

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXII • Julio-Agosto 1996 • Núm. 635

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 Albasa.
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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«Registro de la Propiedad y procesos concursales», por RAFAEL A. RIVAS TORRALBA	1247
«La reelección de los auditores de cuentas», por ARMANDO TORRENT	1311
«El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE y FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO	1339
«Algunas consideraciones en torno al <i>lease-back</i> en su conexión con el derecho de superficie urbano», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1393
«Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», por MATILDE CUENA CASAS	1433
«Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	1479

DICTAMENES Y NOTAS

«Inscripción en el Registro Mercantil de la oposición de un cónyuge al ejercicio del comercio por parte del otro cónyuge», por CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI	1519
«Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva», LINO RODRÍGUEZ OTERO	1539

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1587
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1595
--	------

II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1605
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA y MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1625
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1645
d) Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1652
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1665

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión», de FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, por ISIDRO DEL MORAL GONZÁLEZ	1675
«La protección del Arrendamiento Urbano», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por PILAR BENAVENTE MAREDA	1681
«Leyes civiles de España», de XAVIER O'CALLAGHAN, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1688
«El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales», de MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1691
«Registro de la Propiedad y Urbanismo», de RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ	1694
«Ley de Arrendamientos Urbanos», Publicación de las Cortes Generales, por CARLOS LASARTE ALVAREZ	1698
«La ética en la Administración Pública», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1699

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN. Comentarios de M. ^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1703
--	------

ESTUDIOS

Registro de la Propiedad y procesos concursales

SUMARIO: I. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD REGISTRAL: CLASES Y CONTENIDO DE LOS ASIENTOS: A) SUSPENSIÓN DE PAGOS. B) CONCURSO Y QUIEBRA.—II. CONSECUENCIAS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SITUACIONES CONCURSALES.—III. EFECTOS EN RELACION CON LA QUITA Y ESPERA.—IV. EFECTOS EN RELACION CON LA SUSPENSIÓN DE PAGOS.—V. EFECTOS EN RELACION CON LA QUIEBRA Y EL CONCURSO DE ACREEDORES.—VI. EFECTOS EN RELACION CON TERCEROS.

Las disposiciones de la legislación hipotecaria sobre publicidad de las situaciones concursales adolecen de falta de claridad y notoria insuficiencia.

Contamos con varias normas de carácter genérico (como los arts. 2.4.º LH y 10 RH, que permiten la inscripción de las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar o la modificación de la capacidad civil en cuanto a la libre disposición de los bienes; los arts. 42.5.º y 43.III LH sobre anotación de las demandas de incapacidad; o los arts. 386 a 391 RH que regulan el llamado Libro de Incapacitados); y alguna otra más específica (como los arts. 142 y 166.4.ª RH que declaran procedente la anotación preventiva en los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra). Pero no disponemos de otras previsiones especiales acerca de la trascendencia de la publicidad registral de las situaciones concursales en relación con los actos del propio deudor, las posibilidades de actuación de sus acreedores o los derechos de terceros.

Consecuencia de ello es la necesidad constante de acudir a otras fuentes, no sólo como ayuda o complemento, sino como único punto de apoyo en muchas ocasiones. Tendremos que recurrir, por tanto, al CC, al CCom, a la LEC y a la LSP, por una parte; y por otra, en el aspecto formal, al RRM.

Porque parece conveniente separar dos aspectos en la exposición del tema: el primero hará referencia a las clases y el contenido de los asientos; el segundo, a los efectos o consecuencias de la publicidad de las distintas situaciones concursales en relación con los actos que, con posterioridad, pretendan ingresar en el Registro.

I. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD REGISTRAL: CLASES Y CONTENIDO DE LOS ASIENTOS

A) SUSPENSIÓN DE PAGOS

1. Anotación de la providencia teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos (art. 4 LSP); o el desistimiento de la solicitud, cuando pueda ser admitida, atendida la situación del expediente (o sea, según la doctrina, si tiene lugar antes de la aprobación del convenio y siempre que no se hubiere incoado pieza de responsabilidad).

El comerciante individual o la entidad mercantil que pretenda ser declarada en suspensión de pagos deberá solicitarlo del Juzgado competente acompañando los documentos y los libros de contabilidad que señalan los artículos 2 y 3 de la LPS.

El Juez, si la solicitud se ha producido en forma y se acompañan los documentos pertinentes, *«tendrá por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, en providencia que dictará necesariamente el mismo día de la presentación, y si no fuera posible, en el siguiente»* (art. 4 LSP). Desde este momento empiezan para el suspenso las limitaciones que afectan a la potestad de gestión sobre todo su patrimonio, que persisten hasta la aprobación del convenio (R. de 29 de junio de 1988). La providencia —a la que se dará la publicidad que el Juez estime conveniente— *«se anotará en un Registro especial, que se llevará en cada Juzgado, en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad donde estén inscritos los inmuebles del suspenso»*. El RRM (art. 284.1.º) establece que en la hoja abierta a cada empresario individual, sociedad o entidad inscribible, se inscribirá la providencia de admisión a trámite de la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos (núm. 1.º).

El primer asiento registral, por tanto, viene determinado por la providencia que tiene por solicitada la declaración de la suspensión de pagos.

* Adopta la forma de anotación preventiva, que es asiento de vigencia temporal limitada, sujeta al plazo general de caducidad de cuatro años y susceptible de prórroga (siempre que se ordene dentro del plazo inicial de vigencia) hasta la terminación del procedimiento.

* Se practica en virtud del correspondiente mandamiento (art. 257 LH), en el que se insertará literalmente la providencia (1) y se expresarán los bienes sobre los que ha de recaer la anotación. En cuanto a esta última circunstancia, conviene precisar que si el mandamiento no hace referencia a bienes concretos la anotación se extenderá con relación a todos los bienes que figuren inscritos a nombre del suspenso (cfr. arts. 73 LH y 171 RH).

No parece recomendable omitir en el mandamiento los bienes sobre los que ha de recaer la anotación toda vez que el Juzgado ha de tener noticia de los bienes del suspenso a través del balance o del estado de situación a que se refiere el número 1 del artículo 2 LSP. Porque pudiera ocurrir que en el Registro figuren a nombre del suspenso bienes que ya no le pertenecen —porque los transmitió y el adquirente no ha inscrito su título—, en cuyo caso —si en el mandamiento nada se dice— la anotación se practicaría también sobre tales bienes, dando lugar a indebidos perjuicios al verdadero dueño e, incluso, a posibles confusiones dentro del expediente de suspensión de pagos.

* En la anotación se hará constar la admisión de la solicitud de declaración del estado legal de la persona o entidad de que se trate, así como la designación de los Interventores. El artículo 166.4.º RH (circunstancias de las anotaciones) sólo hace referencia al concurso y la quiebra, omitiendo la suspensión de pagos.

2. Anotación del auto que declara al solicitante en estado de suspensión de pagos (arts. 8 LSP y 284.2.º RRM).

Previo informe a los Interventores y a la vista de todos los antecedentes (balance definitivo, lista de acreedores, relación de créditos según su calificación), el Juez dictará resolución declaran-

(1) Apelable a un solo efecto, como apunta CAMY (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, Aranzadi, 1976, tomo VI, pág. 265), por aplicación del artículo 68 LH. Al ser de ejecución inmediata —HERNÁNDEZ CRESPO («Publicidad registral de las suspensiones de pagos», *RCDI*, núm. 604, mayo-junio 1991, pág. 964)— no es preciso que en el mandamiento se haga constar la firmeza de la providencia. A juicio de CORDÓN MORENO (*Suspensión de pagos y quiebra*, Aranzadi, 1995, pág. 64), las dudas planteadas en la doctrina acerca de si cabe o no recurso contra la providencia de admisión deben entenderse hoy superadas por lo dispuesto en el artículo 240 LOPJ, que ofrece una doble vía para la revisión de la providencia: los recursos ordinarios (reposición y apelación) y la declaración de nulidad de actuaciones.

do, en su caso, al solicitante en estado de suspensión de pagos (art. 8 LSP).

La resolución adopta la forma de auto, que será ejecutivo (sin perjuicio de que, celebrada la Junta de acreedores, pueda ser impugnado por cualquiera de éstos o por el suspenso). En el auto también se declarará si debe considerarse al suspenso en situación de insolvencia provisional o definitiva (2).

A esta resolución judicial *«se le dará la publicidad que el Juez estime conveniente, según la importancia del pasivo y el número de acreedores»*. A diferencia de lo previsto en el artículo 4 LSP para la providencia teniendo por solicitada la declaración, no se hace aquí (art. 8 LSP) referencia expresa a la publicidad en los Registros Mercantil y de la Propiedad. Pero entiende la mayoría de la doctrina que se trata de un simple olvido u omisión que no impide la publicidad registral, ya que la LSP se remite al criterio del Juez; y por otra parte, el artículo 13 de la propia LSP, cuando dispone que el acuerdo de sobreseimiento *«se publicará y registrará en la forma y con los requisitos prevenidos en el artículo 8.º»*, parece presuponer la publicidad registral del auto declarativo de la suspensión de pagos. Por otra parte, el artículo 284 RRM hace referencia expresa (en su núm. 2.º) al auto de declaración del estado de suspensión de pagos como objeto de inscripción (3).

Cabe, por tanto, que si el Juez así lo dispone el auto que declare la suspensión acceda al Registro de la Propiedad, donde dará lugar a un asiento de anotación preventiva, en virtud del mandamiento que se libre al efecto. Esta anotación tendrá una vigencia de cuatro años, prorrogable hasta la terminación del procedimiento. En ella se hará constar la declaración del estado legal y, en su caso, la designación de Interventores (si con anterioridad

(2) Se discute si la calificación inicial de la insolvencia puede ser posteriormente modificada como consecuencia de la alteración del activo o el pasivo del deudor (inclusión de nuevos créditos, reducción o aumento de los bienes de la masa). Se pronuncian a favor CORDÓN MORENO (obra citada, pág. 129) y MASCARELL NAVARRO (*Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, Comares, 1994, págs. 128 y 187). Esta opinión encuentra apoyo en la jurisprudencia, cuando permite que la calificación pueda ser modificada por medio de un nuevo auto que deja sin efecto al anterior, declarando la insolvencia definitiva y concediendo al suspenso un nuevo plazo de quince días para afianzar la diferencia. La SAP de Barcelona de 6 de febrero de 1992 declaró que el Juez, *de motu proprio*, al tener conocimiento de que el pasivo es superior al activo, debe acomodar la situación jurídica a la realidad contable, dictando auto de insolvencia definitiva.

(3) El auto de declaración de suspensión de pagos es objeto también de publicidad en el Registro Civil cuando se trate de persona física (arts. 46 LRC y 178 RRC).

no constara o se hubiera producido alguna modificación), así como cuantas prohibiciones, limitaciones o cautelas hubiera considerado conveniente establecer el Juez a la vista de las particulares circunstancias de cada caso (art. 6 LSP).

No parece discutible la posibilidad de acceso al Registro de estas limitaciones o condicionamientos, si bien puede plantear dudas —como apunta CURIEL LORENTE (4)— la admisibilidad de pactos que impongan, sin más, prohibiciones absolutas de disponer: en contra, el principio de libertad de tráfico de los bienes (art. 27 LH); a favor, añade, el interés legítimo de los acreedores y la aprobación judicial del convenio, que podrían avalar la inscripción al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 LH. HERNÁNDEZ CRESPO (5) apunta también la posibilidad de que, rechazada la inscripción del pacto de prohibición de disponer, se obtenga mandamiento judicial para su anotación preventiva al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.4.º LH.

3. Inscripción del auto de aprobación del convenio entre el suspenso y sus acreedores o de la sentencia que recaiga en el incidente de oposición a su aprobación (art. 284.4.º RRM).

Aunque no existe previsión reglamentaria al respecto, entiende la doctrina que el auto de aprobación del convenio debe dar lugar a un asiento de inscripción toda vez que, en la mayoría de los casos, el convenio contiene un negocio determinante de una verdadera mutación jurídica de alcance real. No obstante, no parece que la cuestión revista mayor importancia porque los efectos serán siempre los mismos cualquiera que sea el tipo de asiento utilizado; y caso de que el convenio se reflejara mediante un asiento de anotación, la posibilidad de prórroga hace desaparecer en la práctica la única diferencia apreciable (6).

En el asiento que se practique se hará siempre constar el hecho de haberse alcanzado el convenio y la aprobación judicial del mismo.

(4) «El convenio en la suspensión de pagos y el Registro de la Propiedad», *Lunes 4,30*, núm. 129, 2.ª quincena de julio 1993, pág. 24.

(5) Trabajo citado, pág. 907.

(6) Nos recuerda MANZANO SOLANO (*Derecho Registral Inmobiliario*, CER del CNRP, vol. II, pág. 842) que la jurisprudencia hipotecaria no da mayor alcance a la clase de asiento que se haya practicado. También CURIEL LORENTE (trabajo citado, pág. 39) considera intrascendente la forma del asiento en relación con los efectos; y advierte que es el Registrador quien tiene la facultad de decidir la clase de asiento a practicar, independientemente de los términos empleados por la resolución judicial (poco precisa, con frecuencia, en este punto).

La aprobación del convenio implica la continuación de la suspensión o paralización de las ejecuciones singulares, consecuencia ésta que interesa publicar registralmente tanto para conocimiento de terceros como del propio Registrador, que habrá de tenerlo en cuenta en la calificación de actos posteriores. La recuperación del derecho de ejecución singular se producirá únicamente con la declaración del incumplimiento del convenio.

Se reflejarán, además y en su caso, en la inscripción del convenio todos aquellos pactos que afecten a las facultades dispositivas del titular registral o impliquen la constitución o modificación de derechos reales sobre los bienes o derechos inscritos. No parece, en cambio, necesario hacer constar en el asiento las estipulaciones o pactos (como los de simple quita o espera) de carácter exclusivamente personal.

Entiende HERNÁNDEZ CRESPO que las «transmisiones de bienes a los acreedores en pago de deudas, con carácter liberatorio, exigirán el otorgamiento del correspondiente título traslativo del dominio, sin que sea suficiente el acuerdo o convenio de que se transmiten determinados bienes para que se considere operada la transmisión, si bien el pacto será inscribible con el convenio». Pero se trata de una opinión difícilmente defendible hoy día si tenemos en cuenta el criterio jurisprudencial de tener por transmitido el dominio de los bienes cedidos en pago desde el momento en que se dicta el auto judicial de aprobación del convenio (SSTS de 13 de febrero de 1989 y 19 de octubre de 1992).

