos entre derechos incompatibles y, de otra, base sustancial para el pacífico entendimiento de la «seguridad jurídica».

No obstante, recensionar este trabajo resulta sumamente difícil y no porque el estudio carezca de claridad, de argumentos, de sistemática expositiva y de criterio uniforme, sino porque línea a línea se abre entre el lector recensionista y el autor un impresionante abismo, una especie de zanja profunda difícil de llenar que permita acercamientos, y a medida que se avanza en la lectura es preciso sujetar el caballo de la crítica para lograr la asepsia que toda recensión exige. Tiempo habrá en que se puedan discutir serenamente las posiciones del autor y, por ello, voy a procurar eliminar de esta recensión cualquier tipo de opinión, limitándome a exponer la que el autor vierte línea a línea, página a página, en su estudio monográfico.

Solamente quiero ofrecer al posible lector de estas líneas unos párrafos que entresaco del estudio, para que comprenda que un hombre que ha dedicado miles de horas al estudio del sistema hipotecario y cree en sus excelencias, tropieza con dificultades casi insalvables para lograr una objetividad. Dice el autor: «la titulación pública si ha nacido para erradicar las cargas ocultas y fundar el derecho patrimonial sobre los principios de especialidad y certeza, no ha servido como sistema exclusivo de publicidad de la propiedad y de los derechos reales sobre los bienes, porque la publicidad del registro es meramente ideal y no alcanza el grado de realidad de la publicidad de la posesión, y por otra parte el título inscrito no incorpora un testimonio incontestable sobre la causa del acto inscrito. La conclusión es que la función primordial de la titulación pública (notarial y registral) no es probar o garantizar el derecho de propiedad frente a terceros, sino servir de instrumento de organización del sistema financiero moderno (inoponibilidad de títulos no inscritos, fehaciencia de la fecha), y en particular de ordenación del crédito, atribuyendo rango a los créditos y preconstituyendo la prueba del crédito y su oponibilidad en el concurso y en las tercerías...»

El estudio monográfico se estructura en ocho capítulos y va precedido de un sumario. No contiene bibliografía, pero sí citas a pie de página, tanto de trabajos como de jurisprudencia. Para mí sería fácil agrupar materias y simplificar los diferentes capítulos, pero ya que discrepo en el «fondo», voy a respetar la «forma».

CAPITULO PRIMERO

Se destacan por el autor las ideas de la inseguridad jurídica propia del antiguo régimen, frente a la revolución liberal, así como la configuración de la hipoteca íntimamente unida al sistema financiero, aunque el Registro fuera algo mucho más importante y decisivo que la organización de la hipoteca. Con ello se enlaza la cuestión de la titularidad en el momento de la prueba de la propiedad y la autenticidad de la documentación. La publicidad se convierte en el instrumento a través del cual se pretende edificar un derecho patrimonial, pero ello no se logrará sin una reforma profunda del derecho

material y formal civil. Ello guarda relación con la modificación del sistema de responsabilidad patrimonial y la tutela del comprador.

CAPITULO SEGUNDO

Como título genérico se adopta el de «Autenticidad documental y los orígenes ciertos del derecho patrimonial». Dice el autor que los liberales encontraron algo distinto de lo que pretendían, ya que buscando la publicidad registral encontraron el valor del documento auténtico y de la especialidad. Pero tanto el documento como el Registro son insuficientes para la prueba de la propiedad y de la identidad material del objeto del derecho.

CAPITULO TERCERO

Destaca el autor la serie de limitaciones que la titularidad pública tiene como origen cierto del derecho patrimonial, considerando que pretender crear un sistema seguro de prueba de la propiedad, es algo más que hacer de la ordenación formal del Registro y el protocolo, el fundamento de un derecho patrimonial preferente. Ello le lleva al estudio del problema del origen, la prueba cierta del encadenamiento causal, la posesión de la tierra y su repercusión en el procedimiento ejecutivo y concursal, la verosimilitud del título y la causa y la reacción frente al fraude.

CAPITULO CUARTO

Bajo las ideas apuntadas en el comienzo de estas líneas y que sirven de encabezamiento o arranque de este capítulo, el autor va perfilando la preconstitución pública del rango del crédito, la naturaleza del crédito y del privilegio crediticio, para pasar al estudio de los principios del Código Civil, la distinción entre privilegios civiles y mercantiles, el propio concepto de privilegio y la distinción existente entre privilegio y derecho real de garantía.

CAPITULO QUINTO

Se destina el capítulo al estudio de los privilegios especiales distinguiendo un conjunto de ellos, de los que se fundan en la inscripción registral. Entre los primeros se contemplan el superprivilegio de la Hacienda Pública, de los aseguradores, el crédito salarial, los derivados de la propiedad horizontal, los derivados de los contratos de servicios en el transporte naval y aeronaves. Ofrece la problemática del conflicto de privilegios. Los derivados de la inscripción registral los configura como conectados con el rango crediticio. También incluye las anotaciones preventivas y las cédulas hipotecarias.

CAPITULO SEXTO

Integralmente se ocupa este capítulo de los privilegios refaccionarios en su concepto, en su versión del Código Civil, en su fundamento, sus clases y los que recaen en la refacción mobiliaria

CAPITULO SEPTIMO

Genéricamente se estudia el privilegio, su carácter escriturario, los generales tributarios, los salariales, los de alimentos, funerarios y concursales y los créditos escriturarios a los que dedica buena parte del capítulo planteando su concepto, fundamento, clases y conflictos de rango y preferencia.

CAPITULO OCTAVO

En el último, como hemos apuntado, dedicándose a la realización procesal del rango del documento público y estudiando sus propias características, el título y el embargo, así como la materia de las tercerías.

Esta versión sintética —casi de índice— no me deja satisfecho y, por ello, debo acabar con el origen de la frase: «Hasta verte, Jesús mío». En el fondo de los jarros de vino que utilizan los monjes para beber su ración, dicen que había pintada la cara de Jesús, por lo que los monjes al apurar el contenido exclamaban la frase apuntada. Al cerrar esta recensión va mi despedida. ¡Hasta más verte, José Antonio, hablaremos!

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DOMENGE AMER, B.: *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, Universidad de las Islas Baleares, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1996.

El principio de «libertad» que forma el lema de la Revolución francesa, junto a sus hermanas «igualdad» y «fraternidad», me ha sonado siempre a «presupuesto intencional». La libertad nunca —o casi nunca— ha pasado de ser una intención, ya que siempre —o casi siempre— ha estado rodeada de prohibiciones. Resulta tremendo que de nuestros diez mandamientos, casi todos llevan el «no» por delante. Hay un refrán o dicho que afecta a la norma: «Hecha la ley, hecha la trampa», y la trampa ha sido siempre el «Reglamento», y de eso sabía mucho Romanones. Esto nos pasa por ser un pueblo de leyes y no de Derecho... pero también en Roma había prohibiciones. Mi predilección por el tema del que trata esta monografía es antiguo y se enlaza con una discusión escrita que tuve con un compañero y que creo está solucionada en el trabajo del autor. No es esa la razón de la recensión, ya que la materia lo exige y el contenido de la publicación lo demanda.

El estudio monográfico lleva un prólogo del Catedrático de Derecho Civil ENRIQUE RUBIO TORRANO quien, en el mismo, nos presenta al autor y ofrece un comprimido resumen del contenido de la obra. Dice el prologuista que el autor es abogado y profesor universitario. Esa doble condición le sitúa en inmejorables condiciones para, de una parte, sedimentar la experiencia adqui-

rda en el intenso ejercicio profesional y, de otra, en esa labor investigadora cuyo fruto actual es el tema del estudio que recensamos.

Circumscribida la monografía al ámbito de las prohibiciones voluntarias es evidente que el gran problema de las mismas está en el principio de la autonomía de la voluntad y el juego que las mismas pueden tener en los diferentes negocios jurídicos. Hay que apresurarse a decir que el estudio es fácil de leer, pues está escrito con una gran claridad, lo que supone, de una parte, el dominio de la materia y de otra, el ofrecer desde planos comprensibles un conjunto de problemas que juegan al corro con la institución dominical. Para ello el autor divide o estructura el contenido de su obra en cuatro grandes capítulos que van desde el planteamiento conceptual, hasta la extinción, pasando por la problemática de la naturaleza jurídica y el ámbito de actuación de la prohibición.

Abre la obra un índice sumarial y la cierra una abundante bibliografía que supone un concienzudo y profundo estudio. La recensión queda vinculada a los diferentes apartados que el autor nos brinda y, por supuesto, tiene únicamente la función objetiva de ofrecer en forma sintética el contenido de la materia, pues se esté o no de acuerdo con el criterio mantenido por el autor, no es éste ni el lugar ni la ocasión para señalar las posibles discrepancias, que son mínimas. Por ello, como es tradicional, destacamos estas partes:

A. PLANTEAMIENTO CONCEPTUAL

Tres puntos fundamentales aborda el autor para situar al lector en materia: la facultad de disposición, las limitaciones al ejercicio del contenido del derecho subjetivo y el marco normativo de las prohibiciones de disponer.

El autor parte, en el arranque de la monografía, de la exposición que el Código Civil hace de las facultades del dominio —pues no considera al art. 348 como definidor del mismo— y se fija fundamentalmente en la «facultad de disposición» para estudiarla como elemento «externo» al derecho subjetivo, como algo que se engloba en la *facultad de goce*; como exponente máximo del derecho subjetivo y como elemento integrante del mismo. El autor considera que si bien la doctrina en general entiende que goce y disposición son las que parecen agotar el contenido del mismo, se hace preciso recordar la facultad «reivindicatoria» y alguna más, aunque debe reconocerse que el goce y la disposición son los exponentes del valor en uso y el valor en cambio.

El segundo tema que aborda es el de las «limitaciones» estudiadas en forma general, en su clasificación, en su proyección negocial y en el juego que sobre el poder dispositivo ejercen. El autor afirma que el titular del derecho subjetivo es, a su vez, el titular de la facultad de disposición, pero ese planteamiento puede romperse concediendo esa facultad a una tercera persona (excluyente o compartida) o por la limitación del *ius disponendi* por su titular originario, sin desmembración a otra persona.

Concluye esta parte con el examen de la normativa del Código Civil, de la Ley Hipotecaria, de la Compilación del Derecho Civil de Navarra (que admite las limitaciones de disponer en negocios onerosos), el Código de sucesiones de Cataluña y la Ley de ventas de bienes muebles a plazos.