Es frecuente que en el propio convenio se fije un plazo determinado para su cumplimiento. Y para tales casos conviene tener en cuenta que el simple transcurso del plazo pactado no provoca la extinción del convenio ni conlleva la cancelación automática del asiento practicado, sea de inscripción o sea de anotación, siempre que ésta haya sido prorrogada. Así resulta de las Resoluciones de 11 de noviembre de 1975 y 17 de abril de 1989.

Resolución de 11 de noviembre de 1975 (en el convenio se compromete el suspenso a pagar a sus acreedores en un plazo de tres años, durante el cual puede una comisión de acreedores proceder —de acuerdo con el deudor— a la venta de los bienes de éste, y convirtiéndose la Comisión en liquidadora en caso de incumplimiento del convenio; se discute si es inscribible la venta realizada por el deudor, pasados los tres años, sin intervención de la Comisión de acreedores): el Registro publica la existencia de limitaciones de las facultades dispositivas del deudor, que deben

ser respetadas mientras los libros registrales no reflejen que existe una nueva situación patrimonial del deudor, sin que pueda pretenderse la cancelación automática de las restricciones que en orden a su capacidad se hubieran adoptado por el mero transcurso del plazo de duración del convenio.

Resolución de 17 de abril de 1989: el transcurso del plazo fijado no implica que el suspenso recupere la plena disponibilidad de su activo ni que los acreedores insatisfechos puedan promover la ejecución separada de sus créditos, sino la posibilidad de convocatoria de una nueva Junta (que cualquiera de los acreedores puede solicitar del Juez) para acordar lo procedente, *sin que sea posible una cancelación automática por vencimiento del plazo, puesto que la cancelación de la inscripción del convenio requiere providencia ejecutoria y consiguiente mandamiento judicial*.

4. Otras incidencias que pueden tener reflejo registral:

- a) Cese y nuevos nombramientos de Interventores (art. 284.5.º RRM).
- b) Adopción de nuevas medidas cautelares o modificación de las ya adoptadas, o —como dice el art. 284.5.º RRM— «cuantas resoluciones afecten a la limitación de las facultades patrimoniales del deudor».

Una de ellas podría ser la modificación de la calificación de la insolvencia que se hiciera en el auto de declaración de la suspensión de pagos.

Una vez firme el auto que declare (o confirme) la insolvencia definitiva (art. 20.1 LSP), procede la formación de pieza separada de retroacción. Opina CAMV (7) que en tal caso debe practicarse otra anotación que «modalizando la simple de suspensión de pagos extendida con anterioridad especifique ahora la especialidad que supone esta figura híbrida de suspensión de pagos y quiebra».

Entiendo, por mi parte, que no existe desde luego inconveniente para esta anotación «modalizadora» —si el Juez lo ordena y la situación registral lo permite— (8), pero que su utilidad no resulta clara porque la consecuencia (que ahora nos interesa) de la declaración o confirmación de insolvencia definitiva consiste en permitir a los Interventores el ejercicio de las acciones revocatorias de

(7) Obra citada, vol. VI, pág. 269.

(8) Pienso que esa anotación dirigida sólo a hacer constar la insolvencia definitiva no podría ser extendida, por ejemplo: si la anotación de suspensión de pagos no se practicó o se encuentra ya cancelada por caducidad, o si la finca aparece inscrita a favor de tercero en virtud de un título traslativo de fecha anterior a la suspensión de pagos.

los artículos 879 a 882 CCom para intentar la recuperación de bienes en poder de terceros, sobre los que no se habrá tomado la anotación de la suspensión de pagos y, por tanto, no podrá extenderse después esa nueva anotación, a no ser que el tercero haya sido demandado en juicio declarativo. Y para este caso lo que procede es la anotación de la demanda en que se ejercite la acción revocatoria, a cuyo efecto será indiferente que se haya extendido o no (en otras fincas) la nueva anotación derivada de la calificación de insolvencia definitiva.

c) Sobreseimiento del expediente (si el deudor no asiste a la Junta, si no se alcanza el *quorum* previsto en la Ley y si el convenio no resulta aprobado). El RRM (art. 284.3.º) se refiere al «acuerdo del Juez declarando legalmente concluido el expediente por no haber concurrido a la Junta el número mínimo de acreedores previsto en el artículo 13 LSP». El sobreseimiento del expediente —cualquiera que sea la causa— debe dar lugar a la cancelación de los asientos hasta entonces practicados.

d) Cumplimiento del convenio.

Ha sido opinión extendida en la doctrina mercantilista (GARRIGUES, URÍA, OLIVENCIA) que el expediente de suspensión de pagos termina con la aprobación del convenio, produciéndose —como dice OLIVENCIA— el resultado absurdo de que «el Registro se pare en un asiento de un auto aprobatorio de convenio, que puede quedar allí de por vida, sin que los terceros que tengan acceso al Registro sepan si se ha cumplido o no». Defendí distinto criterio en una colaboración publicada hace años (9), por entender que lo que realmente termina el expediente no es la aprobación, sino el cumplimiento o incumplimiento del convenio, y que el Juez podía conocer y decidir sobre tal circunstancia y ordenar su reflejo registral. Esta ha sido la opción elegida por la DGRN y por el RRM.

(9) En el *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 92, año 1974. Decía entonces que es cierto que con la aprobación del convenio terminan las actuaciones procesales propias del expediente y desaparecen las limitaciones impuestas al suspenso, que deberá atenderse en lo sucesivo a lo estipulado en el convenio; pero que también lo es: que la LSP no dice expresamente que el expediente termina con el auto aprobatorio del convenio; que, tras dicho auto, el Juez *adoptará las providencias que correspondan*, librando los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantiles y de la Propiedad (art. 17.1), lo que implica una actividad procesal posterior; que, en caso de incumplimiento del convenio, cualquier acreedor puede pedir su rescisión *ante el Juez que hubiere conocido de la suspensión* (art. 17 *in fine*); y que, según el artículo 23 LSP, «desde el momento de iniciarse el expediente de suspensión de pagos *hasta el cumplimiento total del convenio* será parte el Ministerio Fiscal».

No existen previsiones al respecto en la LSP, pero ello no quiere decir —como declaró la R. de 11 de noviembre de 1975— que no existan los medios adecuados para lograr la cancelación de las restricciones impuestas al suspenso. El RRM dispone (art. 289) que «*los asientos a que se refiere el artículo 284 (relativos a la suspensión de pagos) se cancelarán en virtud del mandamiento judicial, transcribiendo la parte dispositiva de la resolución judicial firme por la que se sobresea la suspensión de pagos o se declare el íntegro cumplimiento del convenio aprobado*».

En la práctica parece abrirse camino en la doctrina la posibilidad de que el cumplimiento del convenio sea declarado, bien mediante auto dictado a solicitud del suspenso y previa conformidad de los acreedores (o de los órganos de vigilancia y control establecidos en el convenio), bien mediante Sentencia recaída en procedimiento incidental tramitado a instancias del suspenso (10).

e) Rescisión del convenio (art. 17 LSP *in fine*).

Parece que en este caso el objeto de la publicidad registral sería la petición de la rescisión del convenio. La posible declaración posterior de quiebra será objeto de otro asiento, una vez recaída la pertinente resolución judicial.

f) Modificación del convenio.

Según la Resolución de 6 de abril de 1987, «cualquier modificación o desarrollo ulterior del convenio... deberá estar sujeto a idénticas garantías y controles, habrán de ser adoptados bilateralmente por el deudor y sus acreedores reunidos en Junta convocada y constituida con observancia de los requisitos previstos en la LSP, alcanzándose las mayorías previstas legalmente en función de su contenido mediante aprobación judicial; todo ello como garantía de los derechos de las minorías»

Distinta opinión mantiene CORDÓN MORENO (11), para quien la posibilidad de modificar del convenio *en Junta de Acreedores* —no prevista en la LSP— ha sido excluida por la jurisprudencia. Cita la STS de 20 de noviembre de 1928 (dictada para un caso de quiebra), contraria a la viabilidad de la modificación sin aprobación expresa de las personas a quienes pueda afectar, en cuanto los derechos que el convenio conceda a los acreedores no les pueden ser arrebatados sin su expresa voluntad individual. Entiende, en consecuencia, que el convenio no pueda ser alterado observando los trámites previstos en la Ley para su aprobación, sino que se

(10) HERNÁNDEZ CRESPO (trabajo citado, pág. 913) admite incluso el acceso al Registro de posibles cumplimientos parciales del convenio, que podrían hacerse constar mediante nota marginal.

(11) Obra citada, pág. 155.

requiere el consentimiento de todos y cada uno de los acreedores afectados.

g) Cancelaciones.

Las anotaciones de declaración de suspensión de pagos (o de admisión a trámite de la solicitud) se cancelarán por caducidad (si no han sido prorrogadas), conforme a las reglas generales. Fuera de este supuesto, sólo cabe la cancelación en virtud de resolución judicial firme (arts. 83 LH, 174 y 199 RH), que puede tener lugar cuando la finalidad del expediente quede frustrada, es decir, cuando el convenio entre deudor y acreedores no llegue a alcanzarse, cualquiera que sea la causa. De modo que —una vez firme el auto que acuerde el sobreseimiento— debe expedirse mandamiento ordenando la cancelación de los asientos registrales a que haya dado lugar la tramitación del expediente. Tal es el criterio que recoge el artículo 289 RRM.

¿Deben ser canceladas estas anotaciones cuando se proceda a la inscripción del convenio? Para CURIEL LORENTE (12) la cuestión es irrelevante, porque la anotación de suspensión de pagos nunca es un asiento de aquéllos de los que otro posterior puede traer causa. HERNÁNDEZ CRESPO (13) entiende que la cancelación de los asientos precedentes relativos a la suspensión de pagos no se produce de forma automática (como consecuencia de la inscripción del convenio), sino que deberá ser acordado directamente por el Juez.

Personalmente me inclino en contra de la cancelación. A partir de la inscripción del convenio, será el contenido de éste el que ha de tener en cuenta el Registrador para calificar los documentos que se presenten con posterioridad. La anotación de suspensión de pagos deja de producir efectos, pero ello no quiere decir que deba ser cancelada (el asiento se extingue, pero no se cancela). Incluso, en algún supuesto puede conservar una eficacia residual: por ejemplo, si ha transcurrido el plazo para llevar a cabo las previsiones del convenio, sin que hayan sido cumplidas, quedará aquél vacío de contenido, pero la situación concursal continúa mientras no tenga lugar la modificación o la rescisión del convenio. En esta línea cabe entender el artículo 289 RRM, cuando dispone que los asientos relativos a la suspensión de pagos se cancelarán en virtud de mandamiento judicial en que se transcriba la parte dispositiva de la resolución judicial por la que se declare el *íntegro cumplimiento del convenio*.

En cuanto a la inscripción del convenio, opina CURIEL: que no siempre será objeto de cancelación; que ésta interesará específicamente cuando se ha cumplido el convenio o se haya sobreseído el expediente y los bienes sigan perteneciendo al deudor; pero que si los bienes han dejado de

(12) Trabajo citado, pág. 39.

(13) Trabajo citado, pág. 908.

pertenecer al deudor, la cancelación no es necesaria ni, a su juicio, procedente.

Coincido con el parecer de CURIEL.

Si los bienes figuran ya inscritos a favor de terceros, lo habrá sido en virtud de títulos formalizados con arreglo a lo pactado en el convenio, cuya inscripción habrá perdido eficacia, pero constituye el eslabón que enlaza la inscripción a favor del suspenso con la del tercero (porque publica, por ejemplo, la titularidad de la masa de acreedores, caso de cesión en pago; o las facultades dispositivas del órgano creado al efecto, supuestos de cesión para pago o convenios de tipo liquidatorio).

Si los bienes siguen perteneciendo al deudor, puede decirse que tiene sentido la cancelación de la inscripción del convenio. Aunque creo que tampoco sería necesaria en el supuesto de que el cumplimiento del convenio haya tenido acceso al Registro, pues con ello se da publicidad registral a la finalización de la situación concursal.

B) CONCURSO Y QUIEBRA

No existen en el CCom ni en la LEC preceptos que se ocupen de la publicidad registral del concurso o la quiebra. Para el concurso, el artículo 1.175.3.º dispone que «los bienes inmuebles se pondrán bajo la administración del depositario, tomándose *anotación preventiva del embargo* en los respectivos Registros de la Propiedad». Para la quiebra, el artículo 1.333 LEC establece que, al dictar el auto de declaración de quiebra, el Juez hará el nombramiento de Comisario y *acordará lo demás que previene el artículo 1.044 del Código* (el de Comercio de 1829), que —en lo que ahora interesa— ordenaba «la publicación de la quiebra por edictos en el pueblo del domicilio del quebrado y demás donde tenga establecimientos mercantiles, y su inserción en el periódico de la plaza o de la provincia, si lo hubiere». No contamos, por tanto, con otras previsiones que las contenidas en la legislación hipotecaria y en el RRM.

1. Anotación de la demanda de declaración de quiebra (art. 42.5.º y R. de 20 de enero de 1986).
2. Anotación del auto de declaración de quiebra (cfr. art. 285.1.º RRM). Contiene el nombramiento de Comisario (auxiliar y delegado del Juez; le corresponde, entre otras funciones, presentar al Juez el estado de los acreedores del quebrado y la presidencia de las Juntas) y de Depositario (encargado de la administración interina de los bienes del quebrado hasta el nombramiento de los Síndicos).

Se refleja en el Registro de la Propiedad por medio de anotación preventiva, con vigencia de cuatro años, prorrogable [OLIVENCIA (14) propugna la forma de inscripción si el auto es firme].

La anotación puede extenderse, a mi juicio, tanto en virtud de mandamiento como de testimonio del auto. No es preciso que el auto haya ganado firmeza (art. 165 RH y R. de 2 de octubre de 1981).

Lo mismo cabe decir del concurso de acreedores. La solicitud de declaración judicial del concurso es anotable. También el auto que declare la situación de concurso (art. 1.160 LEC) es objeto de anotación.

GULLÓN BALLESTEROS (15) entiende que la declaración del concurso es inscribible siempre que la resolución judicial haya alcanzado firmeza; en otro caso sería anotable (16).

Para extender la anotación no es preciso que el auto que declare la quiebra sea firme (R. de 2 de octubre de 1981). A tenor del artículo 166.4.º RH, se hará constar en la anotación (de quiebra o concurso) el objeto de la resolución judicial y las circunstancias del titular de los bienes.

3. Anotación de cancelación de la anterior extendida en virtud de mandamiento librado al efecto una vez firme la sentencia que revoque el auto de declaración de quiebra (cfr. art. 285.2.º RRM).

4. Anotación de la resolución que fije definitivamente la fecha de retroacción de la quiebra (art. 285.3.º RRM), toda vez que la inicialmente fijada (al no ser definitiva, puesto que se hace «sin perjuicio de tercero») puede ser objeto de modificación.

A la fijación de la fecha de la retroacción se refiere el artículo 1.024 del CCom de 1829 (que tanto la doctrina como el TS considera vigente dada la remisión que se hace en los arts. 1.318 y 1.319 LEC), disponiendo que *en la primera audiencia declarará el Tribunal de Comercio el estado de quiebra, fijando en la misma*

(14) *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Montecorvo, Madrid, 1963.

(15) *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2060.

(16) Opina ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, Bosch, 1979, tomo IV, vol. 1.º, pág. 9) que no es admisible distinguir según que haya o no haya ganado firmeza la resolución judicial para proceder a la inscripción o a la anotación preventiva. Y entiende que «convendría aclarar el confusiónismo reinante», permitiendo que estas resoluciones judiciales (declarando la quiebra, el concurso o la suspensión de pagos) pudieran ser objeto de asiento de inscripción, si bien con la consistencia en el asiento de si tales resoluciones son o no firmes.

providencia, con calidad de por ahora y sin perjuicio, la época a que deben retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones.

Es doctrina reiterada del TS que la frase «sin perjuicio de tercero» contenida en el artículo 1.024 del CCom de 1829 hace referencia exclusivamente al derecho del tercero que se crea perjudicado para reclamar contra la fecha señalada en los autos de quiebra, que es donde únicamente puede discutirse este particular (17), ya que una vez fijada la fecha y firme la providencia hay que partir de aquélla para aplicar el artículo 878 CCom, no siendo posible procesalmente que ese acuerdo pase a discutirse e impugnarse en cada uno de los pleitos que la Sindicatura sostenga con terceros (STS de 15 de noviembre de 1991, entre otras). No cabe, en cambio, relacionar el artículo 1.024 CCom de 1829 con el artículo 878 CCom, al efecto de entender que la nulidad que este último proclama no afecta a los terceros relacionados con el quebrado en virtud de actos realizados durante el período de retroacción.

5. Anotación de la remoción o recusación del Comisario o del nombramiento o separación de Síndicos. El RRM (art. 285.5.º) considera inscribibles «las resoluciones judiciales relativas a la sindicatura».

6. Anotación de la calificación de la quiebra (art. 285.6.º RRM) en virtud de mandamiento al efecto o de testimonio de la Sentencia firme recaída.

(17) El hecho de que la fecha de la retroacción no sea definitiva y se establezca «sin perjuicio de tercero» permite: por una parte, el cambio o variación de la fecha, y por otra, la impugnación de la fijada.

La variación puede acordarse de oficio, ya que si el Juez es competente para fijarla, también lo será para acordar —por sí o a propuesta del Comisario— su modificación. También puede acordarse a petición de parte; pero sólo estará legitimada para ello la Sindicatura, ya que la modificación se lleva a cabo dentro de la sección 3.ª (retroacción), por lo que los terceros sólo pueden acudir en queja al Juez o al Comisario. La vía procesal adecuada será la incidental con llamamiento de cuantos tengan interés contradictorio.

Para impugnar la fecha fijada debe reconocerse legitimación tanto al deudor como a sus acreedores e, incluso, a los terceros que resulten afectados por el período de retroacción señalado («sin perjuicio de tercero»). La resolución que se dicte como consecuencia de la impugnación (del Juez o de la Audiencia que decida el posible recurso) implica la firmeza de la fecha fijada, que no puede ser nuevamente impugnada. Pero sí podrá ser objeto de modificación con arreglo a lo dicho más arriba (ver *Quiebra y retroacción* de GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, núm. 88, págs. 22 y sigs.). En cualquier caso, entiende CORDÓN MORENO (trabajo citado, pág. 243), que la omisión de la fecha de retroacción en el auto de declaración de quiebra puede ser subsanada por el Juez mediante nuevo auto complementario

7. Inscripción del auto que aprueba el convenio entre concursado o quebrado y sus acreedores.

No existen razones en contra de la posibilidad de reflejar en el Registro el incumplimiento del convenio (o nulidad o ineficacia del mismo) cuando los acreedores, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.919 CC, 906 CCom y 1.312.2.º LEC soliciten la continuación o declaración del concurso o la continuación de la quiebra.

8. Inscripción del auto de rehabilitación del quebrado.

Para su acceso al Registro debe ser firme, puesto que —según el art. 1.388 LEC— es apelable en ambos efectos. El artículo 289 RRM habla de sentencia firme de rehabilitación.

Con la rehabilitación del quebrado cesarán todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra (art. 922 CCom). Cabe, por tanto, que el auto (sentencia, según el RRM) de rehabilitación ordene, al mismo tiempo, la cancelación de las inscripciones o anotaciones directamente derivadas del proceso concursal. Pero aunque no fuera así, todos los asientos relativos a la quiebra perderán su eficacia por el hecho de la inscripción del auto de rehabilitación.

9. Incluye también el artículo 285 RRM —como susceptibles de inscripción— «las medidas cautelares a que se refiere el artículo 877 CCom».

Dispone este artículo que en caso de fuga del comerciante con cierre del establecimiento, sin dejar representante, bastará para la declaración de quiebra, a instancia del acreedor, que éste justifique su título y pruebe aquellos hechos. Añadiendo que en el caso de *fuga notoria* el Juez procederá, además, a la ocupación de los establecimientos del quebrado y prescribirá las medidas que exijan su conservación entretanto que los acreedores usan de su derecho sobre la declaración de quiebra.

Entiendo que estas medidas sólo deben tener acceso al Registro de la Propiedad cuando entrañen limitaciones a las facultades dispositivas del quebrado (por ejemplo, prohibiciones de disponer), pero no cuando sólo afecten a la posesión o conservación física de los bienes.

10. Cancelaciones.

El RRM (art. 289) establece que los asientos relativos a la quiebra se cancelarán en virtud de mandamiento judicial en que se transcriba la parte

dispositiva de la resolución judicial firme por la que se declare concluida la quiebra. En cambio, para la cancelación de la inhabilitación del quebrado exige —como hemos dicho— que el mandamiento transcriba la parte dispositiva de la sentencia firme de rehabilitación.

De lo hasta aquí dicho se deduce la amplitud de criterio que debe regir en materia de publicidad registral de las situaciones concursales, a cuyo amparo cualquier actuación procesal (que no tenga una trascendencia meramente interna) debe tener acceso a los libros del Registro. A ello no se oponen las normas estrictamente hipotecarias, insuficientes y meramente indicativas, pero no prohibitivas. Y, por otra parte, el criterio del RRM (18) —que hace una enumeración amplia y abierta de incidencias inscribibles— no puede ser ignorado en el ámbito inmobiliario, porque resultaría absurdo negar el acceso al Registro de la Propiedad a lo que encuentra vía libre para acceder al Mercantil si la persona o entidad en situación concursal tiene bienes o derechos inscritos. La Resolución de 25 de febrero de 1991 (19) declaró que el artículo 284.5 RRM, en armonía con el artículo 4 LSP, *establece la necesaria inscripción de cuantas resoluciones se dicten en el expediente de suspensión de pagos y afecten a la limitación de las facultades patrimoniales del deudor*.

El único condicionamiento —que parece innecesario recordar— consiste en la necesidad de que el asiento de que se trate sea ordenado en la correspondiente resolución judicial, toda vez que, en este campo, no cabría practicar asientos a instancia del deudor (titular registral) ni de sus acreedores, ni siquiera por acuerdo entre uno y otros.

II CONSECUENCIAS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SITUACIONES CONCURSALES

Como principios orientadores de carácter general, cabe proponer los siguientes:

* Ha sido objeto de larga discusión doctrinal si, a efectos registrales, la suspensión de pagos, el concurso y la quiebra deben ser asimiladas a las situaciones de incapacidad o a las de prohibiciones de disponer. Pero no

(18) Recuérdese que el artículo 284.5.º RRM considera inscribibles «cuantas resoluciones se dicten en el procedimiento de suspensión de pagos que afecten a la limitación de las facultades patrimoniales del deudor».

(19) Se discutía la cuestión —que la DGRN resuelve en sentido afirmativo— de si era necesaria la publicación en el *BORME* de la cancelación de la anotación preventiva de la resolución judicial por la que se tiene por solicitada la declaración de suspensión de pagos.

parece útil insistir en esta discusión, ya que no resulta posible deducir conclusiones definitivas de las insuficientes previsiones legales y reglamentarias.

Más razonable parece prescindir de calificaciones genéricas y atribuir a los asientos del Registro los efectos que se deriven de las normas sustantivas aplicables a cada situación concursal, siempre que no estén en contradicción con los principios y la función propia de la publicidad registral (20).

En definitiva, los asientos registrales no están publicando simplemente una limitación de la capacidad de obrar o una prohibición de disponer. Lo que el Registro hace público, en estos casos, es la situación concursal con todas sus consecuencias, que no sólo afectan a las potestades de gestión patrimonial del afectado, sino también a las posibilidades de actuación de sus acreedores, y que —además— interesa sea conocida por cualquier tercero que tenga o pretenda tener relaciones patrimoniales con el suspenso o quebrado, sin olvidar que la publicidad de las situaciones concursales resulta imprescindible al Registrador para el adecuado ejercicio de la función calificadora.

* No cabe atribuir carácter constitutivo (21) a la publicidad registral de las situaciones concursales. Su omisión en nada afecta a la existencia del estado legal ni a la posibilidad de hacerlo valer contra quienes contraten con el suspenso o el quebrado sin observar los requisitos legales pertinentes. No debe ocurrir lo mismo con relación a los subadquirientes que reúnan las exigencias del artículo 34 LH, que quedarían, en principio, a salvo de la nulidad del precedente acto adquisitivo.

* Función genérica de la publicidad registral es la de servir de base o fundamento a la calificación registral.

Si la especial situación jurídica del deudor (titular registral) no ha tenido acceso al Registro, no será posible tenerla en cuenta a la hora de decidir sobre la procedencia de despachar documentos que afecten a fincas inscritas a favor del suspenso o quebrado (incluso en el supuesto de que el Registrador tuviera conocimiento por otros medios, puesto que la calificación sólo puede apoyarse en el contenido del Registro y de los documentos presentados: cfr. R. de 17 de febrero de 1986, entre otras).

No obstante, si la existencia de la situación concursal no inscrita se desprende de los propios títulos presentados a inscripción,

(20) *Vid* HERNÁNDEZ CRESPO, trabajo citado, págs. 813 y sigs.

(21) Así lo reconoce la Resolución de 29 de junio de 1988 para un supuesto de suspensión de pagos. También en los trabajos citados, HERNÁNDEZ CRESPO (págs. 859 y 901) y CURIEL LORENTE (pág. 36).

el Registrador estará facultado para exigir que se presenten los documentos judiciales necesarios para que quede determinada la situación procesal existente en ese momento y concretadas, en consecuencia, las posibilidades de actuación del titular registral.

Quiere esto decir que si la situación legal del deudor no ha sido inscrita, los títulos que se presenten a inscripción (emanen o no de la voluntad del suspenso o quebrado) serán calificados conforme a las reglas generales y podrán tener acceso al Registro si no existen obstáculos de otra naturaleza. Si las cosas suceden de este modo, la aparición de terceros puede hacer fracasar o poner en peligro el desarrollo del procedimiento concursal, toda vez que —como veremos— la DGRN viene oponiéndose decididamente: a que se anote la declaración de quiebra en los folios abiertos a fincas que habiendo pertenecido al quebrado figuran inscritas a nombre de terceros; y a que sean cancelados los asientos extendidos a favor de adquirentes o subadquirentes (o se modifique, de cualquier manera, en perjuicio de éstos el contenido del Registro) *cuando tal resultado se pretende en virtud de resoluciones judiciales dimanantes del procedimiento de quiebra en el que no han sido parte ni han intervenido los titulares registrales afectados* (cfr. RR. de 24 de enero de 1979, 20 de enero de 1986 y 7 de noviembre de 1990).

En cambio, si los asientos registrales publican las distintas incidencias de expedientes o procedimiento, el Registrador contará con datos suficientes para controlar si los títulos que se presenten a inscripción han sido formalizados con observancia de los requisitos en cada caso exigibles.

A efectos de calificación, es suficiente que la situación concursal conste en el Libro de Incapacitados, sin que sea imprescindible que haya sido reflejada en el folio abierto a la finca objeto del acto o negocio que se califica (R. de 29 de junio de 1988). No estamos aquí en el ámbito de la posible protección del adquirente (que confía en el contenido del folio registral) contra limitaciones que no se hubieran hecho constar en el folio correspondiente a la finca adquirida.

Esta segunda posibilidad es la que ahora nos interesa al efecto de examinar la trascendencia que pueda tener en relación con futuras operaciones registrales.

La primera consecuencia, de carácter general, deriva de la *incompatibilidad* entre los estados de suspensión de pagos y quiebra (art. 9 LSP), que impedirá la inscripción de resoluciones judiciales que hagan referencia a la quiebra mientras esté vigente algún asiento que publique la situación de

suspensión de pagos. Para evitar la publicidad registral simultánea de dos situaciones incompatibles será preciso conseguir previamente la cancelación de los asientos relativos a la suspensión de pagos.

Según la STS de 7 de marzo de 1986, el artículo 9 LSP prohíbe que se pida la declaración de quiebra mientras el expediente de suspensión de pagos esté en tramitación y tal situación existe desde que se dicta la providencia teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos (art. 4 LSP).

La suspensión de pagos merece trato prioritario cuando ha sido solicitada antes de ser practicada la información testifical imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones (STS de 5 de julio de 1985), que constituye una «cuestión de hecho que sólo al Tribunal sentenciador corresponde apreciar por el resultado de las pruebas practicadas» (STS de 26 de octubre de 1978).

La STS de 27 de febrero de 1995 (cuestión de competencia entre dos Juzgados de Primera Instancia) (22) ha reconocido la prevalencia de la suspensión de pagos sobre la quiebra, apoyándose no sólo en las previsiones de la LSP, sino también en que el carácter preventivo o cautelar del procedimiento de suspensión de pagos permite restaurar, en mejor modo que la quiebra, la normalidad de la gestión económica del suspenso, sin detrimento de sus acreedores (23).

La SAP de Barcelona de 28 de julio de 1994 rechaza la petición de declaración de quiebra formulada por una sociedad en suspensión de pagos que había alcanzado un convenio con sus acreedores en tanto no cese el efecto vinculante del convenio, cosa que no acontece ni siquiera por el solo incumplimiento de lo convenido.

Otra consecuencia de la inscripción o anotación de «resoluciones judiciales dictadas en procedimientos concursales» es la obligación que impone

(22) El mismo día en que se promovió juicio de quiebra necesaria en uno de ellos, se solicitó la declaración de suspensión de pagos en el otro.