B. AMBITO DE ACTUACION DE LA PROHIBICION

Las dos vertientes de que se vale el autor para ofrecer al lector el ámbito en que se mueve o debe moverse la prohibición de disponer suponen, de una parte, el juego del tiempo o la temporalidad que se admite o impone y, de otra, la quiebra material del principio de autonomía de la voluntad sometido a la normativa legal. Ello lleva en la primera vertiente a la exposición de la prohibición en los actos a título gratuito, en los onerosos, la llamada «limitación de segundo grado», las limitaciones de disponer de las personas jurídicas, fórmulas que se acercan a la prohibición y el problema del incumplimiento de los límites temporales.

En la otra vertiente y, partiendo de un concepto muy genérico de la prohibición («toda modificación jurídica de un bien o derecho, a través de su transmisión, gravamen o extinción»), el autor se sujeta a la inevitable interpretación de la autonomía de la voluntad negocial y así va examinando los casos de la venta, la permuta, la adjudicación, la aportación social, donación, derechos de garantía, derechos reales de adquisición, derechos de goce, enajenación forzosa, anotación de embargo, transmisión *mortis causa*, división de cosa común y obligar bienes.

C CONFIGURACION JURIDICA

Esta parte —que en el deporte ciclista se denomina la «etapa de la montaña»— ofrece el estudio en el que el autor brinda la precisión de la «naturaleza jurídica» de la figura, examinando previamente su estructura y distinguiendo los sujetos intervinientes (concedente, gravado y beneficiario), sus elementos reales y formales, así como el interés legítimo que avala la misma. El tema luego se concreta en el problema de la causa lícita y de su juego en la institución.

Avanzando más en el intento de diseñar jurídicamente la prohibición, el autor se inclina por la tesis de la no necesidad de que a la misma acompañe una correlativa atribución de derecho alguno (problema que machaconamente se ha intentado sostener y en el que me permití opinar en varias ocasiones, sin mucho éxito). No podían faltar los estudios del carácter personal o real de la prohibición y la problemática que la figura plantea frente a otras que guardan ciertas semejanzas: disposiciones modales, obligaciones de no disponer, derechos intransmisibles, indisponibilidad objetiva, falta de legitimación, prohibiciones legales, judiciales y administrativas, derechos de adquisición preferentes, sustituciones fideicomisarias, reservas de dominio, situaciones interinas, usufructo, donaciones con reserva de disponer, etc. A ello se añade, como no podía ser menos, los efectos que la prohibición y su incumplimiento producen, así como el juego del condicionamiento en su régimen.

D. EXTINCION

Divide en su estudio el autor las causas de extinción genéricas (plazo, condición resolutoria y expropiación forzosa) y específicas que van desde el estado de necesidad hasta la resolución judicial, pasando por la extinción de la finalidad, el interés, el consentimiento, violación del límite legal, voluntad

del disponente, autorización de la persona designada, pago, indisponibilidad, etc.

Llegando al final del contenido de la monografía, entiendo que la inevitable forma esquemática que exige la recensión debe superarse leyendo con cierto detenimiento la publicación y meditar sobre cada uno de los problemas que en ella se ofrecen, para intentar adecuar a la práctica la teoría de los mismos sustentada por el autor. Como su lectura es fácil y el tema apasiona, es preciso agradecer al autor el haber abierto caminos para, en ellos, hacer apeaderos que permitan reflexionar con esa calma que la prisa actual no tolera.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO: *El Derecho agrario de la Unión Europea*, Editorial The Book, 1996 Un tomo de 354 páginas.

El Tratado de Roma por el que se constituyeron las Comunidades Europeas contenía dos disposiciones programáticas en materia agraria en las que se establecía que el mercado común abarcaría la agricultura y el comercio de los productos agrícolas y que el funcionamiento y desarrollo de ese mercado común deberían ir acompañados del establecimiento de una política agrícola común entre los Estados miembros.

Esa política agraria comunitaria, la célebre PAC, de la que todos hemos oído hablar y pocos conocen bien, ha experimentado varios procesos de reforma, desde el Plan Mansholt de 1969, pasando por el llamado Libro Verde de la Comisión de 1985, hasta la reforma de 1992, la «penúltima» por ahora.

En ésta se procedió a la fijación de los nuevos precios agrarios, se adoptaron al mismo tiempo una serie de medidas de carácter estructural, jubilaciones anticipadas, apoyo a los productos herbáceos y medidas forestales y fomento de los métodos de producción compatibles con la protección al medio ambiente.

Por supuesto, estas medidas son necesariamente coyunturales y cambiantes, para ponerse de acuerdo con las circunstancias económicas y políticas imperantes en cada momento y más si Europa, que no vive sola en el mundo, ha de acomodarse a los demás mercados mundiales, como se establece en los acuerdos de la GATT. Por eso decíamos lo de «penúltima».

El Notario JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Doctor en Derecho y Profesor de la Universidad de Oviedo y, sobre todo, agrarista vocacional, nos ofrece con este libro una muestra más de su afán de investigar en el ámbito del Derecho agrario con su acabado estudio de la normativa en la Unión Europea. Ya en otras ocasiones hemos comentado en esta misma revista alguna de sus obras. En la que ahora presentamos nos confirma que estamos ante un gran estudioso en estas lides.

He recibido el libro con una afectuosa dedicatoria particular que agradezco. Pero la mejor dedicatoria es la impresa, la general de la obra, que va destinada «a los agricultores españoles, que esperan la sensatez de nuestros políticos como agua de mayo» Atinada expresión, muy campesina. Pero además, acertada. Porque hasta ahora, esa es la verdad, no se ha sabido o no se ha podido estar en condiciones de ponernos a la altura de las demás agriculturas de nuestros países vecinos, y hemos seguido tan sólo dando tropiezos, conformándonos con seguir a trancas y barrancas las líneas de las Directivas, un tanto a ciegas y no siempre con acierto. ¿Vendrán, por fin, como

estas deseadas aguas de mayo, esos políticos que acierten a diagnosticar y curar los endémicos males de la agricultura patria?

Un paso inicial, valioso, será conocer en qué consiste la célebre PAC, para que podamos ponernos a su rueda. Un paso que intenta y consigue nuestro amigo y compañero DELGADO DE MIGUEL con este libro completo, donde nos explica el nuevo ámbito del Derecho agrario, según la normativa comunitaria, con una información acabada.

En la introducción resalta el autor el progresivo intervencionismo del Derecho público en la esfera agraria, sobre todo en la fijación de los precios y en la orientación de los cultivos. En cualquiera de los Reglamentos comunitarios se observa una gran presencia de la norma administrativa por su contenido y su fin, como las disposiciones sobre mercados, jubilaciones, retirada de tierras del cultivo, transformación y comercialización de productos agrarios y fondos estructurales. Sin embargo, la verdad es que el Derecho agrario tiene por tradición un carácter marcadamente iusprivatista, pudiéndose encontrar en sus normas continuas referencias a las diferentes partes del Derecho civil, como en las personas, las obligaciones y contratos y en las sucesiones. De ahí deduce DELGADO DE MIGUEL la deseada conveniencia de una progresiva incorporación de civilistas agrarios que sepan resolver desde sus propios planteamientos los numerosos problemas de carácter jurídico privado que suscita la materia agraria.

Dado que considera al Derecho agrario en conexión con el espacio rural, entiende que al relacionarlo con la Unión Europea se caracteriza por ser un Derecho con vocación de funcionalidad, ya que en este caso trata de aplicar a nivel agrario los objetivos globales comunitarios tal y como figuran en el Tratado. Por ello, frente al natural inmovilismo tradicional del Derecho agrario, aquí se observa un continuo desarrollo, una gran dinamización y una patente dispersión normativa, todo ello para ponerse de acuerdo con los propios cambios de la sociedad y la aparición de un consumo creciente y de nuevas técnicas de producción agraria.

Como consecuencia, el autor imagina el futuro del Derecho agrario a base de una nueva configuración de las explotaciones familiares, una mayor importancia de la normativa ambiental, el fomento del fenómeno agroalimentario y de la agricultura a tiempo parcial, cada vez más frecuente.

Entrando en materia, en la primera parte del libro se ocupa de las fuentes normativas del Derecho agrario comunitario, empezando por decirnos cómo se enfoca la agricultura en el Tratado constitutivo de la Unión Europea, con los objetivos y principios de la PAC y que han desembocado últimamente en la reforma aprobada por el Consejo de Ministros de 21 de mayo de 1992. Se trata de eliminar los graves desequilibrios de los mercados agrícolas comunitarios mediante la implantación de un sistema de ayudas directas a los agricultores procedentes de los Fondos Estructurales.

En la parte segunda del libro se estudia la política de estructuras agrarias, donde el autor distingue tres etapas: hasta 1962 en que aparecen los primeros reglamentos, otra intermedia hasta 1984, donde se avanza en el intento de alcanzar los objetivos de la PAC, y la tercera, a partir del Reglamento de 1991. La reforma de 1992 pretende unos objetivos concretos encaminados a conseguir una agricultura competitiva a nivel internacional y para ello se acude a varias medidas, unas básicas con el objetivo principal del mercado, otras específicas para controlar los precios de ciertos productos y otras medidas de acompañamiento que pretenden mejorar el ambiente y regular los usos del suelo.

En la tercera parte se aborda la política comunitaria de transformación, comercialización y mejora de los productos agrarios, en especial el régimen de ayudas y que desemboca en la parte cuarta, donde se detalla lo referente a los llamados Fondos Estructurales, que constituyen el instrumento preciso para que las organizaciones del mercado alcancen sus objetivos. Estos Fondos tienen dos secciones: la de Garantía, que tiene por objeto la financiación de la restitución de lo que se exporta a terceros países, con intervención para regularizar los mercados agrícolas, la otra sección es de Orientación, que sirve para financiar las acciones decididas con miras a alcanzar los objetivos comunitarios. El autor recoge y explica toda la normativa referente a estas medidas.

La parte quinta se dedica al estudio de las organizaciones comunitarias de mercado y las agrupaciones de productores agrarios, con referencia al Reglamento base de cada una de ellas, recogiendo las modificaciones posteriores. En una cuidadosa labor de esclarecimiento de estas variables normas, el autor empieza por explicarnos los varios conceptos básicos necesarios para mejor comprender la materia, tales como la tasa de corresponsabilidad, lo que son precios indicativos y de intervención, etc. Desde ahí nos muestra una exhaustiva lista de organizaciones comunitarias, según los productos a que se dedican, desde el algodón hasta el vino, en veinte apartados bien nutridos.