(23) No faltan, sin embargo, argumentos contrarios a la generalización del criterio de dar trato preferencial a la suspensión de pagos sobre la quiebra, basados fundamentalmente en que la necesidad de evitar maniobras fraudulentas impone la contemplación y examen de las circunstancias de cada caso concreto. Así, la STS de 7 de marzo de 1986 concedió preferencia a la quiebra para salir al paso de un posible fraude de Ley, que podría darse si se permitiera que la iniciación de un expediente de suspensión de pagos en cualquier momento paralizara la tramitación de la quiebra y la aplicación de las normas específicas dictadas para ésta. *Vid.* también la SAP de Barcelona de 27 de octubre de 1992.

el tercer párrafo del artículo 143 RH de comunicar su práctica a los Juzgados o Tribunales que hayan ordenado extender anotaciones de embargo sobre los mismos bienes.

Para determinar otras derivaciones más concretas, especialmente las conectadas con actos de disposición, anotaciones de embargo o enajenaciones judiciales, es preciso examinar separadamente las distintas situaciones concursales.

III. EFECTOS EN RELACION CON LA QUITA Y ESPERA

La publicidad registral de la solicitud de quita o espera, o la del convenio alcanzado, en su caso, tiene escasa trascendencia por los limitados efectos de esta situación concursal. En efecto.

A) La constancia registral de la solicitud de quita y espera:

* No sería obstáculo para la inscripción de actos de disposición o gravamen otorgados por el deudor, en cuanto aquella no implica limitación alguna de la capacidad patrimonial de éste.

* No impediría extender anotaciones de embargo o inscribir adjudicaciones judiciales o administrativas, toda vez que las ejecuciones pendientes no se acumulan al procedimiento de quita y espera. Y si bien se suspenden, si se hallan en vía de apremio, antes de proceder a la venta de los bienes, este efecto sólo tiene lugar *si el deudor lo solicita del Juez que conozca de la quita y espera, el cual lo comunicará a los otros por medio de oficio* (art. 1.135 LEC). Es decir, que, en definitiva, la suspensión de ejecuciones depende de la voluntad del deudor.

B) El convenio, por su parte, no limita las facultades del deudor para la administración y disposición de sus bienes y, además, su carácter vinculante es limitado en cuanto no es obligatorio para los acreedores (cfr. arts. 1.917 CC y 1.152 y 1.140 LEC).

* No comprendidos en la relación del deudor (que no serán citados para la Junta ni podrán tomar parte en ella: art. 1.133 LEC).

* Que gocen del derecho de abstención si no concurren a la Junta o no toman parte en la votación.

* Que no hayan sido citados personalmente para la Junta ni comparecido en la misma si no se les notifica el acuerdo favorable a solicitud del deudor (cfr. art. 1.145 LEC).

* O sean titulares de créditos surgidos con posterioridad al convenio.

La publicidad registral del convenio no sería obstáculo, por tanto, para:

— Inscribir actos de enajenación o gravamen otorgados voluntariamente por el deudor o derivados de la ejecución de créditos no vinculados por el convenio.

— Practicar anotaciones de embargo, cualquiera que fueran los créditos —vinculados o no por el convenio— cuyo pago se trata de garantizar. Para los no vinculados no existe duda, y para los vinculados tampoco debe haberla dado que el artículo 1.135 (que contempla los efectos de la solicitud) permite la continuación de la vía de apremio hasta la venta en subasta; y —por otra parte— se trata de una medida cautelar tendente a facilitar al acreedor afectado el ejercicio de su derecho en caso de incumplimiento del convenio, momento en el que *recobrarán los acreedores todos los derechos que contra aquél tenían antes del convenio* (sin perjuicio de que puedan solicitar la declaración de concurso) (art. 1.155 LEC).

Por tanto, las consecuencias de la publicidad registral del convenio quedarían reducidas al rechazo del acceso al Registro de las enajenaciones forzosas derivadas de la ejecución de créditos sometidos al convenio inscrito.

IV. EFECTOS EN RELACION CON LA SUSPENSION DE PAGOS

1. Período comprendido entre la declaración (o solicitud) del estado legal y la aprobación del convenio.

a) Actos dispositivos otorgados voluntariamente con anterioridad, que se presentan a inscripción después de anotada la solicitud o la declaración del estado legal.

Como regla, deben tener acceso al Registro tanto si se entiende que la publicidad registral del estado legal implica una anotación de incapacidad como si se asimila a una anotación de prohibición de enajenar, toda vez que ni la incapacidad ni la prohibición existían en el momento en que tuvo lugar el acto que con posterioridad pretende tener acceso al Registro.

Encontramos apoyo a esta resolución en las declaraciones de la Resolución de 14 de junio de 1973 (que consideró inscribible una escritura de segregación y concesión de opción de compra otorgada en representación

de una sociedad anónima cuando con posterioridad al otorgamiento pero antes de ser presentada la escritura en el Registro había sido extendida la anotación de suspensión de pagos de la sociedad).

Como excepción puede pensarse en aquellos supuestos en que la inscripción tiene carácter constitutivo. No cabría inscribir las escrituras de fecha anterior a la declaración de quiebra o suspensión de pagos en que se formalicen negocios jurídicos que generen derechos (como la hipoteca o el derecho de superficie) para cuyo nacimiento exija la Ley, como requisito constitutivo, el asiento registral. La razón reside en que en tales casos la mutación jurídico-real se produciría en el momento de la inscripción, o sea, cuando ya constan en el Registro las limitaciones que la Ley impone al titular registral para actuar por sí solo como consecuencia de su especial situación jurídica. En este sentido, la Resolución de 24 de abril de 1959 (dictada para un supuesto de quiebra).

b) Actos y negocios jurídicos realizados por el suspenso con posterioridad a la declaración del estado legal.

Aunque la declaración de suspensión de pagos no supone que el suspenso quede privado de la capacidad de obrar, sus posibilidades de actuación en la esfera patrimonial se ven limitadas por la necesaria fiscalización de los Interventores. Habrá que estar, por tanto, al artículo 6 LSP, y en consecuencia, la inscripción de los actos o negocios de disposición o gravamen sólo será posible cuando aparezcan cumplidos todos los requisitos previstos en la Ley (concurso o acuerdo de los Interventores o autorización judicial previa) para la validez y eficacia de los actos de trascendencia real que afecten al patrimonio del suspenso.

La STS (Civil) de 19 de abril de 1993 se muestra rigurosa en la exigencia puntual de todos los requisitos legales. Declara la nulidad por ilicitud de la causa de una hipoteca constituida —previa autorización judicial— a favor de una entidad bancaria y —aunque no parece razón determinante— se preocupa de reseñar que la escritura de hipoteca sólo la otorgan dos de los Interventores, prescindiendo del que resulta acreedor, «con lo que no se atendió al mandato del artículo 6 LSP que hace referencia a los Interventores para celebrar todo contrato, es decir y necesariamente a todos los designados judicialmente para cada supuesto concreto».

c) Anotaciones de embargo.

Con relación a la posibilidad de anotar embargos sobre bienes inscritos a favor de persona declarada en suspensión de pagos, la doctrina de la DGRN ha experimentado una lenta evolución, que ha desembocado finalmente en un criterio abiertamente favorable.

— En un primer momento, encontramos soluciones contradictorias (a favor: R. de 15 de febrero de 1962, embargo administrativo; en contra: RR. de 14 y 26 de noviembre de 1968, embargo judicial).

— En una segunda etapa (RR. de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971, 23 de noviembre de 1973, 25 de junio y 23 de octubre de 1979, relativas a embargos administrativos) se muestra favorable a la anotación siempre que en el mandamiento se contenga la salvedad de que no se llegará a la realización de los bienes mientras no haya terminado el expediente de suspensión de pagos.

— Finalmente, la Resolución de 20 de febrero de 1987 prescinde ya de este último requisito porque se trata de una exigencia formal sin fundamento normativo y porque si la paralización de la ejecución ha de producirse no será por la salvedad contenida en el mandamiento de embargo, sino por necesaria aplicación de normas sustantivas (art. 9 LSP).

El criterio favorable a la práctica de anotaciones de embargo, tras la declaración de la suspensión de pagos (y antes del convenio) se encuentra refrendado por las declaraciones de las Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 21 de marzo de 1994 y 15, 23 y 29 de marzo de 1995. Se resuelven en ellas conflictos planteados entre Juzgados de Primera Instancia que entienden de expedientes de suspensión de pagos y la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Se trataba de supuestos en que la providencia judicial admitiendo a trámite la solicitud de declaración de suspensión de pagos era *anterior* a la diligencia administrativa de embargo. No se discute la preferencia para llevar adelante la ejecución, que corresponde —por el principio de prioridad temporal— al procedimiento judicial. Lo que es objeto de controversia es si debe dejarse sin efecto la diligencia de embargo. Rechazan las sentencias citadas que el artículo 9 LSP sea aplicable a los embargos trabados por la Hacienda Pública: porque aquel precepto se refiere literal y exclusivamente a los embargos judiciales; por el principio de no suspensión del procedimiento de apremio recogido en los artículos 34.1 LGP y 136 LGT, y «*porque la suspensión de pagos, por naturaleza, lo único que persigue es paralizar los actos individuales de ejecución sobre el patrimonio del deudor* (salvo que se trate de bienes hipotecados o pignorados), paralización que no alcanza a las *medidas cautelares* que pueda adoptar la Administración Fiscal en ejercicio de sus prerrogativas». Entiendo que las palabras subrayadas enuncian un criterio válido para cualquier tipo de proceso de ejecución.

Por tanto, durante el período comprendido entre la anotación de la declaración (o solicitud) del estado de suspensión de pagos y la inscripción del convenio cabe extender anotaciones de embargo, sin hacer distinción alguna entre los mandamientos judiciales y los administrativos, y cualquiera que sea la clase de crédito (privilegiado o no) que se trate de asegurar con la anotación de embargo.

Parece claro que el Registrador no podría pronunciarse (expresa ni tácitamente) sobre este último punto. El reconocimiento de que determinado crédito tiene carácter privilegiado y goza del derecho de abstención corresponde a los Interventores, a la Junta o al órgano jurisdiccional, pero no al Registrador, quien —carente de atribuciones en esta materia— se vería imposibilitado de conceder trato diferente, según su propio criterio, a los distintos créditos. Con relación a las deudas de la masa mantiene la misma idea la Resolución de 17 de abril de 1989.

2. Período posterior a la inscripción del convenio.

Entre las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del convenio (contractualistas, procesalistas, eclécticas) parecen predominar en nuestra doctrina las tesis de tipo contractualista. El TS, por su parte, tiende a considerarlo como un negocio jurídico complejo en el que se integran factores contractuales y procesales (24), de interés privado y público, similar a los de naturaleza contractual, con matices o caracteres transaccionales, que no puede equipararse totalmente a un negocio privado por su marcado carácter público revelado por la intervención o aprobación judicial.

Pero a nuestros fines interesa, más que detenernos en este punto, hacer una breve referencia al contenido y a los efectos del convenio:

1. La LSP otorga a suspenso y acreedores completa libertad para configurar el contenido del convenio, en el que pueden incluir los pactos, limitaciones o condicionamientos que consideren más adecuados para conseguir la mejor satisfacción de los créditos. De aquí que el objeto y contenido del convenio pueda ser muy diverso, según los casos: simple quita o espera (o ambas cosas), intervención de las operaciones con nombramiento de órganos de administración y control, cesión de bienes para su realización y pago a los acreedores, dación de bienes en pago, etc. Lógicamente, lo

(24) De esta configuración se hace eco la Resolución de 27 de noviembre de 1974.

pactado en el convenio tendrá decisiva influencia no sólo en la actividad posterior del suspenso, sino también en las posibilidades de terceros para actuar sobre los bienes de aquél.

2. El convenio, tras su aprobación por el Juez, se convierte en Ley para acreedores y suspenso. Y en consecuencia:

* Su fuerza obligatoria alcanza tanto al suspenso como a todos sus acreedores, y no sólo a los que votaron a su favor, sino también a los disidentes y a los ausentes, con la única excepción de aquellos que, por tener derecho a ello, se hayan abstenido de concurrir a la Junta (GARRIGUES). Los pactos han de ser respetados en su integridad y obligan a las partes intervinientes (incluidos ausentes) y a sus herederos, sin más excepción que los créditos posteriores al convenio y aquellos a los que se ha reconocido el derecho de abstención (SAGREGA TIZÓN) (25).

* Pero el convenio no pone fin al expediente de suspensión de pagos: así parece deducirse de los artículos 17 y 23 LSP. En el mismo sentido se pronuncia GARAIZABAL FONTENLA (26). SAGREGA TIZÓN, por su parte, si bien dice en ocasiones que el convenio pone fin al expediente de suspensión, parece precisar más sus ideas en la página 157 del tomo III, al decir que: «el expediente de suspensión de pagos no queda totalmente concluso con sólo la aprobación del convenio» (citando el art. 17 LSP), y que «en trámite de cumplirse el convenio, no puede considerarse terminado y concluso el expediente».

El expediente quedará definitivamente concluido: bien cuando se dé total cumplimiento al convenio (cfr. art. 23 LSP), bien cuando aquél se declare rescindido por incumplimiento (art. 17 LSP), puesto que el convenio seguirá produciendo efecto —a pesar de su incumplimiento— mientras no se declare judicialmente rescindido (SAGREGA TIZÓN).

* Por otra parte, con la aprobación del convenio cesan los Interventores judiciales, a no ser que la Junta acuerde su continuación (art. 15 LSP). En tal caso, ya no actuarán en calidad de Interventores judiciales ni ostentarán la condición de representantes del Juez, sino que les corresponderá «la representación

(25) *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Bosch, 1974, tomo III, pág. 135.

(26) Trabajo citado, pág. 247.

de la masa para, en interés de ésta, ejercitar las acciones procedentes».

También desaparecen las limitaciones que derivan de la declaración del estado de suspensión de pagos; pero otras limitaciones, derivadas o impuestas por el convenio, pueden surgir para el suspenso (cfr. R. de 29 de junio de 1988).

* El convenio no impide el nacimiento de nuevas deudas, que pueden surgir: de la actividad del propio suspenso (si, tras el convenio, ha quedado libre de toda limitación) o de la actuación de los órganos de administración, control o intervención establecidos en el convenio para la fase posterior a su aprobación (27). Cabe también que en el convenio se nombre una comisión liquidadora, encargada de la enajenación de los bienes del suspenso y del reparto de su importe entre los acreedores.