Y en la parte sexta y última no podía faltar una extensa alusión al Derecho agrario ambiental en la Unión Europea, ya que DELGADO DE MIGUEL es conocido especialista en la materia. Aquí aplica sus conocimientos al ámbito europeo y nos dice que más del 70 por 100 de la normativa de la Unión se dirige a la agricultura, originando una extraordinaria riqueza de instituciones. Esta parcela jurídica tiene como característica el ser un auténtico núcleo interdisciplinar, en cuanto que la defensa del medio ambiente interesa a múltiples y variados sectores. Nos hace el autor una amplia exposición de sus principios inspiradores y de los medios más convenientes para la protección del medio ambiente dentro de la esfera agrícola comunitaria.

En resumen, esta obra nos muestra de modo muy completo este entramado aparentemente difícil del Derecho agrario europeo. Con este libro su autor contribuye de modo importante a que próximas generaciones de civilistas, entre ellos sus alumnos, se acerquen al Derecho agrario y sean juristas que busquen en la naturaleza la razón última del sentido de sus normas. En efecto, si se busca un auténtico Derecho, en ningún sitio mejor que en las relaciones que se originan de la tierra que nos sustenta y nos da alimentos.

Tanto los agraristas en ciernes como los ya en activo y los profesionales que trabajan en el ámbito rural aprenderán con este libro. Tiene un contenido atrayente y novedoso.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PUIG FERRIOL, LUIS: *Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia*. Año 1994, Consejo Superior de la Justicia del Principado de Andorra, Andorra la Vieja, 1996. Un tomo de 832 páginas.

En alguna otra ocasión nos hemos ocupado en estas páginas del sistema jurídico que rige las relaciones privadas del Principado vecino, constituido, como se sabe, por el Derecho común.

Este se ha ido conformando en el ámbito andorrano, según las sentencias de sus tribunales, a base de recoger las leyes del *Corpus Iuris Civilis* y las del *Corpus Iuris Canonici*, aunque recordando con frecuencia el Derecho civil catalán y acudiendo también a la costumbre, la tradición y el *seny* o buena razón. De este modo el Derecho vigente en los Valles se constituye sobre la base del *Corpus Iuris*, espiritualizado por el Derecho canónico y puesto al día por la doctrina de los tribunales y juristas. Se trata, pues, de una conjunción, no siempre fácil, entre el pasado y el presente: partiendo de instituciones tradicionales, se refleja un deseo latente de tender a la obtención de un sistema normativo y judicial más acorde con los tiempos y las necesidades del mundo actual.

Hasta la promulgación de la actual Constitución, el sistema judicial era, en síntesis, el siguiente:

En primera instancia, la justicia se administraba por los Batlles, magistrados andorranos en número de cuatro, dos nombrados por el Copríncipe-Obispo de Seo de Urgel, y otros dos por el Copríncipe francés, que actúan en juzgado único. El demandante podía elegir entre los Batlles franceses o los episcopales, y la jurisdicción elegida quedaba como única competente.

En apelación había una jurisdicción común a los dos Copríncipes. Se trataba del Juez único, Magistrado que cambiaba cada cinco años, designado alternativamente por cada uno de los Copríncipes.

Y había, por fin, la posibilidad de una segunda apelación, con dos opciones como en la primera instancia. Cada uno de los Copríncipes había confiado el conocimiento de este segundo recurso, última instancia, a una jurisdicción colegial constituida por un Tribunal Superior, formado, el del Copríncipe-Obispo, por juristas habitualmente de Barcelona, y el del Copríncipe francés, integrado por juristas de Perpignan.

La Constitución del Principado de Andorra de 28 de abril de 1993, complementada en este punto por la Ley Cualificada de la Justicia de 3 de septiembre siguiente y la Ley Transitoria de Procedimientos Judiciales de 21 de diciembre del mismo año, ha venido a modificar el expuesto sistema judicial del Principado.

Según el artículo 85 de la Constitución, la Justicia es administrada, en nombre del pueblo andorrano, por jueces independientes e inamovibles en el ámbito de sus funciones propias y sometidos tan sólo a la Constitución y a la Ley.

La nueva regulación supone un cambio importante en la organización judicial andorrana. Se han extinguido los dispares tribunales existentes, sustituyéndolos por los actuales, que han iniciado su actuación a partir del 2 de enero de 1994.

Según el sistema actual, las controversias de cariz judicial en materia civil se plantean en primera instancia ante la Batllía de Andorra, con competencia en todo el Principado, y la apelación o segunda instancia es única y tiene lugar ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Principado, el cual resuelve definitivamente y en última instancia las cuestiones de orden civil, mercantil y laboral, estas últimas referentes a materias sobre el contrato de trabajo.

Por tanto, desde enero de 1994 han desaparecido las antiguas instancias ante los Tribunales de la Mitra y de Perpignan y el Juzgado de Apelaciones y a título transitorio, para los pleitos que se encontraban en curso, se concede

la apelación ante la Sala de lo Civil del ahora creado Tribunal Superior de Justicia.

Bajo la autoría del Magistrado de esta Sala, Doctor don LUIS PUIG FERRIOL, Catedrático de la Universidad de Barcelona, el Consejo Superior de la Justicia del Principado de Andorra ha recogido en este volumen que presentamos las 213 resoluciones que se han dictado por la Sala de lo Civil en el año 1994, más otra del Pleno del Tribunal Superior referente a la responsabilidad del Estado por daños ocasionados por error judicial, en la cual había que dilucidar como cuestión previa la competencia del propio Tribunal en cuestión de recursos.

En el libro se recogen, por orden cronológico, las 214 resoluciones dichas, con su texto completo. Son 160 sentencias y 54 autos; el porcentaje aproximado del resultado de las apelaciones se resume por el autor en un 60 por 100 de desestimaciones, un 14 por 100 de estimaciones y en el resto hubo desistimiento de los apelantes.

El contenido de las resoluciones es, por supuesto, bastante variado, siendo los pleitos más numerosos los referentes a los arrendamientos urbanos y a las cuestiones laborales. Y se hace notar algo bastante positivo: La justicia de Andorra es, en general, rápida, ya que lo corriente es que no pase de un año el tiempo transcurrido desde la fecha inicial de la demanda hasta la resolución definitiva por la sentencia de apelación.

El libro está escrito en catalán, idioma oficial del Principado. Termina con un útil índice alfabético de conceptos que facilita la busca de las sentencias que interesan.

Tal como se dice en la nota introductoria, supone un buen medio de trabajo para los estudiosos del Derecho andorrano y en especial para los juristas que por imperativo profesional hayan de invocar y aplicar los preceptos que constituyen su ordenamiento.

Porque consideramos esta recopilación de gran utilidad, agradecemos el envío que nos ha hecho el Consejo Superior de la Justicia de Andorra y hacemos gustosamente su presentación, mediante este resumen, de su contenido.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PÉREZ CRESPO, ANTONIO *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y del estado legislador. especial referencia al trasvase Tajo-Segura*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Contestación de Emilio Pérez Pérez. Murcia, 1996. Un tomo de 170 páginas.

Siempre leemos con atención estos discursos de ingreso en las Academias jurídicas porque contienen estudios bien elaborados y llenos de buena doctrina. La Real de Legislación y Jurisprudencia de Murcia ha recibido últimamente a varios académicos que han rayado a gran altura científica, tal como hemos podido reflejar en nuestras páginas.

Igual ocurre con el discurso que hoy presentamos, el cual se refiere a un tema apasionante, desarrollado por un autor apasionado. Se trata, nada menos, que del problema angustioso de la escasez de agua en Murcia, que se agudizó con la gran sequía del año pasado, visto por un jurista que toca de cerca los problemas que esta escasez produce en aquella economía regional.

Más de dos años serví al Registro de la Propiedad de Totana y allí pude vivir a pie de obra y oyendo a los agricultores, lo que supone que haya o no agua en los canales de riego y en los pozos y por eso comprendo el acaloramiento que pone el autor al defender su tesis de que los huertanos tienen un derecho preferente e inviolable a regar sus tierras con los líquidos del Tajo.

Pero da la coincidencia de que también serví, antes, en la década de los años sesenta, los Registros de Sacedón y Pastrana, a orillas del Tajo, en la provincia de Guadalajara. Los pantanos de Entrepeñas y Buendía fueron una obra enorme, casi faraónica, que convirtieron aquellos antes secos valles en un grandioso embalse, que ha sido llamado, creo que sin eufemismo, «Mar de Castilla». En aquella época, en que aún no habían empezado las sangrías, el embalse estaba siempre lleno hasta rebosar por los aliviaderos y constituía un panorama de agradable contemplación, pues tenía una belleza realmente impresionante. Pronto aparecieron algunas urbanizaciones y chalets en sus orillas, dando origen a un floreciente impulso turístico.

En el partido de Pastrana, donde está el embalse de Bolarque, que también se cita en el trabajo, se construyó poco tiempo después la central nuclear, que no es de Zorita, como suele decirse, pues está en el término de Almonacid de Zorita, la cual empezó a mermar también para sus usos industriales el agua del Tajo.

Y ya después vino el trasvase Tajo-Segura de nuestras preocupaciones, que levantó entusiásticas ilusiones en todo el sureste español y provocó una desmedida afición a agrandar los regadíos sin tasa, sin orden ni concierto. Las propagandas más o menos triunfalistas vinieron a decir que Murcia tendría toda el agua que necesitase y mucha más, y por eso se multiplicaron esas puestas en regadío, incluso con la acción oficial del IRYDA.

Las realidades posteriores en forma de sequías, siempre pertinaces según el dicho manido de los políticos y los periodistas, han venido a presentar después un panorama muy distinto: No hay agua suficiente, ni para la huerta murciana ni para otras necesidades no menos perentorias.

Y aquí me estoy refiriendo al tercer punto que toca el autor en su discurso, o sea, el tirón de aguas para tratar de salvar el secarral sobrevenido a «Las Tablas de Daimiel», ocasionado también por el abuso desaforado de abrir pozos para crear regadíos y más regadíos. Estos pozos han agotado el inmenso acuífero subterráneo que existía bajo La Mancha ciudarrealena, hasta el punto de que tanto en la capital como en varios importantes núcleos urbanos de la provincia llegó a escasear en el verano del 95 el agua para lavarse y hasta para beber. Y otra vez se ha acudido al Tajo para intentar solucionarlo; una sangría más. Soy manchego, «veraneo» en mi pueblo, Puertollano, y conozco el problema también de cerca.

Por todo ello, me ha causado impresión el alegato vivísimo contenido en este discurso y que no tiene desperdicio. El autor hace una exposición detallada del iter parlamentario de la Ley del Trasvase, en la que tuvo intervención personal y por ello conoce bien. Estudia a seguido las disposiciones posteriores que han venido a limitarla, podando en cierto modo las expectativas que se concedieron al principio.

Hace un sereno y documentado estudio del tema de la responsabilidad de la Administración por los actos que produzcan lesión, analizando sus requisitos y supuestos a la luz de la doctrina y la jurisprudencia. Y a seguido, partiendo de esta base, llega a una conclusión que sólo la vemos plenamente justificada por la línea argumental con la que pretende la defensa de su tesis

Pero quizá sea algo exagerada y no totalmente defendible. Viene a decir que cuando el Estado dio una norma legal que produjo derechos a los regantes murcianos, tal norma debe ser inamovible; debe mantenerse el estatus reconocido, so pena de responder de los daños ocasionados por variaciones sobrevenidas

Pero no estamos seguros de que aquella Ley otorgase derechos, más bien serían expectativas. Pero aunque así fuese, las leyes pueden variarse y hasta derogarse por otras leyes posteriores, tal como se establece en el artículo 2º del Código Civil. Y las normas modificatorias tienen rango legal.

Por otra parte, la realidad se impone y el problema no se arregla con alusiones a la solidaridad. Si la justicia distributiva se basa en dar a cada uno lo que le corresponda, no se pueden alegar prioridades formales cuando el agua la necesitan todos y por diversas atendibles razones.

Aquí reclaman su parte, desde el Tajo al Segura, los pueblos ribereños de Entrepeñas que han visto convertido su mar en un riacho que sólo lleva fango, arruinando sus regadíos y sus sueños turísticos; igualmente reclaman las necesidades urbanas e industriales del curso medio del Tajo como la huerta de Aranjuez o las llanadas de Talavera de la Reina; también necesitan el agua los pueblos de La Mancha de Ciudad Real, y también, ¿cómo no?, los agricultores de Murcia, Alicante y Almería. La solidaridad debe aplicarse a todos y a todos debe llegar el agua, sin que nadie intente arrimar demasiado el ascua a su sola sardina. Y ante todo, deben evitarse los abusos: El que no haya abusado que tire la primera piedra.

Lamentaría que estas consideraciones no gustasen a mi gran amigo y antiguo compañero EMILIO PÉREZ PÉREZ, murciano de adopción, que fue Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura, que hace una contestación acertada al discurso y apoya la defensa de aquellos intereses, cosa natural. Pero como gran conocedor de los problemas del agua sabrá comprender que el fallo está en una defectuosa organización de los recursos hídricos a nivel nacional. No hay que echarle la culpa de todo al trasvase Tajo-Segura, que sólo es un aspecto parcial, sino que debe irse a una visión más amplia con encuadre en el deseado Plan Hidrológico Nacional. Lo mismo digo de una regulación nacional de los cultivos, para evitar alegrías y extralimitaciones injustificadas. Pero mientras sigamos con peleas de patio por las dichas competencias entre las distintas autonomías, no conseguiremos nada positivo.

Y, sobre todo, que llueva y mucho, que eso sí que lo arreglaría todo satisfactoriamente.

El trabajo del autor es concienzudo y profundo. La defensa de su tesis es ardorosa y justificada por las necesidades perentorias que vive aquella agricultura. Por eso merecería que se tomasen en consideración los buenos deseos expresados en este discurso que viene a prestigiar de nuevo a esta docta Real Academia de Murcia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 622-623 (Julio-Agosto 1996)

«Las detenciones ilegales», por EDUARDO MONER MUÑOZ, pág. 7937.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO — III. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.—IV. NOVEDADES DEL CODIGO PENAL DE 1995.—V. CUESTIONES QUE PLANTEA EL NUEVO TEXTO LEGAL.—VI. LOS DISTINTOS TIPOS DE DETENCION ILEGAL EN EL CODIGO PENAL DE 1995. A) TIPO BÁSICO: a) *Modalidades comisivas*. b) *Sujetos activo y pasivo del delito*. c) *Culpabilidad* d) *Formas imperfectas de ejecución* B) TIPOS PRIVILEGIADOS. C) TIPOS CUALIFICADOS D) RESOLUCIONES MANIFESTADAS.—VII. BIBLIOGRAFIA.

«Protección de la intimidad corporal. Aspectos penales y procesales», por ANGEL GIL HERNÁNDEZ, pág. 7949.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA INTIMIDAD COMO BIEN JURIDICO OBJETO DE PROTECCION PENAL 1. COMPLEJIDAD CONCEPTUAL. 2 RECONOCIMIENTO NORMATIVO. 3. PROTECCIÓN PENAL INESPECÍFICA. 4. NOCIÓN CORPORAL DE LA INTIMIDAD.—II. INTERVENCIONES CORPORALES: 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. 2. REGULACIÓN. 3. SUJETOS. 4. PRESUPUESTOS DE ADMISIÓN 5. MODALIDADES: 5.1. *Toma de muestras de sangre*: 5.1.1. ADN: 5.1.1.1. Habilitación legal. 5.1.1.2 Grado de certeza. 5.1.1.3. Determinación de la paternidad. 5.1.1.4. Procedimiento de hallazgo de la prueba. 5.1.1.5 Conclusión. 5.1.2. Determinación de la alcoholemia: 5.1.2.1. Requisitos y garantías. 5.2 *Cacheos y Registros*: 5.2.1. Garantías de la actividad policial. 5.2.2. Diferencias. 5.2.3. Derecho comparado. 5.2.4. Casos en los que procede en nuestra legislación 5.2.5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia propia. 5.2.6 Síntesis final. 5.3. *Toma de huellas digitales*. 5.4 *Toma de fotografías y muestras videográficas*. 5.5. *Muestras de voz y cuerpos de escritura*. 5.6. *Intervenciones corporales en el ámbito carcelario*: 5.6.1. Extracciones sanguíneas para la detección del SIDA: 5.6.1.1. Tipificación legal. 5.6.1.2. Justificación. 5.6.1.3. Supuestos anómalos de obtención. 5.6.2 Cacheos, registros y controles. 5.6.3. Cadena electrónica. 5.7. *Tratamientos sanitarios obligatorios*: 5.7.1. Delimitación del concepto «acto médico». 5.7.2. Fundamento constitucional 5.7.3 Régimen legal. 5.7.4. Intervención judicial.—III. CONCLUSION: 1. PLANTEAMIENTO. 2. DERECHO COMPARADO. 3. SITUACIÓN EN NUESTRO PAÍS. 4. REGULACIÓN PARCIAL. 5. SÍNTESIS FINAL.—IV BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

«La adopción internacional», por ISABEL LÓPEZ ORELLANA, pág. 8027.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: A) PERSPECTIVA SOCIOLOGICA B) MARCO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA. C) MARCO LEGAL ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA. D) DATOS SOBRE SOLICITUDES Y EXPEDIENTES TRAMITADOS DE ADOPCIÓN.—II. LA ADOPCION INTERNACIONAL EN EL DERECHO COMPARADO: A) CONSIDERACIONES GENERALES. B) TIPOS DE ADOPCIÓN EN LAS DIFERENTES LEGISLACIONES. C) ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN RUMANIA: 1. *Marco jurídico* 2. *Requisitos*. 3. *Tramitación*. 4. *Organo competente*. D) ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CHINA: 1. *Marco jurídico*. 2. *Requisitos*: a) Relativos al adoptante b) Relativos al adoptado. 3. *Forma de adopción*. 4. *Efectos de la adopción*. 5. *Organo competente*. 6. *Procedimiento*. a) Documentos constitutivos del expediente de solicitud de adopción. b) Tramitación: b.1. Trámites a realizar desde España. b.2. Trámites a realizar en China. b.3. Tramitación ante la Embajada de España en Pekín. E) ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN COLOMBIA: 1. *Marco jurídico*. 2. *Criterios de selección*. 3. *Tramitación*: a) Documentos del expediente. b) Asignación del menor por el ICBF. c) Comunicación de la adopción. d) Remisión de los informes de seguimiento. e) Comunicación del reconocimiento de la resolución extranjera en España. F) ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN BOLIVIA: 1. *Marco jurídico*. 2. *Procedimiento*. 3. *Situación actual*.—III. CONVENIOS INTERNACIONALES Y PROTOCOLOS BILATERALES EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL: A) DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS PRINCIPIOS SOCIALES Y JURÍDICOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS NIÑOS, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA ADOPCIÓN Y A LA COLOCACIÓN EN HOGARES DE GUARDA, EN LOS PLANOS NACIONAL E INTERNACIONAL. B) CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989. C) CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, HECHO EN LA HAYA EL 29 DE MAYO DE 1993: 1. *Requisitos* 2. *Procedimiento*. 3. *Reconocimiento y efectos*. D) PROTOCOLOS BILATERALES. E) CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. RESOLUCIÓN A3-0172/1992.—IV. LA ADOPCION INTERNACIONAL EN ESPAÑA: A) MARCO JURÍDICO B) ADOPCIÓN CON INCIDENCIA DE UNA CUESTIÓN DE EXTRANJERÍA: 1. *Adopción constituida por Juez en España*. 2. *Adopción constituida por la competente autoridad extranjera*. 3. *Adopción consular*. C) LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. *Consideraciones generales*. 2. *Memoria justificativa del Proyecto de Ley de Protección Jurídica del Menor y de Modificación Parcial del Código Civil*. 3. *Informe del CGPJ relativo al Anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del Menor y Modificación Parcial del Código Civil*. 4. *Informe de la Fiscalía General del Estado*. 5. *Comentario «A propósito... de la Ley del Menor»*. D) RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: 1. *Características de la adopción internacional: Adaptabilidad Edad. Grupo étnico. Historia. Condiciones de vida presente. Salud física y psíquica. Factores de orden psicosocial y de orden legal*. 2. *Sujetos de la adopción internacional*. 3. *Procedimiento de la adopción internacional*: a) Tramitación. b) Tiempo de la tramitación c) Gastos que puede suponer una adopción en otro país. 4. *Efectos de la adopción internacional*. 5. *Extinción de la adopción*.—V. BIBLIOGRAFIA.

«Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho interregional», por ELOY MIGUEL RODRÍGUEZ GAYÁN, pág. 8069.