Pues bien, alcanzado el convenio, el Juez dictará auto aprobándolo y «*mandando a los interesados estar y pasar por él*». La jurisprudencia suele interpretar el término «interesados» de manera muy amplia, entendiendo que «comprende a todos los acreedores sin excepción, *salvo aquellos que, teniéndolo, hubieran hecho uso de su derecho de abstención*, de modo que el convenio rige o se impone por igual no sólo a los acreedores concurrentes, sino también a los ausentes o ajenos a la suspensión, bien porque fueron omitidos por el deudor, bien por haber sido rechazada su inclusión en la lista definitiva de acreedores, porque si no fuera así resultaría ilusoria la paridad de condición de los acreedores sin derecho de abstención, que es la esencia de la suspensión de pagos» (SAP de Barcelona de 20 de octubre de 1993).

En relación con lo que ahora nos interesa, no cabe proponer soluciones de carácter general, toda vez que las soluciones a adoptar en relación con los actos inscribibles vendrán determinadas en gran parte por el contenido concreto del convenio aprobado. Podemos distinguir como supuestos más típicos los siguientes:

(27) La SAP de Barcelona de 24 de febrero de 1992 admite, incluso, la posibilidad de que a la Comisión de acreedores designada en el convenio se le atribuya la función de incluir, reducir o eliminar créditos.

a) *Convenios remisorios o dilatorios (quita o espera)*

— Actos de disposición.

Este tipo de convenio no impone limitación alguna a las potestades de gestión y disposición del suspenso, por lo que podrán ser inscritos los actos dispositivos otorgados solamente por el deudor (R. de 20 de septiembre de 1983).

Resolución de 20 de septiembre de 1983: inscrito un convenio simplemente dilatorio (pago aplazado en tres años, con devengo de intereses), en el que se crea una comisión encargada de intervenir y examinar la gestión comercial y administrativa de la entidad suspensa, se discute si debe ser inscrita la escritura de venta de un inmueble realizada por el deudor, dándose la circunstancia de que mediante acta notarial —posterior a la venta— se había hecho constar la oposición a la misma por parte de los miembros de la comisión.

Declara la DGRN que la venta debe ser inscrita, toda vez que el convenio no ha impuesto prohibición expresa o tácita de disponer, ni limita la capacidad general del deudor, en cuanto la comisión nombrada sólo aparece investida de funciones fiscalizadoras, por lo que no cabe ampliar su campo a la autorización o aprobación de las escrituras de venta otorgadas por el deudor, sin perjuicio —claro está— de que la inobservancia de las obligaciones contenidas en el convenio pueda dar lugar a su rescisión y consiguiente declaración de quiebra.

Por su parte, la Resolución de 11 de octubre de 1988 considera inscribible la venta de un inmueble otorgada por quien —según el convenio— resulta facultado para ello (y que, en este caso, era el propio suspenso, titular registral de la finca vendida), aun cuando ni el convenio ni la declaración de la situación concursal hubieran tenido previamente acceso al Registro.

— Anotaciones de embargo.

No procede extender anotaciones de embargo para asegurar el cobro de los créditos que resulten vinculados por el convenio, que —en definitiva— van a ser todos, salvo los que hayan hecho uso del derecho de abstención.

Pero será posible anotar embargos en seguridad de los siguientes grupos de créditos:

* Los créditos originados con posterioridad al convenio, derivados de negocios celebrados por el propio suspenso. Si los acreedores posteriores no resultan obligados por el convenio y en éste

no se establece ninguna limitación ni mecanismo de control, parece inevitable llegar a esta conclusión.

* Los créditos anteriores al convenio que por haber utilizado el *derecho de abstención* (28) que les corresponde (art. 15.3 LSP)

(28) No puede decirse, ciertamente, que sea reducida la lista de acreedores privilegiados que podrían invocar el derecho de abstención.

Tenemos, como regla general, lo dispuesto en el artículo 15 LSP, que menciona los créditos singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1, 2 y 3 del artículo 913 CCom. Entre los «privilegiados por derecho común» de que habla el artículo 913.1 CCom se encuentran tanto los singularmente privilegiados de los artículos 1.922 y 1.923 CC como los meramente privilegiados del artículo 1.924, incluyendo los que «consten por sentencia firme» (art. 1.924.3.º B) según la reiterada doctrina del TS. En cuanto a los créditos escriturarios (y los demás incluidos en los números 4.º, 5.º y 6.º del art. 913 CCom), no deben gozar del derecho de abstención (en este sentido, SAGRERA TIZÓN —RGD, año 1994, 8281 y sigs.—. MASCARELL NAVARRO y CORDÓN MORENO —obras citadas, págs. 115 y 105 respectivamente—) si se atiende a la literalidad del artículo 15 LSP (que sólo hace referencia a los tres primeros números del art. 913 CCom) y se tiene en cuenta que se trata de aplicar un privilegio derivado del origen o causa del crédito y no de la autenticidad de su fecha (S. Audiencia de Burgos de 11 de mayo de 1982). También ROJO FERNÁNDEZ-RÍO («La declaración judicial de suspensión de pagos», *Cuadernos de Derecho Judicial-Derecho Concursal*, CGPJ, Madrid, 1992, págs. 122-123) entiende que tanto los créditos escriturarios como los que consten en sentencia firme son créditos ordinarios o comunes y no créditos con derecho de abstención. No obstante, el TS (SS. de 21 de junio de 1984, 10 de noviembre de 1987 y 31 de diciembre de 1993) viene reconociendo el derecho de abstención a los créditos escriturarios.

Existen, además, varias disposiciones específicas:

1.º Créditos garantizados con hipoteca naval (art. 39.3.º Ley de 21 de agosto de 1893): el acreedor con hipoteca naval podrá ejercitar su derecho contra la nave o naves afectas a él cuando el deudor fuere declarado en quiebra o concurso. A efectos de preferencia de cobro ha de tenerse en cuenta que tanto en la jurisprudencia (SSTS de 22 de mayo de 1989, 22 de mayo y 5 de noviembre de 1990, 1 de julio de 1992) como en la doctrina se abre paso la opinión de que las normas sobre prelación contenidas en Ley especial y en el artículo 580 CCom deben ceder ante las recogidas en el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 (ratificado por España el 2 de junio de 1930).

2.º Créditos garantizados con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (arts. 10, 85 y 88 Ley de 16 de diciembre de 1954). Se les reconoce la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922.2.º y 1.926.1.º CC, y se dispone que en caso de quiebra no se incluirán en la masa los bienes hipotecados o pignorados mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta.

3.º Créditos derivados de la compraventa de bienes muebles a plazos (art. 19 Ley de 17 de julio de 1965). Se establece una norma idéntica a la del artículo 10 LHM, si bien ahora se añade que en los casos de suspensión de pagos el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado con derecho de abstención, según los artículos 15 y 22 LSP.

4.º Créditos por salarios e indemnizaciones por despido (art. 32.5 ET): «las acciones que pueden ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a que se refiere este artículo no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal».

tampoco quedan sujetos al contenido de aquél ni a la paralización prevista en el artículo 9 LSP. En este caso, será necesario acreditar: que el crédito reclamado ha sido incluido en la lista definitiva de acreedores, aprobada por el Juez, en el grupo [art. 12.1.ºF) LSP] de los que gozan del derecho de abstención; y que se ha hecho uso de tal derecho (cfr. último Considerando de la R. de 17 de febrero de 1986, referente a una escritura de compraventa judicial, que considero aplicable en este punto a las anotaciones de embargo).

Como medio de prueba podrían aportarse certificaciones libradas por los Interventores que acrediten la inclusión del crédito en el apartado F) de la lista definitiva aprobada por el Juez y la no

5.ª Derechos de autor. El artículo 54 de la Ley de 11 de noviembre de 1987, sobre propiedad intelectual, dispone que los créditos en dinero (a favor del autor) «por cesión de derechos de explotación tienen la misma consideración que la de los devengados por salarios o sueldos en los procedimientos concursales, con el límite de dos anualidades».

6.ª Créditos tributarios (art. 129.4 LGT): «el carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales».

7.ª Los créditos fiscales en favor de las Comunidades Europeas derivados de la aplicación del régimen de exacciones de la CEEA (y los recargos por demora, que «gozarán en los procedimientos de ejecución universal de la misma preferencia reconocida a los créditos de la misma naturaleza de que goza el Estado» (art. único de la Ley de 11 de noviembre de 1988).

8.ª Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta (y sus recargos e intereses), que gozan de la preferencia establecida en los artículos 1.924.1.º CC y 913.1.º D CCom). Los demás créditos de la Seguridad Social se incluyen entre los de los artículos 1.924.2.ºE CC y 913.1.ºD CCom): artículo 22 TR de la LGSS de 20 de junio de 1994.

9.ª Las prestaciones que deban satisfacer los empresarios (como consecuencia del sistema de la SS) «tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando al efecto del régimen establecido en el artículo 32 ET» (art. 121.2 TR de la LGSS)

10. Créditos por gastos comunes protegidos con la afección real del artículo 9.5 LPH.

11. Los créditos enumerados en el artículo 133 de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, a la que se reconoce privilegio especial sobre la aeronave y sobre la indemnización que corresponda.

12. Los créditos que el arrendatario tenga respecto del arrendador como consecuencia de contrato sujeto a la LAR, que tienen los mismos privilegios y garantías que los del acreedor refaccionario (art. 64 LAR).

13. Los anticipos que el cedente haga al aparcero para que éste pueda realizar las aportaciones que le son propias, que tendrán «a efectos de prelación la consideración establecida en el número 6 del artículo 1.922 CC» (art. 113 LAR).

No obstante, algún fallo de la jurisprudencia menor (SAP Santa Cruz de Tenerife) ha entendido que el derecho de abstención que el artículo 15 LSP concede a ciertos acreedores tiene la consecuencia de que, si no asisten a la Junta, no quedan obligados por sus acuerdos, pero —salvo que se trate de acreedores pignoratícios o hipotecarios— no les autoriza para realizar su crédito al margen de la suspensión, sin perjuicio de la preferencia que le corresponda, no afectada por los términos del convenio.

conurrencia a la Junta de acreedores (con referencia al acta de dicha Junta), así como testimonio del auto de aprobación del convenio.

En cuanto a los créditos tributarios, hay que partir del hecho de que la Hacienda Pública goza hoy del derecho de abstención y dispone de la posibilidad de suscribir convenios en los procedimientos concursales (arts. 129 LGT y 96 RGR). Ahora bien, como el derecho de abstención no es de obligado ejercicio, si la Hacienda se somete al convenio (lo que se produce *ministerio legis* por el simple hecho de concurrir a la Junta), pierde la posibilidad de ejecución separada (sin perjuicio de alegar los derechos de prelación de sus créditos).

b) *Convenios que impongan restricciones o limitaciones a las potestades de gestión del deudor*

— Los actos dispositivos voluntarios sólo tendrán vía libre al Registro cuando, siendo otorgados por el suspenso, se acredite la observancia de los requisitos de control previstos en el convenio (conurrencia o autorización de interventores o comisión de vigilancia, cautelas de tipo objetivo, etc.). Según la Resolución de 6 de abril de 1987, las disposiciones del convenio que puedan restringir la plena capacidad o las titularidades jurídicas del suspenso deben ser objeto de interpretación estricta.

Es frecuente que los convenios de este tipo contengan la previsión de que, transcurrido cierto período de tiempo sin que los créditos hayan sido satisfechos, el órgano de vigilancia o control se convertirá en Comisión Liquidadora con facultades dispositivas sobre los bienes del deudor. En tal caso, serán inscribibles los actos de enajenación o gravamen que la Comisión lleve a efecto, siempre que se someta a los requisitos y condicionamientos que puedan resultar del propio convenio. Si bien la inobservancia de las limitaciones impuestas a la actuación de la Comisión pueden ser salvadas mediante la intervención del deudor en el acto dispositivo (R. de 27 de noviembre de 1974).

Debe, además, tenerse en cuenta: que el órgano de vigilancia inicialmente establecido no adquiere el dominio de los bienes del suspenso por el hecho de convertirse en Comisión Liquidadora (STS de 26 de octubre de 1988, para un supuesto de tercería de dominio); y que el transcurso del plazo concedido a ésta para ejercer sus funciones sólo determina la pérdida de sus facultades

dispositivas, pero no provoca la recuperación por el suspenso de la plena disponibilidad del activo no realizado, ni hace desaparecer la prohibición de ejecuciones individuales (R. de 6 de abril de 1987).

— Anotaciones de embargo.

Serán anotables los embargos decretados por créditos que hayan hecho uso de su derecho de abstención, así como los que aseguren créditos nacidos después del convenio, que hayan surgido como consecuencia de la actuación del suspenso con las asistencias o autorizaciones previstas, o de la actuación del órgano de administración o gestión creado al efecto.

Si en el convenio se ha establecido algún mecanismo de administración, representación, vigilancia o control (Interventores de la masa, Comisión de Acreedores), la traba de bienes del suspenso será anotable cuando se trate de garantizar:

— Los créditos anteriores al convenio que hayan hecho uso de su derecho de abstención, acreditando esta circunstancia.

— Los créditos nacidos con posterioridad al convenio, que deban su origen: bien a la actividad del suspenso realizada con la intervención o conformidad del órgano de administración o control establecido, bien a la actuación de este último, si se le han atribuido facultades para ello.

Estamos aquí (al igual que en el supuesto de créditos derivados de la sola actuación del suspenso cuando el convenio no le impone limitación alguna) ante las denominadas por la doctrina «deudas de la masa», que no quedan sujetas al procedimiento concursal (no se insinúan en el procedimiento, no se someten a reconocimiento y graduación, no participan en las juntas de acreedores ni están sometidas a la ley del dividendo), sino que se satisfacen íntegramente mientras existan bienes en la masa y siguiendo el procedimiento ordinario (STS de 2 de octubre de 1953), sin quedar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 9 LSP (STS de 18 de noviembre de 1988) (29). La procedencia de apremiar fuera del pro-

(29) Se trataba de un juicio declarativo promovido contra un comerciante en suspensión de pagos y contra la Comisión Liquidadora nombrada en el convenio, como consecuencia de un contrato de compraventa concertado con posterioridad a la fecha de la declaración de la situación concursal y el nombramiento de Interventores, que tuvieron conocimiento y aprobaron el contrato litigioso y firmaron como libradores, junto con el suspenso, dos letras de cambio.

cedimiento concursal las denominadas «deudas de la masa» ha sido expresamente reconocida en el Auto de la Sala de Conflictos de 24 de enero de 1986 y la STS (Sala 1.ª) de 19 de junio de 1992.

Pero entiendo que, en todos estos casos, el embargo debe ser notificado al organismo de control o representación nacido del convenio para evitar que —llegado el momento de la enajenación judicial— no se pueda «dar efectividad registral a unas actuaciones procesales que no aparecen entabladas con la debida coparticipación de los interventores nombrados por los acreedores» (en palabras de la R. de 29 de junio de 1988) (30).