SUMARIO: I INTERRELACION OBJETIVA DE CONFLICTOS INTERNOS Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1 LA FALTA DE DISPERSIÓN EN EL DERECHO INTERREGIONAL. 2 REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y ESPACIO INTERREGIONAL.—II. LA NECESARIA REORIENTACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA SU APLICACIÓN EN EL DERECHO INTERREGIONAL: 1. CONCRECIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. ADAPTACIÓN CONVENCIONAL AL DERECHO INTERREGIONAL.—III. LOS CORRECTIVOS DEL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. POSICIÓN INICIAL. 2 LA FALTA DE LENGUAJE NORMATIVO COMUN COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA CALIFICACIÓN. 3. LA INTERNORMATIVIDAD COMO PRESUPUESTO DEL REENVÍO. 4 HETEROGENEIDAD Y ORDEN PÚBLICO.—IV. NATURALEZA DE LAS NORMAS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 149.1.8 ° DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—V. EL CONCEPTO SOCIAL DE SISTEMA COMO EJE DE EXCLUSIÓN DEL DERECHO INTERREGIONAL DEL ESTUDIO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—VI. CONCLUSIONES.

«Administración de justicia Derecho de acceso a la justicia, a la independencia del sistema jurídico, defensa de los abogados y jueces en caso de ataque de aquélla», por CELSA PICO LORENZO, pág. 8191.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y DE LOS ABOGADOS.—III. ALGUNOS OBSTÁCULOS A LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y AL ACCESO A LA JUSTICIA.—IV. MEDIDAS PARA GARANTIZAR AQUELLA INDEPENDENCIA.—V. VALORACIÓN FINAL

Número 624 (Septiembre 1996)

«Análisis del Real Decreto 297/1996, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos», por FRANCISCO DE LA TORRE OLID, pág. 9657.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. MOTIVACIÓN DEL TRABAJO.—II JUICIO FORMAL. DE LA LÓGICA DE ESTE TEXTO A SUS PUNTOS NEGATIVOS.—III JUICIO DE FONDO. LA APUESTA POR LA PUBLICIDAD REGISTRAL.—IV. CONCLUSIONES —V APÉNDICE: ANEXOS.

COMENTARIO: En el presente trabajo se comenta y analiza minuciosamente cada uno de los artículos que componen el texto legal. Su objetivo consiste en detenerse en la realidad que disciplina y, sobre todo, cuál es la respuesta que otorga.

El autor expone como presupuestos legitimadores del texto normativo y que motiva la realización del trabajo, su formulación como derecho emergente —legislación *ex novo*—; así como el estudio de su incardinación en el resto

del ordenamiento jurídico que le da razón de ser y eficacia, sin olvidar, la voluntad del legislador de incrementar la publicidad registral.

Destaca también las contradicciones en que incurre el texto legal al hablar de inscripción de contratos, cuando lo que se inscribe en el Registro son los derechos —en este caso el de arrendamiento— y no el título; la afirmación de alcanzar a todos los arrendamientos urbanos cuando en realidad no lo es, o la inexistencia de cláusula derogatoria.

Al estudiar el fondo del texto legal, el autor se detiene en las razones que respaldan al legislador para fomentar la toma de razón en el Registro del derecho personal de arrendamiento, señalando que se trata de una cuestión de oportunidad aprovechar el desarrollo de la Ley de Arrendamientos Urbanos para robustecer el principio hipotecario de publicidad. Esto significa que, además de fomentar la inscripción registral, se apuesta desde el poder legislativo por el Registro de la Propiedad como instrumento de publicidad idóneo, perfecto y eficaz. Sin olvidar las dificultades prácticas en la realización de la inscripción señalando, entre otras, la mentalidad reacia de los contratantes a que las relaciones arrendaticias accedan al Registro.

Al entrar en el articulado del texto legal valora positivamente que se defina cuál debe ser el asiento a practicar —el de inscripción—, y, sobre todo que ésta se haga en el Registro de la Propiedad. También la norma hace referencia al principio de legalidad, al señalar como documentación auténtica suficiente la de rango notarial, reconociendo sus garantías respecto a la validez y la eficacia del acto que en ella recoge, para lo cual dispone que el fedatario público anote todos los datos relevantes sobre la descripción de la finca, insistiendo en la necesidad de que acceda al Registro un título perfecto, con la enumeración de todos los datos específicos de la relación arrendaticia. Se pretende conseguir una titulación flexible, susceptible de recoger ulteriores actos relevantes que incidan en la vida del contrato entre las mismas partes o en su adquisición por terceros. Por otro lado, el autor censura la falta de rigor del legislador con el objeto de la inscripción, que no es el contrato inicial y sus modificaciones, sino la documentación de constitución de la relación arrendaticia o la expresión de las incidencias en su desenvolvimiento que sean causa de constitución de derechos reales. Resalta el artículo séptimo del texto legal al facilitar la cancelación de oficio. Y termina destacando que presentar en el mercado el producto a bajo coste no será suficiente si la verdadera eficacia de la inscripción no está suficientemente aclarada.

«Análisis jurídico del delito de tráfico de drogas», por FRANCISCO MARTÍNEZ BOLUDA, pág. 9687.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE TRAFICO Y CONSUMO ILEGAL DE DROGAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL: 1. PRELIMINARES LEGISLATIVOS. 2. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO. 3. CONCEPTO JURIDICO PENAL DE DROGA/OBJETO MATERIAL. 4. DETERMINACIÓN DEL SUJETO ACTIVO Y PASIVO. 5. LAS CONDUCTAS TÍPICAS BÁSICAS. 6. CONDUCTAS AGRAVADAS. 7. ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO/CULPABILIDAD. 8. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO. 9. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN GENERAL. 10. ANÁLISIS DE LA PENALIDAD.—III. CONSIDERACIONES FINALES.—IV. BIBLIOGRAFIA

«Sinopsis de los delitos de imprudencia en el Código Penal de 1995», por JOSÉ MARÍA CARRERA CAVALIER, pág. 9735.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOTAS ESENCIALES DE LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA.—III. CLASES O CATEGORIAS DE IMPRUDENCIA.—IV. DELITOS IMPRUDENTES QUE AFECTAN A LA VIDA HUMANA O LA PONEN EN PELIGRO: 1. HOMICIDIO. 2. ABORTO. 3. LESIONES. 4. LESIONES AL FETO. 5. MANIPULACIÓN GENÉTICA. 6. RIESGO CATASTRÓFICO. 7. ESTRAGOS. 8. INCENDIOS. A) *Incendio en general*. B) *Incendio forestal*. 9. SALUD PÚBLICA. 10. RIESGOS LABORALES. 11. OTROS DELITOS RELACIONADOS CON LA IMPRUDENCIA. A) *Consideración a los delitos contra la seguridad del tráfico*. B) *Omisión del deber de socorro*.—V. DELITOS IMPRUDENTES QUE NO AFECTAN A LA VIDA O LA INTEGRIDAD HUMANA: 1. PREVARICACIÓN. 2. DESLEALTAD PROFESIONAL. 3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO. 4. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO. 5. RECEPCIÓN. 6. INCENDIOS. A) *Incendio forestal*. B) *Incendios en zonas no forestales*. 7. RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE. 8. DAÑOS EN PATRIMONIO HISTÓRICO. 9. DAÑOS EN GENERAL POR IMPRUDENCIA.—VI. LAS FALTAS POR IMPRUDENCIA.—VII. ÚLTIMAS NOTAS DE INTERÉS

«Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la propiedad de la finca rústica arrendada en la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos; consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 11 de julio de 1995», por JESÚS ESTRUCH ESTRUCH, pág. 9765

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: A) SUPUESTO DE HECHO. B) MOTIVOS DEL RECURSO Y FUNDAMENTOS DE SU DESESTIMACIÓN.—II. REGULACIÓN NORMATIVA.—III. OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO. LA FINCA RÚSTICA ARRENDADA.—IV. PRECIO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA FINCA.—V. CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO A EXIGIR LA ENAJENACIÓN.—VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO: A) EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA. B) DERECHO DE OPCIÓN DE CARÁCTER REAL Y ORIGEN LEGAL.

«Sobre el régimen de los recursos en el proceso penal abreviado», por MANUEL ORTELLS RAMOS, pág. 10135.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RECURSO DE REFORMA.—III. EL RECURSO DE SUPLICA.—IV. LOS RECURSOS DE QUEJA.—V. EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS.—VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

«Doctrina y limitaciones a la teoría del "fruto del árbol envenenado" en la prueba ilícita (EE.UU. y España)», por ELOY VELASCO NÚÑEZ, pág. 10149

SUMARIO. I. LA DOCTRINA DEL «FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO».—II. MATIZACIONES A LA TEORÍA DEL «FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO»: 1. LA LIMITACIÓN DE LA «FUENTE INDEPENDIENTE». 2. LA LIMITACIÓN DEL

NEXO CAUSAL ATENUADO, TACHA SANEADA O FUENTE QUASI-INDEPENDIENTE. 3. LA LIMITACIÓN DEL «DESCUBRIMIENTO INEVITABLE».—III. LA DOCTRINA DEL «FRUTO DEL ARBOL ENVENENADO» EN ESPAÑA. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.—IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS LIMITACIONES A LA TEORÍA DEL «FRUTO DEL ARBOL ENVENENADO».

«El nombramiento del Fiscal General del Estado», por CAROLINA SANCHÍS CRESPO, pág. 10191.

SUMARIO: I SISTEMAS DE NOMBRAMIENTO DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO —II LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 1994 Y LA NULIDAD DEL NOMBRAMIENTO DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO A) INTRODUCCIÓN B) PROBLEMAS PROCESALES. a) *Falta de jurisdicción*. b) *Falta de legitimación* C) PROBLEMAS DE FONDO: a) *Defecto de procedimiento*. b) *La exigencia temporal del artículo 29 I del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*: a) El «Informe Xiol». b) Voto particular discrepante del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 8 de abril de 1992. c) Su configuración por el Tribunal Supremo.—III CONSIDERACIONES FINALES.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 38 (1996)

«Contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 26/1991», por BLANCA SILLERO CROVETTO y M.^a SOLEDAD DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, pág. 829.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EXCLUSIONES DE LA LEY 26/1991: 2.1. EXCLUSIONES POR INCUMPLIMIENTO DE ALGUNO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY. 2.2. CONTRATOS EXCLUIDOS POR IMPERATIVO EXPRESO DE LA NORMA —3. RECAPITULACION.

Número 39 (1996)

«El contrato de vitalicio (Especial consideración de su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia)», por ANGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, pág. 851.

SUMARIO: I. CONCEPTO DE CONTRATO DE VITALICIO: SU DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS.—II. NATURALEZA JURIDICA Y CARACTERES: EL DERECHO DEL CEDENTE O ALIMENTISTA.—III. CALIFICACION DEL CONTRATO.—IV. REGIMEN LEGAL APLICABLE LA APLICACION SUPLETORIA DE LAS NORMAS SOBRE RENTA VITALICIA Y ALIMENTOS.—V. PARTES EN EL CONTRATO Y SUJETOS OBLIGADOS. EL FALLECIMIENTO DEL ALIMENTISTA Y DEL CESIONARIO.—VI. FORMA DEL CONTRATO: LA EXIGENCIA DE ESCRITURA PUBLICA.—VII. CONTENIDO DEL CONTRATO: A) OBLIGACIONES DEL ALIMENTISTA: LA CESIÓN DE LOS BIENES. B) OBLIGACIONES DEL CESIONARIO: LA PRESTACIÓN DE

ALIMENTOS Y EL DEBER DE ASISTENCIA.—VIII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO: A) EL DESISTIMIENTO UNILATERAL. B) LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.—IX. EL CONTRATO DE VITALICIO Y LA VULNERACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS.

Número 40 (1996)

«La separación de hecho conyugal y la legítima del cónyuge viudo», por M.^a ANGELES FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, pág. 879

SUMARIO. I. ALCANCE DEL PROBLEMA TRAS LAS REFORMAS DE 13 DE MAYO Y 7 DE JULIO DE 1981.—II. LA SEPARACIÓN DE HECHO NO EXCLUYE POR SÍ SOLA LOS DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CONYUGE VIUDO.—III. LA LEGÍTIMA DEL CONYUGE SEPARADO DE HECHO EN LA SUCESIÓN INTESTADA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

Número 41 (1996)

«Las uniones familiares de hecho en el Derecho civil», por LETICIA GARCÍA VILLALUENGA, pág. 895.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ELEMENTOS DE LAS UNIONES DE HECHO 1. CONVIVENCIA «MORE UXORIO». 2. AUSENCIA DE TODA FORMALIDAD. 3. CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES. 4. COMUNIDAD DE VIDA ESTABLE Y DURADERA. 5. HETEROSEXUALIDAD. 6. RELACIÓN SEXUAL. 7. LA PROCREACIÓN. 8. LA EDAD. 9. LA «AFFECTIO» —III. CONCEPTO DE LAS UNIONES DE HECHO.—IV. RELACIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN Y LAS UNIONES DE HECHO —V. EFECTOS DE LAS UNIONES DE HECHO: 1. EFECTOS PERSONALES. 2. EFECTOS PATRIMONIALES: 2 1. *Figuras aplicables al sistema de bienes de la unión libre*: A. La Sociedad Universal entre convivientes. B. Comunidad de bienes entre compañeros. C. Sociedad de hecho entre convivientes. 2 2. *Prestaciones, servicios y actividades laborales de los convivientes*: A. Relación laboral entre convivientes. B. La teoría del enriquecimiento sin causa.—VI. PROBLEMÁTICA JURÍDICA RESPECTO A LOS HIJOS.—VII. LAS PAREJAS NO CASADAS Y LA SUBROGACIÓN EN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—VIII. SUCESIÓN ENTRE CONVIVIENTES *MORE UXORIO*.

Número 42 (1996)

«Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil», por MANUEL ORTELLS RAMOS, pág. 925.

SUMARIO: 1. DOCE AÑOS DESPUÉS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 1.428 LEC.—2. UN PRESUPUESTO DE PELIGRO EN LA DEMORA

AJUSTADO A LA REALIDAD DE LOS RIESGOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA.—3. *FUMUS BONI IURIS*: PERFECCIONAMIENTO DE LA DESCRIPCION DE LA SITUACION CAUTELABLE Y SUPERACION DE UNA INTERPRETACION RECURRENTE DEL ACREDITAMIENTO DOCUMENTAL PARA EL EMBARGO PREVENTIVO.—4. EL «MIEDO» A LA DETERMINACION DE LOS EFECTOS DE LAS MEDIDAS INDETERMINADAS: LAS PROPUESTAS DOCTRINALES Y LA LABOR «DIDACTICA» DEL LEGISLADOR.—5. LA CARENCIA DE MEDIOS ADECUADOS PARA LA EJECUCION FORZOSA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.—6. EL REGIMEN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL: *FORUM PARATAE EXECUTIONIS*, MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS AL PROCESO PRINCIPAL Y CONVENIENCIA DE LA ACUMULACION ANTE UN MISMO JUZGADO.—7. EL PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR: DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS EN DEPENDENCIA DE LA CLASE DE MEDIDAS Y PETICION DE DIVERSAS MEDIDAS PARA UN MISMO PROCESO PRINCIPAL; EL REGIMEN PROCEDIMENTAL DE LA CONTRADICCION Y LA AMPLITUD DE LA OPOSICION ADMISIBLE.—8. RELACIONES ENTRE LA ACTIVIDAD PROCESAL CAUTELAR Y EL PROCESO PRINCIPAL. REVISION DE ALGUNAS IMPLICACIONES DE LA INSTRUMENTALIDAD. MEDIDAS CAUTELARES DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL.—9. LA RESPONSABILIDAD POR LA UTILIZACION DE LA TUTELA CAUTELAR: RESPONSABILIDAD OBJETIVA O POR CULPA Y ADMISIBILIDAD DE LA DETERMINACION INCIDENTAL DE LA CUANTIA DE LA INDEMNIZACION EL ACCESO A LA TUTELA CAUTELAR DE LOS QUE TIENEN RECONOCIDO EL DERECHO A LA JUSTICIA GRATUITA.—10. BIBLIOGRAFIA.

Número 43 (1996)

«Las facultades de los contadores partidores del artículo 1.057 del Código Civil y su reforma por la Ley de protección jurídica del menor, de 15 de enero de 1996», por MARÍA DESAMPARADOS NÚÑEZ BOLUDA, pág. 937.

SUMARIO: 1. EL ARTICULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL.—2. LA FIGURA DEL CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO.—3. LA FIGURA DEL CONTADOR PARTIDOR DATIVO.—4. EFICACIA DEL NOMBRAMIENTO.—5. FACULTADES DE LOS CONTADORES PARTIDORES.—6. ESPECIAL CONSIDERACION DEL PAGO DE LAS LEGITIMAS EN DINERO.—7. EFICACIA DE LA PARTICION EFECTUADA POR EL CONTADOR PARTIDOR.—8. LA REFORMA DE 15 DE ENERO DE 1996.

Número 44 (1996)

«Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA, pág. 957.

SUMARIO: DELIMITACION DEL TEMA: I. LOS SUJETOS DE UN PROCESO CIVIL O EXPEDIENTE DE JURISDICCION VOLUNTARIA RELATIVO A MENORES.—II. EL OBJETO DE

UN PROCESO CIVIL O EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVO A MENORES.—
 III. LA ACTIVIDAD EN UN PROCESO O EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVO A MENORES.—IV. LOS EFECTOS DE UN PROCESO O EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVO A MENORES.

Número 45 (1996)

«Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», por JULIO I. IGLESIAS REDONDO, pág. 971.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. LOS CRITERIOS DE IMPUTACION DE LOS DAÑOS CAUSADOS CON MOTIVO DE LA CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR. A) UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA TODAVÍA MÁS ATENUADA. B) LOS MODELOS DE SOCIAL SECURITY. C) LOS SISTEMAS «NO FAULT INSURANCE». D) RECAPITULACIÓN.—III EL SISTEMA DE VALORACION DE LOS DAÑOS CAUSADOS CON MOTIVO DE LA CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR: A) LA VALORACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL Y EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL: 1. *Las consecuencias pecuniarias de los daños a las personas*. a) El valor de la «pérdida sufrida» o *damnum emergens*. b) El valor de la «ganancia que hayan dejado de obtener» o *lucrum cesans*. 2. *Los daños en los bienes*. B) LA VALORACIÓN DEL DAÑO NO PATRIMONIAL: EL DAÑO A LA SALUD Y EL DAÑO MORAL. 1. *El daño a la salud y el «préjudice d'agrément»*. 2. *El quantum del «pretium doloris»*. C) EL SUPUESTO ESPECIAL DEL PERJUICIO ESTÉTICO. D) EL «DOMMAGE PAR RICOCHET»: a) *El daño patrimonial por rebote*. b) *El «pretium affectionis»*. E) EL «PRETIUM MORTIS». F) LA EXCLUSIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE DELITO DOLOSO.—IV LA LIQUIDACION DE LA INDEMNIZACION.—V CONCLUSION.

Número 46 (1996)

«La privatización de líneas aéreas y aeropuertos. La cláusula de propiedad sustancial y control efectivo. Aspectos jurídicos aeronáuticos, civiles, internacionales y mercantiles», por JOSÉ DANIEL PARADA VÁZQUEZ.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PRIVATIZACION DE LINEAS AEREAS: A) GENERALIDADES. B) LA PRIVATIZACIÓN EN IBEROAMÉRICA. C) LA PRIVATIZACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA.—III. LA PRIVATIZACION DE AEROPUERTOS: A) LA GESTIÓN AEROPORTUARIA. MODALIDADES. B) TENDENCIAS Y REALIDADES ACTUALES EN MATERIA DE PRIVATIZACIÓN. C) SISTEMA ESPAÑOL. D) COSTES, SERVICIOS Y TASAS AEROPORTUARIAS. NORMATIVA ESPAÑOLA.—IV. LA CLAUSULA DE PROPIEDAD SUSTANCIAL Y CONTROL EFECTIVO: A) CONSIDERACIONES GENERALES. B) DETERMINACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL. EL LEASING DE AERONAVES Y SU FUNCIÓN INTEGRADORA. EL DERECHO DE OPCIÓN. C) EL CONTROL EFECTIVO.—V. BIBLIOGRAFIA.

Número 47 (1996)

«La reclamación previa al consorcio de compensación de seguros», por SAGRARIO ARROYO GARCÍA, pág. 1035.

SUMARIO. LA DISPOSICION ADICIONAL NOVENA DE LA LEY 30/1995, DE ORDENACION Y SUPERVISION DE SEGUROS PRIVADOS· EL NUEVO PARRAFO DEL ARTICULO 20.2 DE LA LEY 21/1990, POR EL QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO LEGAL DEL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS (LA RECLAMACION PREVIA AL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS): I PREÁMBULO.—II ANTECEDENTES.—III NATURALEZA JURÍDICA —IV. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL: A) *Doctrina del Tribunal Constitucional*. B) *Doctrina del Tribunal Supremo*.—V. ASPECTOS PROCESALES: A) *Entrada en vigor*. B) *Facultad de elección de procedimiento por el perjudicado* C) *La no presentación de la reclamación previa al consorcio con el escrito de demanda*. D) *Subsanación del defecto en un momento posterior al trámite de admisión de la demanda*. E) *Subsanación en el trámite de dictar sentencia*. F) *Subsanación en segunda instancia*.—VI. CONCLUSIÓN.