Y, además, será preciso que quede acreditado el carácter de deudas de la masa, toda vez que el Registrador carece de atribuciones para resolver sobre este extremo. En este sentido, la Resolución de 17 de abril de 1989 declaró que no corresponde al Registrador decidir si, no obstante haber surgido los créditos después del convenio, tienen o no preferencia por ser deudas de la masa, cuestión ésta que debe ventilarse en las mismas actuaciones de la suspensión (31).

c) *Convenios en que se pacta la constitución de garantías reales, especialmente hipotecas*

Se ocupa CURIEL LORENTE (32) del supuesto, quizá menos frecuente, de que se pacte en el convenio la constitución de garantías de carácter real (especialmente hipoteca) para asegurar el pago a los acreedores, entendiéndolo —con acierto, en mi opinión— que no existe inconveniente para los acuerdos de esta naturaleza, pero que (al ser difícil que en el convenio puedan cumplirse los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria) «su formalización habrá de hacerse con posterioridad en documento notarial en el que se concreten los bienes, se individualicen los créditos, se asignen responsabilidades separadas a cada uno de aquéllos y, sobre todo,

(30) Vid también Resoluciones de 21 y 23 de agosto de 1993.

(31) Entiende CORDÓN MORENO (*Suspensión de pagos y quiebra*, Aranzadi, 1995, pág. 116) que la ausencia en la suspensión de pagos de un cauce para el reconocimiento de las deudas de la masa se suele suplir en la práctica con el reconocimiento de la Junta de Acreedores y su inclusión en el convenio como créditos a satisfacer de manera preferente. Cabe también que tal reconocimiento se haga después del convenio por la Comisión Liquidadora (o cualquier otro órgano de representación de los acreedores, entiendo). Si no es así, no quedaría otra vía que el juicio declarativo.

(32) Trabajo citado, pág. 25.

se prevea el régimen de ejecuciones» (bien admitiendo que se puedan iniciar a instancia de cualquiera de los acreedores, bien exigiendo la actuación conjunta o estableciendo un órgano de representación de todos ellos). Añade que el convenio, en tal supuesto, debe entenderse cumplido con la formalización de las garantías, de modo que en caso de impago sólo cabe la ejecución de éstas, pero no la denuncia del convenio (salvo pacto en contrario).

d) *Convenios en que se acuerde la cesión de bienes a los acreedores para pago de las deudas*

— Actos de disposición.

Partimos de la idea de que la cesión de los bienes a los acreedores *para pago de las deudas* no produce la transmisión del dominio de los bienes cedidos. El deudor sigue siendo dueño de los bienes, aunque pierde sus facultades de disposición *inter vivos*. Los efectos propios de esta cesión para pago consiste en la transferencia a la colectividad de acreedores de las facultades dispositivas y en la afección de los bienes cedidos al pago preferente de aquellos créditos.

Es conclusión a que parece llegar la DGRN (RR. de 28 de enero de 1987 y 17 de abril de 1989), que parece inclinarse a configurar «la cesión para pago de deudas como un negocio —llámese fiduciario o no— por el que se transmite al cesionario una titularidad real que le faculta para, en nombre propio y con carácter exclusivo, liquidar los bienes del cedente y cobrarse con el producto obtenido», cuya inscripción es posible al amparo de los artículos 2.º 2 y 3, 20.4 LH y 7.º RH (R. de 28 de enero de 1987). De modo que, «*alcanzado en la suspensión de pagos acuerdo de liquidación extrajudicial del activo del suspenso para el pago de los créditos reconocidos en el expediente, se produce sobre dicho activo una mutación jurídica de alcance real consistente, por una parte, en el desplazamiento, en exclusiva, a la colectividad acreedora interesada de las facultades dispositivas inherentes a la finalidad liquidatoria perseguida, y por otra, una vinculación de los bienes en tanto se verifica esta liquidación en favor de todos y cada uno de los créditos reconocidos por virtud de la cual el importe obtenido en la realización queda afecto de modo preferente a su satisfacción*» Lo que es congruente con la libertad de creación de nuevos tipos de derechos reales dentro del respeto a las exigencias estructurales de esta categoría jurídica (arts. 2 LH y 7 RH) (R. de 17 de abril de 1989).

De todo esto se sigue que sólo serán inscribibles los actos dispositivos otorgados por la comisión liquidadora o el órgano de gestión creado al efecto, siempre —claro está— que actúe en uso de las facultades y con

observancia de los requisitos especialmente establecidos. No será necesaria la intervención del deudor-cedente, ni el otorgamiento de poderes por parte de éste a favor de la comisión liquidadora (aunque es frecuente que en los convenios se prevea la concesión de poderes por parte del suspenso). No obstante, la intervención del suspenso puede ser útil en algún supuesto, porque —como dice la R. de 27 de noviembre de 1974, para un caso de venta de inmuebles— «al haberse añadido la presencia del deudor se ha dado una garantía plena al acto *que hace innecesario el cumplimiento de las limitaciones impuestas*» a la Comisión Liquidadora (33).

— Anotaciones de embargo.

La situación es similar a la del supuesto anterior, puesto que los bienes siguen perteneciendo al suspenso (a pesar de la cesión para pago). Cabe, desde luego, anotar los embargos que garanticen créditos con derecho de abstención o créditos derivados de la actuación de la comisión u órgano de gestión establecido en el convenio. Pero la demanda debe ser dirigida o notificada al organismo de control o representación nacido del convenio (RR. de 29 de junio de 1988, 21 y 23 de agosto de 1993).

La Resolución de 17 de abril de 1989 se ocupa de un supuesto de este tipo: tras la inscripción de un convenio entre suspenso y acreedores en que se pactaba una cesión para pago de deudas, se presenta *mandamiento expedido por un Recaudador de Hacienda* interesando la anotación del embargo trabado en procedimiento de apremio por débitos fiscales.

La DGRN declara que, como se trata de créditos fiscales surgidos *en su mayor parte* con posterioridad a la aprobación del convenio (ignorándose si tienen su origen en actuaciones en interés de todos los acreedores o en la actividad del suspenso en cuanto haya quedado libre de limitaciones), y, por tanto, no incluidos en la lista de acreedores de la suspensión de pagos, *es útil admitir* en favor de la Hacienda la anotación de embargo *por si quedara remanente después de pagadas las deudas, y naturalmente sin prioridad registral tal como exigen los preceptos registrales*, y sin que, en particular, corresponda al Registrador decidir si, no obstante haber surgido los créditos después, tienen o no preferencia por ser deudas de la masa, cuestión ésta que debe ventilarse en las mismas actuaciones de la suspensión.

(33) Añade dicha Resolución que queda fuera del ámbito de la calificación el destino que se haya dado al precio de venta (una parte del mismo había sido retenido por la sociedad compradora para satisfacer a ciertos acreedores preferentes, titulares de cargas inscritas o anotadas).

Los problemas pueden presentarse con posterioridad cuando se trate de determinar la preferencia (y, por tanto, las posibles consecuencias cancelatorias) entre las enajenaciones judiciales o administrativas derivadas de estos embargos y las enajenaciones voluntarias otorgadas por la comisión u órgano de gestión en uso de las facultades dispositivas que les atribuye la cesión para pago.

En efecto, cuando se produzca la enajenación de los bienes, sea extrajudicialmente por la Comisión Liquidadora, sea como consecuencia de la vía de apremio judicial o administrativa (por ejecución del crédito posteriormente anotado), las dificultades se acumulan. Una vez inscrita la adquisición voluntaria (enajenación por la Comisión Liquidadora), ¿qué eficacia debe atribuirse a esas anotaciones posteriores al convenio de liquidación extrajudicial? O bien, ¿deben ser inscritas en todo caso las enajenaciones forzosas derivadas de la ejecución de los créditos anotados? ¿En qué medida afectan a la «mutación jurídica de alcance real» nacida del convenio a favor de los acreedores? Para un intento de aproximación a soluciones válidas, parece inevitable hacer una nueva distinción:

* Las anotaciones que aseguran créditos posteriores al convenio quedan siempre subordinadas al ejercicio por los acreedores de las facultades que aquél les atribuya. Como dice la Resolución de 17 de abril de 1989, la anotación es útil «por si quedara remanente después de pagadas las deudas». Parece que se está queriendo decir que estos anotantes posteriores sólo podrán cobrar con el remanente, si quedara, tras pagar a los acreedores sometidos al convenio.

Surge, entonces, la primera pregunta: ¿cuándo puede decirse que ha quedado remanente? No cabe recurrir al procedimiento de comparar la cantidad obtenida en la enajenación de la finca embargada y la suma garantizada con la traba de dicha finca. Y ello porque, en nuestro caso, la suma total obtenida mediante la realización de todos los bienes del suspenso está destinada al pago de todos los acreedores sometidos al convenio. Sólo comparando estas dos cantidades (importe total de los créditos-importe total obtenido) puede conocerse si existe o no sobrante. Hasta que llegue ese momento, nada podrá exigir el anotante posterior de la Comisión Liquidadora, aunque se haya formalizado la enajenación de la finca embargada. Cuando aquel dato quede determinado (una vez enajenados todos los bienes), puede ocurrir:

— Que el acreedor que obtuvo la anotación posterior al convenio resulte efectivamente satisfecho por existir sobrante, en cuyo

caso no surgirán dificultades para conseguir el mandamiento cancelatorio de la anotación.

— O que, por no existir remanente, no puedan ser atendidos esos créditos posteriores. No cabe pensar que, en este caso, la anotación de embargo mantenga su eficacia y pueda hacerse valer contra quien adquirió de la Comisión Liquidadora, ya que aquélla sólo tenía utilidad y sentido para el caso de que quedara remanente. Y si esto es así, ¿cómo puede el adquirente de la finca conseguir la cancelación de la anotación de embargo?

La colaboración del acreedor no es presumible y la tercería de dominio parece condenada al fracaso, puesto que el adquirentetercerista no era dueño de la finca en el momento del embargo.

Podría pensarse en una aplicación analógica de la doctrina de la DGRN para los casos de ejercicio del derecho de opción, condición resolutoria, etc., entendiendo que estamos ante un supuesto más de extinción del derecho embargado que conlleva la cancelación automática, sin necesidad de mandamiento, de la anotación. Pero aceptar esta solución supone que el Registrador tenga que pronunciarse sobre un dato (existencia o no de sobrante o remanente) que, por su trascendencia y complejidad, sólo puede quedar determinado por acuerdo de las partes interesadas o por decisión judicial.

Quedaría así, como única vía segura, la que ofrecen los artículos 83.III LH y 174.III RH, o sea, en definitiva, resolución judicial firme.

La otra cuestión hace referencia a las enajenaciones forzosas que pudieran derivarse de esas anotaciones posteriores al convenio. Si se presentan antes de que se haya inscrito la enajenación por la Comisión Liquidadora, no parece que exista ninguna razón decisiva para denegar su inscripción, pues el derecho atribuido a los acreedores por el convenio, configurado como derecho real de realización de valor, no cierra el Registro. Cuando, en momento posterior, se presente la enajenación formalizada por la Comisión Liquidadora, la inscripción de esta última exigirá la previa cancelación de la inscripción provocada por la enajenación forzosa, situación similar a la planteada en el párrafo anterior, aunque parezca aquí todavía más clara la necesidad de recurrir a la vía de los artículos 83.III LH y 174.III RH.

Si la enajenación forzosa se presenta en el Registro una vez inscrita la enajenación realizada por la Comisión, la inscripción de aquélla no será posible —aparte otras razones— por la imposibi-

lidad de conseguir la cancelación de la inscripción de la enajenación voluntaria.

* Ahora bien, las anotaciones que —aun practicadas con posterioridad— aseguran créditos anteriores al convenio que hicieron uso, en su día, del derecho de abstención no pueden recibir el mismo tratamiento.

— Por una parte, la inscripción de la enajenación voluntaria (por la Comisión) no habilita al adquirente para solicitar la cancelación de la anotación de embargo, aunque pueda demostrarse que no existió realmente (tras la enajenación de todo el activo), puesto que en este caso —a diferencia del anterior— la función de la anotación no consiste en asegurar el cobro para el caso de existencia de sobrante, ni el derecho de los acreedores goza de preferencia sobre el anotado. Quiere esto decir que la anotación de embargo conserva su eficacia y el adquirente puede verse en el trance de soportar la ejecución del crédito anotado. Por lo que su inscripción puede ser cancelada en virtud del mandamiento cancelatorio expedido conforme a las reglas generales (art. 175.2.º RH).

— Por otra parte, la inscripción de la enajenación forzosa (por ejecución del crédito anotado) —si es ésta la que llega al Registro en primer lugar— supondría un obstáculo insalvable para inscribir la enajenación voluntaria otorgada por la Comisión Liquidadora, puesto que el adquirente no podría alegar preferencia alguna para conseguir del Juez un mandamiento cancelatorio.

e) *Convenios en que se acuerde la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas*

— Actos de disposición.

Si en el convenio se pacta la cesión de bienes a los acreedores *en pago* de las deudas, se producirá una transmisión del dominio de los bienes cedidos a favor de la colectividad de acreedores, cuyos créditos quedan extinguidos. Sólo podrán ser inscritos los actos dispositivos otorgados por la comisión liquidadora o el órgano de gestión a quien se encomiende la realización de los bienes o —en su defecto— por todos los acreedores conjuntamente. La transmisión dominical —según ha declarado el TS— se produce, en tales casos, en el momento en que se dicta el auto de aprobación del convenio (cfr. STS de 13 de febrero de 1989 y 19 de octubre de 1992).

La Sentencia de 13 de febrero de 1989 (tercería de dominio) entendió que la tradición o entrega de los bienes del suspenso a los acreedores se produce en virtud de la aprobación judicial del convenio, por aplicación analógica del artículo 1.462 CC, dado que en el ámbito jurídico no puede darse a aquél menor alcance que a la escritura pública. La misma doctrina, en la STS de 19 de octubre de 1992: la transmisión de los acreedores del dominio de los bienes cedidos en pago de deudas se produce en el momento en que se dicta el auto judicial de aprobación del convenio; esta fecha es la que hay que comparar con la de la traba al efecto de determinar la procedencia de la tercería de dominio; el auto de adjudicación queda asimilado a la escritura pública a los efectos del artículo 1.462 CC.

En los casos de cesión en pago a favor de los acreedores no debe practicarse la inscripción a nombre de la comisión que normalmente se establece en el convenio (que no tiene personalidad jurídica ni ejerce facultades propias, no es más que un órgano erigido por los acreedores para facilitar su actuación, posible al amparo del art. 392.2 CC), sino en favor de la colectividad de acreedores, surgiendo así un supuesto de titularidad imperfectamente identificada en su composición, pero plenamente articulada en su funcionamiento, sin que por ello se resientan los principios básicos de nuestro sistema registral (R. de 28 de enero de 1987).