Número 48 (1996)

«Los vicios de la voluntad en el reconocimiento de hijos no matrimoniales», por M.^a BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 1051.

SUMARIO. 1. PLANTEAMIENTO.—2. EL ERROR. A ERROR OBSTATIVO B. ERROR VICIO.—3. LA VIOLENCIA E INTIMIDACION.—4. POSIBILIDAD DE QUE EXISTA DOLO.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 221 (Julio-Septiembre 1996)

«Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista», por PEDRO PORTELLANO DIEZ, pág. 721.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.—III. LA SISTEMATICA DE LA SECCION SEGUNDA.—IV. BIEN JURIDICO —V. LOS RASGOS ESENCIALES DE LA NUEVA REGULACION.—VI. EL TIPO DE LO INJUSTO DEL ARTICULO 273 CP.—VII. EL TIPO DE LO INJUSTO DEL ARTICULO 274 CP.—VIII. EL TIPO DE LO INJUSTO DEL ARTICULO 275 CP.—IX. RESPONSABILIDAD CIVIL.

«Análisis jurídico de los conceptos de “valor negociable” e “instrumento financiero”», por JOSÉ ENRIQUE CACHÓN BLANCO, pág. 773.

SUMARIO: INTRODUCCION: PLANTEAMIENTO DEL TERMINO «VALOR NEGOCIABLE» —1. ANÁLISIS HISTÓRICO-LEGISLATIVO DEL TÉRMINO «VALOR NEGOC-

CIABLE».—2. ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DEL CONCEPTO DE VALOR NEGOCIABLE: 2.1. *Concepto de título-valor*. 2.2. *Elementos que determinan la utilización de un nuevo concepto valor negociable*. 2.3. *La representación de valores mediante anotaciones en cuenta*: 2.3.1. Régimen jurídico. 2.3.2. Consecuencias de la representación de valores mediante anotaciones en cuenta. 2.4. *La incorporación de nuevos valores negociables en el mercado de valores*. 2.5. *El concepto de homogeneidad*. 2.6. *Conclusión: concepto de valor negociable*. 2.7. *En torno al concepto de instrumento financiero*.

«El ámbito de aplicación del convenio de Viena sobre la compraventa internacional», por FRANCO FERRARI, pág. 833.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. HACIA UNA NUEVA *LEX MERCATORIA*.—II. NOTAS HISTORICAS EN MATERIA DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.—III. LOS CONVENIOS DE LA HAYA Y DE VIENA: DIVERSIDADES ESTRUCTURALES Y ELEMENTOS COMUNES.—IV. EL CARACTER INTERNACIONAL DE LA COMPRAVENTA EN LAS LEYES UNIFORMES DE LA HAYA DE 1964.—V. *SIGUE*. EN EL CONVENIO DE VIENA DE 1980. REGLA GENERAL Y REGLAS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATOS CONCLUIDOS POR REPRESENTANTES, COMISIONISTAS Y GESTORES DE NEGOCIOS AJENOS.—VI. EL ESTABLECIMIENTO.—VII. LOS CRITERIOS DE VINCULACION DEL ARTICULO 1 DEL CONVENIO DE VIENA: LA UBICACION DEL ESTABLECIMIENTO EN ESTADOS CONTRAYENTES DIVERSOS —VIII. *SIGUE*. EL REENVIO EN VIRTUD DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—IX. EL AMBITO DE APLICACION *RATIONE MATERIAE*: LA COMPRAVENTA.—X. *SIGUE*. OTROS TIPOS CONTRACTUALES DISCIPLINADOS POR EL CONVENIO DE VIENA.—XI. *SIGUE*: LOS BIENES MUEBLES.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 150 (Octubre-Diciembre 1996)

«El abogado Leandro Alegría y la creación de la Revista de Derecho Urbanístico», por JOSÉ MARÍA CASTÁN VAZQUEZ, pág. 11

SUMARIO: I. OPORTUNIDAD DE UNOS RECUERDOS —II. LA FUNDACION DE LA REVISTA EN 1967: LA IDEA DE LEANDRO ALEGRÍA.—III. EL PRIMER CONSEJO DE REDACCION Y EL PRIMER NUMERO DE LA REVISTA —IV. BALANCE DE TREINTA AÑOS DE ESPERANZAS DE FUTURO

«Comentarios al Real Decreto-Ley 5/1996», por ANTONIO LÓPEZ ABARCA, pág. 17.
«Aproximación a una tabla de vigencias como consecuencia del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo», por FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, pág. 49

«El interés general y las urbanizaciones de iniciativa particular», por ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, pág. 59.

SUMARIO: I. EL DEBER DE CONSERVACION EN LAS LLAMADAS URBANIZACIONES PRIVADAS: A) EL DEBER DE CONSERVACIÓN, ELEMENTO DELIMITADOR DEL DERECHO DE PROPIEDAD. B) LA CONSERVACIÓN DE LA URBANIZACIÓN POR EL PROMOTOR O LOS PROPIETARIOS COMO CRITERIO GENERAL. C) LA ENTIDAD DE CONSERVACIÓN, CAUCE INSTITUCIONAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE DEBERES URBANÍSTICOS. D) NATURALEZA DE LAS ENTIDADES DE CONSERVACIÓN. COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE ELLAS.—II. LOS ESTATUTOS DE LA ENTIDAD DE CONSERVACION: A) MARCO LEGAL B) FINES (NO LO ES LA EJECUCIÓN DE OBRAS PENDIENTES, RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR). C) ORGANIZACIÓN. D) RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO E) LA APLICABILIDAD DE LA LEY 13/1995 A ESTAS ENTIDADES. F) PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN.

«Consideraciones sobre la anotación registral y la subrogación de terceros en las cargas urbanísticas», por ALBERTO VERA FERNÁNDEZ-SANZ, pág. 101.

COMENTARIO: El tema que se aborda es la subrogación de terceros en las cargas urbanísticas, concretamente en su aspecto registral, al amparo del artículo 22 del Texto Refundido sobre la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.

Concretamente estudia si la no constancia en el Registro de la Propiedad de la orden de demolición de lo indebidamente construido en una finca no impide la subrogación del tercero adquirente en la obligación de derribar, todo ello tras lo dispuesto en el artículo 307.3 de la vigente Ley del Suelo.

El autor estudia la preceptividad de la constancia registral a efectos de la subrogación legal. A su juicio, en materia urbanística, la institución registral no es el único medio que impide la indefensión de un tercero adquirente de un inmueble afectado por alguna carga —por ejemplo, de la obligación de demoler— y ello porque el sistema urbanístico está integrado por datos y antecedentes de carácter público que afectan a la propiedad urbana, el cual se halla abierto a los ciudadanos, y que culminan en la cédula urbanística. Afirmación sustentada por la jurisprudencia del TS.

Igualmente señala que no debe entenderse la existencia de preceptividad registral para la Administración porque cuando el legislador así lo ha querido lo ha señalado sin lugar a dudas. Insiste en que a través de la inscripción o de la anotación registral no se protege a los terceros porque estando dentro del ámbito del derecho administrativo existen otros sistemas de publicidad.

Por último, estudia otras cuestiones entre las que se encuentra la de la legitimación para instar una anotación registral, y la referente a qué tipos de infracción urbanística pueden ser objeto de anotación registral.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 4 (1996)

«La protección de la familia en la Ley de Arrendamientos Urbanos», por M^a DEL ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, pág. 949.

SUMARIO: 1 VIVIENDA Y FAMILIA.—2. LA PROTECCION DE LA FAMILIA EN LA LAU —3 LAS FAMILIAS EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS

URBANOS.—4 LA TITULARIDAD DEL ARRENDAMIENTO.—5. EL DESTINO FAMILIAR DE LA VIVIENDA.—6. RENUNCIA, DESISTIMIENTO Y ABANDONO EN CASO DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA DEL ARRENDATARIO —7 SEPARACION, DIVORCIO O NULIDAD DEL MATRIMONIO DEL ARRENDATARIO.—8. SUBROGACION POR MUERTE DEL ARRENDATARIO.

- «La successió intestada del causant impúber: el principi de troncalitat», por INMACULADA BARRAL VIÑALS, pág. 971.
 «El violari i el censal, fonaments del contracte de renda vitalícia», por JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, pág. 997

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 922 (Septiembre-Diciembre 1995)

- «Arbitraje (Segunda parte)», por la ONPI, pág. 603.
 «Asuntos administrativos y fiscales», por ANA LAURA BASTIÁN y EDUARDO CARLOS GRASSI, pág. 675.
 «Letras hipotecarias. Titulización», por NELLY O. LÓPEZ, pág. 695.
 «Securitización o titulización Su implementación en Argentina», por MARTA LUJÁN LALANNE, pág. 711.
 «El artículo 1.246 del Código Civil. Su subsanación posterior», por MARCELA SILVINA SÁNCHEZ, pág. 729

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 844 (Enero-Marzo 1996)

- «Reflexiones sobre la indisponibilidad voluntaria», por RAÚL R. GARCÍA CONI y CAROLA MARÍA RODRÍGUEZ, pág. 17.
 «Distrato de donación», por CARLOS NICOLÁS GATTARI, pág. 21.
 «Actuación notarial del representante de la sociedad anónima», por ROSANA FABIANA GIMENO DE BERGALLO, pág. 25.
 «Dominio fiduciario sobre inmuebles. Calificación registral de los actos de enajenación del fiduciario», por MARTHA LINARES DE URRUTIGOITTY e IRENE PUJOL DE ZIZIAS, pág. 33
 «Régimen patrimonial del matrimonio. Necesidad de su reforma», por RODOLFO OLIVE, pág. 59.

Número 845 (Abril-Junio 1996)

- «El futuro gobierno de la ciudad de Buenos Aires», por ALBERTO G. ALLENDE, pág. 273

- «El valor normativo de los tratados de integración en la reforma constitucional de 1994», por SILVINA BARÓN KNOLL, pág. 277
- «Bien de familia. Constitución, afectación y desafectación (Apuntes a propósito del bien de familia)», por FEDERICO J. CAUSSE y ARIEL R. TESEI, pág. 295.
- «Donación al hijo y fallecimiento de los padres (Derechos del progenitor que sobrevive y del hijo. Colisión entre usufructo, derecho de acrecer y legítimas)», por MARIO ANTONIO ZINNY, pág. 301.
- «El autocontrato: visión actual», por MARINA ZUVILIVIA, pág. 315.
- «Poderes administrativos», por CARLOS NICOLÁS GATTARI, pág. 323.
- «Claves para la unión monetaria y económica en Europa», por TORCUATO E. FINO (h.), pág. 339.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 1 (1996)

- «La Constitución mexicana: una supremacía imperfecta. Nacimiento y desarrollo de una anomalía constitucional», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, págs. 11-69
- «Defender valores y promover el cambio: ¿difícil alternativa?», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, págs. 71-88.
- «Algunas consideraciones acerca de la negociación colectiva a partir del acuerdo de cooperación laboral de América del Norte», por ALFREDO SÁNCHEZ CASTAÑEDA, págs. 89-100.
- «Necesidad de revisar a fondo el sistema jurisdiccional federal mexicano y que desaparezcan los tribunales administrativos y el electoral para integrarse en el Poder Judicial federal», por MIGUEL ACOSTA ROMERO, págs. 101-167.
- «La resolución del problema del nacionalismo en España», por MARÍA ELENA GARCÍA EXPÓSITO, págs. 169-185.
- «A propósito de los artículos transitorios de la Ley de Pesca (21 de junio de 1992)», por PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA, págs. 187-201.
- «Propuestas para el municipio en Jalisco», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, págs. 203-213.
- «Crimen organizado», por JESÚS ESPINOZA DE LOS MONTEROS, págs. 215-223.
- «Sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos», por LUIS ERNESTO SALOMÓN DELGADO, págs. 235-267.
- «Sobre el régimen jurídico de la fe pública: corredores públicos federales y el notariado nacional», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 269-301

Número 2 (1996)

- «Neocorporativismo y Democracia», por LAURA PATRICIA ROMERO, págs. 11-32
- «El gobierno nacional norteamericano: estructuras, poderes y funciones», por ELLIS KATZ, págs. 33-52.
- «La compraventa libre a bordo (LAB) en el Derecho mexicano», por MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, págs. 53-83
- «Consideraciones en torno al ensayo de un concepto sobre "el buque" en el Derecho de la Navegación mexicano», por JOSÉ DAVID ENRÍQUEZ ROSAS, págs. 85-132.

- «El Estado y los contratos administrativos», por PATRICIA VILLASANA RANGEL, págs. 133-158.
- «La política salarial de México incumple el mandato constitucional», por ROBERTO CHARIS GÓMEZ, págs. 159-165.
- «Los acuerdos de cooperación laboral. ¿Hacia una nueva cultura internacional del trabajo?», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, págs. 167-184.
- «Evolución de la legislación pesquera en materia de sociedades cooperativas», por MARÍA DELGADINA VALENZUELA REYES, págs. 185-207.
- «De Don Fernando a Don Plutarco. El Regio Patronato Indiano y la legislación del Presidente Plutarco Elías Calles en materia religiosa», por JOSÉ JESÚS GÓMEZ FREGOSO, págs. 209-253.
- «Las asociaciones religiosas y su personalidad jurídica (crítica al artículo 161, fracción XI, del Código Civil de Jalisco)», por DANIEL NÚÑEZ AVALOS, págs. 255-281.
- «Los Altos de Jalisco ante la invasión norteamericana y el Tratado de Guadalupe Hidalgo», por JUAN JOSÉ MATEOS SANTILLÁN, págs. 283-302.
- «El régimen constitucional mexicano de los hechos del estado civil», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 303-322.

REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES Número 27

- «El Derecho Agrario Americano», por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 13.
- «El Derecho Agrario en España y en Iberoamérica», por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, pág. 21.
- «Il Diritto Agrario Nella Cultura Giuridica Latino-Americana», por PAOLA M. PORRU, pág. 43.
- «El momento actual del Derecho Agrario Rural», por ADOLFO GELSI BIDART, pág. 59.
- «La agricultura campesina en la sub-región de Mucuchíes», por GERMÁN WETTS-TEIN, pág. 139.
- «Educación agropecuaria dependiente de la Zona Educativa del Estado de Mérida, Venezuela», por CARLOS R. CAMACHO, pág. 139.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DE COIMBRA Volumen LXX (1994)

- «Direito de Autor e Comunicação Pública de Emissões de Rádio e Televisão», por A. FERRER CORREIRA y ALMENO DE SA, pág. 1.
- «Terceiros para Efeitos de Registro», por ORLANDO DE CARVALHO, pág. 97.
- «As Palavras e os Homens», por JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ CANOTILHO, pág. 107.
- «Algumas Notas sobre o Finalismo no Direito Civil», por JORGE RIBEIRO DA FARIA, pág. 133.
- «As relações entre o Ministério e a Polícia. a experiência Portuguesa», por JOSÉ DA FARIA COSTA, pág. 221.

- «Panorama Moderno de la Pena de Prisión», por FRANCISCO BUENO ARÚS, pág. 247.
- «Apuntes sobre el Convenio de Doble Imposición Hispano-Portuguesa», por PERFECTO YEBRA MARTUL-ORTEGA, pág. 269.
- «Les Tendances du Nouveau Code Pénal Français», por REYNALD OTTENHOF, pág. 307.
- «Lois Expérimentales et Droit Pénal», por PIERRE-HENRI BOLLE, pág. 321.
- «O casamento no Direito Brasileiro. Aspectos diante da Nova Constituição Federal (1988)», por LUIZ ROLDAO DE FREITAS GOMES, pág. 337.
- «La Posición de la Víctima en el Moderno Sistema Penal», por FRANCISCO BUENO ARÚS, pág. 369.
- «A Evolução Constitucional no Quadro da Constituição da República de 1976», por JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DE COSTA, pág. 389.
- «Liberdade no Direito de Autor: a Caminho das Condições Gerais do Contrato», por ALMENO DA SA.
- «Razao de Ser, Significado e Consequências do Principio de Presunção de Inocência (art. 32, núm. 2, da CRP)», por HELENA MAGALHAES BOLINA, pág. 433.
- «Reconvenção», por PAOLO PIMENTA, pág. 463.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 198 (Julio-Diciembre 1995)

- «De los bienes familiares», por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 7.
- «El Ministerio Público», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 21.
- «Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad», por ROBERTO A. VASQUEZ FERREYRA, pág. 35.
- «Las garantías a primer requerimiento. Situación en el Derecho chileno», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 61.
- «Nulidad de Derecho Público, cosa juzgada y prescripción en un trámite de expropiación», por TARCISIO OVIEDO SOTO, pág. 71.
- «Modificaciones de la Ley número 19.374 al recurso de casación», por CARLOS PECHI CROCE, pág. 83.
- «El incidente del *Luxor* y la casi intervención del Imperio alemán en Perú durante la guerra del Pacífico», por SAMUEL DURÁN BACHLER, pág. 99.
- «Los permisos extraordinarios de pesca», por OMAR MORALES CARRASCO, pág. 129.
- «La designación de Juez de Policía Local», por REMBERTO VALDÉS HUECHE, pág. 145.
- «Ética pública y gestión municipal», por JUAN HONORATO M., pág. 163.
- «El fin del Estado», por HERNÁN MOLINA GUAITA, pág. 172.
- «La conciliación, ¿medio eficaz de poner fin al litigio?», por JULIO SALAS VIVALDI, pág. 175.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Tomo 81 (Enero-Junio 1995)

- «Garantías sobre bienes sujetos a una regulación y registro especiales», por CARLOS PARODI RAFULS, pág. 9.
- «Modernas técnicas de garantía sobre la empresa o sobre los bienes que integran la empresa», por ORLANDO FIRPO MARTY y otros, pág. 29.
- «Las garantías en las Zonas Francas», por DANIEL HARGAIN y GABRIEL MIHALI, pág. 45.
- «Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento, el sistema de la recepción y el del conocimiento», por GABRIEL H. FERNÁNDEZ, pág. 53.
- «Comercialización de departamentos en construcción», por ROQUE MOLLA, pág. 73.
- «El pacto de continuación con el cónyuge superviviente, excluyendo a los herederos del socio fallecido», por HUGO SPINELLI SANTOMAURO, pág. 79.
- «Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil», por GERARDO CAFFERA y ANDRÉS MARINO, pág. 117

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 142 (Noviembre 1996)

- «El Derecho Comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», por JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ, pág. 9.
- «El Juez Nacional español y la jurisprudencia de los Tribunales Europeos. Reflexiones sobre el Estatuto Europeo del Juez», por JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, pág. 21.
- «Los Monopolios Nacionales en el Derecho Interno y Comunitario. Especial referencia al Monopolio de Tabacos», por ALFONSO BREZMES MARTÍNEZ DE VILLARREAL, pág. 47.
- «Economía constitucional de la política fiscal española en el contexto de la convergencia europea», por FRANCISCO JAVIER SALINAS SANCHEZ, pág. 55.
- «El procedimiento negociado de adjudicación y las excepciones al campo de aplicación de las Directivas sobre contratación pública», por MIGUEL BRAVO-FERRER DELGADO, pág. 65
- «La libre competencia en España: Derecho europeo y economía de mercado», por CLARO J. FERNÁNDEZ CARNICERO, pág. 87.
- «Libre competencia y sistema sancionador comunitario en la perspectiva constitucional», por MELITINO GARCÍA CARRERO, pág. 93.
- «Algunos aspectos relevantes de la seguridad nuclear en la Unión Europea: La Comunidad Europea de la Energía Atómica», por ÁNGEL B. GÓMEZ PUERTO, pág. 111.

Número 143 (Diciembre 1996)

- «Algunas reflexiones sobre la libertad de circulación de personas en el ámbito de la Unión Europea», por JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, pág. 9
- «Las demandas de asilo en los puestos fronterizos», por JOSÉ ANGEL MARÍN GÁMEZ, pág. 25.
- «Nuevas perspectivas legales en el derecho de establecimiento de abogados en la Comunidad Europea», por ANTONIO JAVIER ADRIÁN ARNÁIZ, pág. 33.
- «Libertades de establecimientos y de servicios y su aplicación a las profesiones liberales, con especial referencia a los abogados», por JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA, pág. 53.
- «Establecimiento y prestación de servicios de abogados comunitarios en España», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 59.
- «Influencia de la fiscalidad sobre la libre prestación de servicios», por ISAAC MERINO JARA, pág. 75.
- «Domicilio fiscal de los trabajadores comunitarios y residencia efectiva», por MANUELA FERNÁNDEZ JUNQUERA, pág. 83.
- «Notas sobre la Unión Monetaria y la nueva posición del Banco de España», por MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA, pág. 91.
- «El modelo económico de la Constitución Española de 1978 y el inherente a la Unión Europea», por JUAN VELARDE FUERTES, pág. 99.