Estas palabras de la DG hacen recordar las ideas de GARRIGUES cuando (en relación con la quiebra) opinaba que la masa de acreedores constituye un ente jurídico transitorio creado como consecuencia de la situación concursal y dotado de capacidad para actuar en la esfera patrimonial del deudor por medio de sus representantes legales.

— Anotaciones de embargo.

Puesto que el dominio de los bienes ha sido transmitido a la colectividad de acreedores, no debe plantear dudas la posibilidad de la traba de bienes por *deudas contraídas por el órgano de gestión* designado, que actúa en representación de aquéllos. Se aplicarían las reglas ordinarias, con el requisito de que la demanda deberá ser dirigida contra el órgano de representación de los acreedores.

Menos clara aparece la posibilidad de anotar embargos decretados en garantía de créditos contra el suspenso, cuyos titulares hayan hecho uso del derecho de abstención: a favor juega el argumento de que estos acreedores privilegiados no deben resultar perjudicados por el contenido de un convenio que, según Ley, no les obliga; en contra, el hecho de que

cuando se ordena el embargo los bienes ya no pertenecen al deudor, y cuando se insta la anotación, los bienes no figuran ya inscritos a nombre del suspenso.

* En contra se alzan los principios de prioridad y tracto sucesivo: cuando se ordena el embargo, los bienes ya no pertenecen al deudor; y cuando se insta la anotación los bienes ya no figuran inscritos a favor del suspenso. Es el criterio que defiende CURIEL LORENTE (34): «si el convenio de cesión en pago de deudas transmite, según tiene declarado nuestra jurisprudencia, el dominio de los acreedores y éstos no asumen las deudas del suspenso, difícilmente puede aceptarse una acción ejecutiva dirigida con posterioridad contra el suspenso sobre bienes que hayan sido objeto de cesión». El derecho de los acreedores abstenidos o de los posteriores no se ve afectado por el convenio, pero el deudor no está obligado a mantener íntegro su patrimonio ni éste se transmite con la carga de atender el importe de aquellos créditos. «Los conflictos entre los créditos abstenidos y los obligados por el convenio van a tener que solucionarse por criterios de prioridad material o registral».

Como manera de salvar la situación conflictiva, apunta la de entender que cuando el convenio es liquidatorio se extiende también a los créditos abstenidos, o sea, que la liquidación ha de ser total, incluyendo a este grupo de créditos, que gozarán de su preferente derecho de cobro y a los que no perjudicará la reducción que hubiera podido acordarse (aunque reconoce que surge en contra la letra del art. 15 LSP). Quedando, en último término, a los acreedores abstenidos la posibilidad de impugnar el convenio (fraude de acreedores) o solicitar la declaración de quiebra con fijación de fecha de retroactividad que comprenda el convenio mismo.

* CORDÓN MORENO (obra citada, pág. 118) se pregunta qué ocurre cuando en la masa concursal no existen bienes para satisfacer las llamadas *deudas de la masa* (supuesto equivalente al de los créditos con derecho de abstención) por haber sido ya realizados o haberse cumplido las previsiones del convenio (caso, por ejemplo, de que se haya pactado la dación en pago de las deudas). Y entiende que debe reconocerse al acreedor de la masa la acción de repetición frente a los acreedores concursales, no porque estén obligados a pagar tales deudas, sino por el enriquecimiento injusto

(34) Trabajo citado, págs. 29-30.

que en ellos se produce como consecuencia de la violación de las normas que establecen el carácter preferente de aquellos créditos. Añade que —a falta de otras disposiciones tutelares— ha de reconocerse también a los acreedores de la masa la acción pauliana encaminada a la rescisión del convenio (por ejemplo, de dación en pago) realizado en fraude de acreedores.

* A favor de la posibilidad de anotar directamente el embargo juega el argumento —que he defendido en otra ocasión— de que el convenio carece de fuerza vinculante para los créditos anteriores que hayan hecho uso de su derecho de abstención, por lo que no deben resultar perjudicados por acuerdos, previsiones o pactos que no les afectan. Las dificultades que se derivan del principio de tracto sucesivo podrían ser salvadas entendiendo que los acreedores cesionarios no pueden recibir el patrimonio del suspenso libres de las deudas no extinguidas por la adjudicación en pago (aunque tampoco las asuman) (35); o dicho de otro modo, que los acreedores que hagan uso de su derecho de abstención no pueden resultar privados de su derecho a perseguir los bienes que fueron de su deudor, aunque en el momento de anotar el embargo ya no lo sean, como consecuencia de un convenio que, por disposición de la Ley, no les vincula.

Téngase en cuenta que admitiendo la viabilidad de la anotación de embargo se consigue directamente idéntico o similar resultado al que se obtendría utilizando cualquiera de las otras soluciones propuestas. En efecto:

— Si la vía de impugnación (CURIEL) tiene éxito, la consecuencia sería la cancelación de la inscripción del convenio: los bienes volverían a figurar inscritos a favor del suspenso, quedando abierto el camino para anotar los embargos que aseguren los créditos con derecho de abstención.

— Si se ejercita la acción de repetición por enriquecimiento injusto (CORDÓN), también procedería la anotación de embargo en ejecución de la sentencia condenatoria recaída en juicio declarativo.

De manera que, en ambos casos, el resultado final sería el mismo que se consigue permitiendo el acceso al Registro de los

(35) Podría intentarse el traslado a esta situación de las ideas sobre asientos «permeables» utilizadas en alguna ocasión por la DGRN con motivo de anotaciones de embargo en garantía de deudas contraídas por el marido sobre bienes inscritos a nombre de la mujer como consecuencia de la adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales realizada tras la modificación del régimen económico-matrimonial.

mandamientos de embargo por créditos con derecho de abstención, aun cuando ya figure inscrito el convenio de dación en pago.

* En cuanto a los créditos posteriores que tengan su origen en actuaciones de la Comisión de Acreedores (cuando ostente la representación de éstos y se desenvuelva dentro de las facultades que le hayan sido conferidas en el propio convenio), no existe, en realidad, especialidad alguna, toda vez que si los bienes —como consecuencia de la cesión en pago— han salido del patrimonio del suspenso y la deuda ha sido contraída por quien goza de facultades y legitimación suficiente, las reglas que deben ser aplicadas serán las ordinarias o comunes de los procesos de ejecución.

Ahora bien, en cualquier caso, la demanda debe ser dirigida contra el organismo de control o gestión nacido del convenio, representante de la colectividad de acreedores (dueña ahora de los bienes como consecuencia de la cesión en pago): Resolución de 23 de agosto de 1993.

3) Adjudicaciones judiciales o administrativas.

Consecuencia fundamental de la declaración de suspensión de pagos es la paralización —como regla— de las ejecuciones individuales (art. 9 LSP), con la excepción que representa la posibilidad de ejecución separada por parte de los acreedores que gocen del derecho de abstención (art. 15 LSP).

De aquí que la DGRN haya reconocido expresamente en varias resoluciones que en determinados supuestos es posible —a pesar de la publicidad registral de la suspensión de pagos— la inscripción de las adjudicaciones judiciales de bienes del suspenso.

Cuestión distinta es la de los requisitos o garantías que deben ser observados en las ejecuciones individuales para que la posterior adjudicación pueda ser inscrita. Según la DG (RR. de 17 de febrero de 1986, 29 de junio y 3 de noviembre de 1988):

* Por una parte, será preciso acreditar:

— Que el crédito ejecutado ha sido incluido en la lista definitiva de acreedores, aprobada por el Juez, precisamente en el grupo (art. 12.1.º F LSP) de los que gozan del derecho de abstención (36).

(36) Es doctrina jurisprudencial (STS de 24 de junio de 1991 y SAP de Orense de 5 de diciembre de 1994, entre otras) que el acreedor a quien no se hubiere reconocido el derecho de abstención en la lista provisional debe hacer uso de la vía incidental de impugnación establecida en el artículo 11 LSP, trámite que se considera «inderogable», de modo que si no solicita «oportunamente» el reconocimiento de aquel derecho no podrá posteriormente ejercitar su pretensión en juicio declarativo.

La STS (Civil) de 24 de junio de 1991 negó el derecho de ejecución separada a un acreedor hipotecario que había sido incluido en el apartado A) de la lista a que se refiere el artículo 12 LSP.

La STC de 2 de abril de 1986, en un supuesto de ejecución iniciada después de la declaración de suspensión de pagos, en que el Juez que entendía de un procedimiento judicial sumario decretó el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria por entender que la plena eficacia de la hipoteca era posterior a la declaración concursal, en la que había sido calificado de ordinario el crédito ejecutado, niega el amparo solicitado, considerando que la decisión de sobreseer la ejecución no viola el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor cuando éste dispone de otros medios para hacer valer su derecho.

— Y que —además— han hecho uso efectivo de tal derecho, puesto que si el acreedor concurre a la Junta, aunque no acepte el convenio, quedará vinculado por éste, perdiendo la posibilidad de ejecución individual («Los acreedores... podrán abstenerse de concurrir a la Junta; pero si concurren, quedarán obligados como acreedores»: art. 15 LSP).

La STS (Sala 6.ª) de 15 de diciembre de 1988 no reconoció el derecho de ejecución separada al trabajador que solicitó la incorporación de su crédito al régimen establecido en el convenio.

No debe olvidarse que la sumisión al convenio de los acreedores que —gozando del derecho de ejecución separada— asistan y voten en la Junta que delibere sobre aquél es una constante en nuestro Derecho concursal: artículos 1.140 y 1.152 LEC (quita y espera), 1.917 CC (concurso), 900 CCom (quiebra), 15 LSP.

En cuanto al medio de prueba, vale lo dicho anteriormente.

* Y, por otra parte, deberá comprobarse que en las actuaciones procesales han tenido la participación debida los órganos de administración, vigilancia o control previstos en la Ley o establecidos en el convenio. Aunque en este segundo punto no se pronuncia con excesiva precisión, parece que —según el Centro Directivo— debe darse a tales órganos de control el mismo trato que por Ley corresponda al propio deudor o a terceros interesados.

Idea esta que resulta confirmada por resoluciones más recientes de la DGRN (RR. de 21 y 23 de agosto de 1993 y 19 de octubre de 1994). Veamos:

— Resolución de 21 de agosto de 1993:

Supuesto de hecho: Escritura de adjudicación de bienes otorgada como consecuencia de la ejecución de una sentencia que declara nulos ciertos despidos y condena al pago de indemnización sustitutiva de la obligación de readmisión, dictada en procedimiento laboral seguido contra la entidad deudora, declarada en suspensión de pagos, y contra los Interventores. Al incoarse la ejecución y embargarse los bienes ya figuraba inscrito en el Registro el convenio entre el suspenso y sus acreedores, en el que se nombraba una Comisión de vigilancia y se pactaba que la entidad suspensa no podría vender sus bienes sin el previo consentimiento de la Comisión, siendo nulos los actos de disposición realizados sin tal requisito.

Declara la DG:

«No cabe ahora llevar al Registro la adjudicación en que desemboca el ejercicio aislado de unos créditos si no es acreditado cualquiera de estos extremos: a) Que las actuaciones ejecutivas se han llevado a cabo con intervención del órgano que, según el Registro, ha de velar por los intereses comunes, el cual, desde el Convenio, está constituido por la Comisión de Vigilancia, y a fin de que esta Comisión hubiera podido oponerse a la ejecución aislada y al cobro privilegiado si, conforme a la doctrina de la Sentencia de 12 de marzo de 1993, fueran improcedentes, o bien haber intervenido, en otro caso, en las diligencias de avalúo y subasta. b) Que, no obstante, se ordene practicar la inscripción por resolución judicial dictada en procedimiento adecuado con intervención en él de quienes, según el Registro, resulten ser interesados o del órgano colectivo instituido por éstos para velar por los intereses comunes en cuestión.»

— Resolución de 23 de agosto de 1993:

Sienta la misma doctrina para un supuesto análogo al anterior, con la única diferencia de que no resultaba claro del Convenio si se había querido pactar una cesión en pago o para pago de las deudas. Pero en ambos casos la ejecución aislada a instancias de un acreedor no sujeto al convenio requiere inexcusablemente que las actuaciones se sigan con la participación de la comisión erigida, de modo que quede debidamente salvaguardada la defensa de los legítimos intereses de los acreedores vinculados por el convenio.

Así ha de ser:

— Si existe adjudicación en pago, porque los bienes ya no pertenecen al deudor sino a la colectividad de acreedores, y contra

ella —a través de su órgano gestor— habrán de dirigirse las actuaciones judiciales pertinentes (principios de tutela judicial, relatividad de la cosa juzgada, legitimación y tracto sucesivo).

— Y si existe adjudicación para pago, porque —según un asiento registral ordenado por la autoridad judicial— el patrimonio del deudor ha quedado sujeto a un particular régimen de administración y disposición encaminado a su liquidación, que limita inequívocamente la potestad gestora del propio titular y restringe la eficacia procesal y registral de las decisiones judiciales si las actuaciones se han ventilado sólo contra ese titular, pues no es él quien tiene, conforme al Registro, las facultades dispositivas.

— Resolución de 19 de octubre de 1994:

Supuesto de hecho: Se presenta a inscripción una certificación librada por el Director Provincial de Barcelona de la TG de la Seguridad Social, por la que —como consecuencia de un procedimiento de apremio— se adjudica a dicho organismo determinada finca en pago de deudas a la Seguridad Social. Con anterioridad a la anotación de embargo derivada del apremio (letra B) se había extendido otra (letra A) que publicaba la suspensión de pagos de la sociedad apremiada. El Registrador deniega la inscripción alegando los artículos 9, 15 y 22 de la LSP.

La afirmación del recurrente de que el artículo 9 LSP no es aplicable en nuestro caso porque sólo se refiere a procedimientos judiciales y porque el apremio administrativo sólo puede suspenderse por las causas taxativamente señaladas en el Reglamento de Recaudación es rechazada por la DGRN alegando la equiparación a efectos ejecutivos entre sentencias y certificaciones de descubierta y la regla de prioridad derivada de la incoación del expediente de suspensión con anterioridad al procedimiento de apremio (la providencia ordenando la anotación de la suspensión de pagos se dictó el 2 de abril de 1990 y la providencia que decreta la anotación del embargo fue acordada el día 22 del mismo mes y año). Y añade que —sin prejuzgar si el crédito ejecutado goza o no del derecho de ejecución separada, lo que sería preciso en su caso— en el supuesto examinado no consta que las actuaciones ejecutivas se hayan realizado con intervención del órgano (en nuestro caso, los Interventores) al que corresponde velar por los intereses comunes de los acreedores del suspenso, a fin de que puedan oponerse a la ejecución —si fuera procedente— o, en otro caso, intervenir en el avalúo y la subasta.

Deja a salvo —al igual que en las RR. de 1993, ya reseñadas— la posibilidad de que se ordene practicar la inscripción por resolución judicial dictada en procedimiento adecuado con intervención en él de quienes, según el Registro, resulten ser interesados o del órgano instituido por éstos para velar por los intereses comunes.

V. EFECTOS EN RELACION CON LA QUIEBRA Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

La inhabilitación patrimonial derivada de aquellas situaciones (arts. 878 CCom y 1.914 CC), el embargo colectivo que implica el desapoderamiento de sus bienes (arts. 1.173 y 1.175.3.ª LEC, aplicables al concurso y, como supletorias a la quiebra: art. 1.319 LEC) (37) y las facultades de administración y representación atribuidas a los Síndicos (arts. 1.218, 1.319 y 1.366 LEC) juegan en contra de la posibilidad de inscribir actos dispositivos otorgados por el quebrado o concursado y dificultan considerablemente la anotación de embargos sobre bienes de la masa. Veamos las posibilidades en uno y otro supuesto:

A) ANOTACIONES DE EMBARGO

Hay que partir, como regla, de que no deben tener acceso al Registro los mandamientos de embargo que se presenten tras la publicación registral de la quiebra o el concurso como consecuencia del embargo colectivo que implican la declaración de dichas situaciones concursales y del hecho de que no existe en estos casos la utilidad residual que conserva la anotación de embargo de bienes del suspenso, puesto que la inexistencia, nulidad o rescisión del convenio, en la quiebra o el concurso, no abre a los acreedores la vía de la ejecución separada, sino que determina en todo caso la continuación o reanudación del procedimiento concursal (arts. 1.919 CC, 1.312.2.º LEC y 906 CCom).

Ahora bien, estas consideraciones —válidas en términos generales— deben sufrir ciertas matizaciones si examinamos con más detalle los supuestos concretos que pueden plantearse. En efecto:

1. No parece que esa regla general deba ser aplicada cuando con anterioridad a la declaración de quiebra o concurso se haya iniciado la ejecución de un crédito que goce del derecho de separación absoluta.

(37) La doctrina, al tratar de la naturaleza —discutida— del auto de declaración de quiebra, suele destacar su naturaleza ejecutiva, análoga a la del auto por el que se despacha la ejecución en el juicio ejecutivo.

Así ocurre: para la quiebra, con los acreedores con prenda constituida en escritura o póliza intervenida por agente o corredor; con los acreedores hipotecarios (ya voluntarios, ya legales) y con los garantizados, con hipoteca naval (arts. 918 y 919 CCom, 10 LHM, 39.3.^a LHN y 166, 1.003 y 1.187 LEC).

Lo mismo debe ocurrir con otros créditos que gocen también, según otras disposiciones especiales, del derecho de ejecución separada, entre los que se encuentran, por ejemplo, los créditos laborales a que se refiere el artículo 32 ET.

Tras la última reforma del ET, el derecho de ejecución separada se reconoce a los créditos salariales y a las indemnizaciones por despido a que se refiere el artículo 32. *«Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo no quedarán en suspenso por la tramitación de un proceso concursal»* (art. 32 del Texto Refundido aprobado por RD Legislativo de 24 de marzo de 1995).

La jurisprudencia se ha mostrado vacilante a la hora de decidir si es o no requisito necesario para la ejecución separada que la ejecución laboral se haya iniciado antes de la declaración de la situación concursal, si bien la más reciente se inclina a favor de la procedencia del apremio laboral en todo caso (*vid.* Auto de la Sala de Conflictos del TS de 27 de junio de 1992 (38) (39)).

2. La regla de paralización de ejecuciones tampoco debe jugar en los supuestos de prevalencia procesal legalmente previstos.

(38) En un primer momento, la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 16 de septiembre de 1982 declaró que los créditos laborales deben ser trasladados al proceso de quiebra para su graduación y pago; poco después dos Autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1983 abogan por la ejecución separada (si bien parece que el apremio laboral se había iniciado con anterioridad a la declaración de quiebra). En el año 1984 afloran dos fallos de distinto signo: la STS (Social) de 15 de marzo, que confirma la decisión del Magistrado de Trabajo de paralizar la ejecución laboral al oponerse el empresario alegando su situación de suspensión de pagos, y el Auto de la Sala de Conflictos de 10 de mayo, que ordena el Juez que entendía de la quiebra poner a disposición de la Magistratura un depósito en metálico, sin que represente obstáculo alguno el hecho de que el Juez civil se haya apoderado ya de todos los bienes del deudor.

Vid. más adelante sobre esta materia RÍOS SALMERÓN («El nuevo régimen jurídico del salario», tomo I, vol. 1.^o, de *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, 1994, págs. 388 y sigs.).

(39) Parece apuntar en distinta dirección la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de noviembre de 1994, aunque ciertamente en el supuesto enjuiciado no entraba en conflicto ningún proceso concursal, sino dos ejecuciones singulares (seguidas una de ellas por la Tesorería de la Seguridad Social y la otra por un Juzgado de lo Social) que habían dado lugar a un doble embargo sobre los mismos bienes. El Tribunal reconoce preferencia para continuar la ejecución a la Tesorería porque la fecha del embargo administrativo era anterior a la de la traba decretada en la ejecución laboral.

a) Para los créditos tributarios, el artículo 129 LGT (tras la Ley de modificación parcial de 20 de julio de 1995), otorgando rango legal a las previsiones del artículo 95 RGR (apoyadas con anterioridad en el art. 39.2 LGP), dispone que el procedimiento administrativo de apremio no será acumulable a los judiciales ni a otros procesos de ejecución, y que *su iniciación o continuación no se suspenderán por la iniciación de aquéllos, salvo cuando proceda de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, o en las normas sobre concurrencia de procedimientos.*

En el caso de concurrencia del procedimiento de apremio *para la recaudación de los tributos* (40) con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o *universales, judiciales o no judiciales*, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada por su prioridad temporal, comparando las siguientes fechas:

* Respecto del procedimiento de quiebra, hay que estar «a la fecha del proceso concursal» [art. 129.3.b) LGT], si bien el RGR, con mayor precisión, nos remite a fecha del auto de declaración de quiebra o concurso.

* Y en el procedimiento administrativo, el artículo 95 RGR estableció que se estará a la *fecha de la providencia de embargo*.

Esta referencia temporal ha sido criticada por SÁNCHEZ SOCAS y TORRES FERNÁNDEZ (41), toda vez que la providencia de embargo es un acto —sin trascendencia externa— de afectación *genérica* de los bienes del deudor. Consideran que hubiera sido más adecuado atender a la fecha de la *diligencia de embargo* en cuanto entraña una actuación concreta que determina la traba efectiva de bienes determinados. Por su parte, ZABALA, LLOPIS y DAGO (42) no ocultan sus recelos, porque entienden que la remisión a la providencia de embargo a efectos de prevalencia procedimental introduce inseguridad: dicha providencia, por su contenido genérico y sin referencia a bienes concretos, tiende a ser considerada acto de mero trámite, usualmente no notificado —el RGR no menciona su notificación—, con lo que el deudor, los acreedores, los órganos concursales o el Juez pueden desconocerla en el momento oportuno.

(40) No, por tanto, cuando se trate de otros ingresos de derecho público.

(41) «La Hacienda frente a las quiebras y suspensiones de pagos», *Diálogos de Derecho*, Instituto de Empresa, Madrid, 1992, pág. 59.

(42) *Recaudación*, CISS, 1993, pág. 410.

Actualmente, tras la última reforma de la LGT que viene a otorgar rango legal a las previsiones reglamentarias, la cuestión no es tan clara, puesto que el nuevo artículo 129 dispone que en los supuestos de concurrencia del procedimiento de apremio con procesos concursales, el primero tendrá preferencia *«para la ejecución de los bienes o derechos que hayan sido objeto de embargo en el curso del mismo, siempre que dicho embargo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha del proceso concursal»*. La LGT no hace referencia ya a la afectación genérica que implica la providencia de embargo, sino claramente habla de «bienes o derechos que hayan sido objeto de embargo», lo que nos remite a la traba efectiva de bienes concretos que deriva de la diligencia de embargo. Parece, por tanto, que la fecha que ha de prevalecer y debe tenerse en cuenta a efectos de preferencia para la ejecución será la legal (diligencia de embargo) y no la reglamentaria (providencia de embargo). En el supuesto de coincidencia de fechas deben prevalecer las actuaciones judiciales sobre las administrativas (STS de 26 de octubre de 1987).

No se tiene en cuenta la fecha de la anotación preventiva de embargo de acuerdo con antecedentes jurisprudenciales.

Parece consecuencia lógica, por tanto, que si la fecha de la diligencia de embargo es anterior a la del auto que declara la quiebra debe ser posible la anotación del embargo administrativo, aunque el correspondiente mandamiento llegue al Registro con posterioridad a la constancia registral de la declaración de quiebra.

En la Circular conjunta de la Secretaría General de Hacienda y de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 25 de junio de 1990 —que se ocupa específicamente de las relaciones de los apremios administrativos con los procedimientos concursales— se ordena a los órganos de recaudación continuar la ejecución separada de las deudas apremiadas con embargo anterior a la fecha del auto de declaración de quiebra, *«si bien previamente se comunicará tal decisión —la de continuar el apremio— a los órganos del proceso por si deciden satisfacer la deuda»*.

b) Para los embargos que aseguren el cobro de débitos por cuotas y demás recursos de la Seguridad Social, los artículos 60.2, 108.3 y 184.3 del nuevo RGRSS de 6 de octubre de 1995 contiene una regulación similar a la establecida por el RGR, por lo que la solución para nuestro caso debe ser la misma (43).

(43) Conviene tener en cuenta que las normas que regulan la prevalencia procesal solamente determinan el órgano (judicial o administrativo) que debe continuar la vía de apremio, pero nada prejuzgan acerca de la preferencia de los créditos que hayan origi-

3. Otra posible excepción podría encontrarse en el supuesto de que, formulada propuesta de convenio, el acreedor (que goce de tal facultad) optara por abstenerse de tomar parte en la Junta que sobre el mismo ha de resolver (arts. 900 CCom y 1.917 CC). Tal derecho se reconoce a «los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios» (según el art. 900 CCom) o «los acreedores comprendidos en los artículos 1.922, 1.923 y 1.924» (según el art. 1.917 CC), sin excluir a los beneficiados con igual facultad por disposiciones especiales.

A los acreedores que hagan uso del derecho de abstención, el convenio «no les parará perjuicio en sus respectivos derechos» (art. 900 CCom), no quedan obligados por el convenio (art. 1.917 CC) lo que debe querer decir que conservarán intacto su crédito con su privilegio o su garantía. Y ello implica la posibilidad de seguir la ejecución de sus créditos con separación del procedimiento concursal.

En estos casos no surgirá obstáculo para extender la anotación del embargo que se decreta en la ejecución separada. Si bien deberá acreditarse: que el acreedor ejecutante se abstuvo de concurrir a la Junta que deliberó sobre el convenio y que éste quedó finalmente aprobado (puesto que si el convenio no obtiene la aprobación de la Junta o es impugnado con éxito, el procedimiento concursal continúa); y que la traba o afección de bienes ha sido notificada, en su caso, al órgano de intervención o control establecido por el convenio (cfr. arts. 1.162 y 1.163 CCom de 1829).

4. Un último supuesto estaría representado por los créditos que nazcan con posterioridad a la declaración de quiebra o concurso. Los Síndicos pueden acordar la continuidad de la actividad de la empresa y de los contratos de trabajo (art. 51.11 ET) y, como consecuencia, pueden surgir nuevos créditos salariales tras la declaración de una u otra situación. También continuarán los contratos de trabajo si no se adopta acuerdo expreso ni se inicia el expediente de crisis. Pueden existir, además, otros créditos que surgen de forma automática: por razón de impuestos (por ejemplo, el impuesto sobre bienes inmuebles), por gastos en el régimen de propiedad horizontal, etc. Aparte los que puedan contraer los órganos de administración y representación de la masa.

Estos nuevos créditos, en cuanto deudas de la masa, no quedan sujetos al procedimiento concursal (no se insinúan en el procedimiento, no se someten a reconocimiento y graduación, no participan en las Juntas de

nado las distintas ejecuciones. Nos lo recuerda la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de noviembre de 1994 (al resolver un conflicto jurisdiccional planteado entre un Juzgado de lo Social y la Tesorería de la Seguridad Social): «Lo que ocupa la atención de este Tribunal de Conflictos no es el problema de la preferencia de créditos (...), sino que eso es una cuestión ajena a lo que aquí se ha de fallar y que deberá resolver en la instancia correspondiente».

acreedores ni están sometidos a la ley del dividendo), sino que se satisfacen íntegramente mientras existan bienes en la masa y siguiendo el procedimiento ordinario (STS de 2 de octubre de 1953). La procedencia de apremiar fuera del procedimiento concursal las denominadas «deudas de la masa» ha sido expresamente reconocida por el Auto de la Sala de Conflictos de 24 de enero de 1986 y la STS (Sala 1.ª) de 19 de junio de 1992.

Consecuentemente, el embargo que se decrete en tales casos debe tener abierta la entrada al Registro siempre que la demanda entablada en su día haya sido dirigida contra los Síndicos.

Recuérdese: que según el artículo 1.218.1.ª es atribución de los Síndicos «representar al concurso en juicio y fuera de él, defendiendo sus derechos y ejercitando las acciones y excepciones que les competan; y que el artículo 1.090 CCom de 1829 dispone que «las demandas civiles contra el quebrado que se hallen pendientes al tiempo de hacerse la declaración de quiebra, y las que posteriormente se intenten contra sus bienes, se seguirán y sustanciarán con los Síndicos». Según CORDÓN MORENO (trabajo citado, pág. 209), entiende la doctrina que la declaración de quiebra produce la pérdida de la legitimación procesal por parte del quebrado para litigar sobre sus bienes, por imposibilidad fundada en el desapoderamiento que provoca la transmisión a sus acreedores de las facultades procesales correspondientes, no por vía de representación, sino de sustitución (art. 1.091 CCom de 1829).

B) ACTOS DE DISPOSICIÓN

En relación con los actos de enajenación o gravamen, es preciso distinguir según tengan carácter voluntario o forzoso:

a) Los *voluntarios* pueden proceder del propio quebrado o de los órganos de la quiebra.

1. Si procedieran *del propio quebrado* o declarado en concurso, pueden ser:

* De fecha anterior a la fijada como límite del período de retroacción:

Como regla, debe admitirse la posibilidad de inscripción, toda vez que tales actos que, con retraso, llegan al Registro fueron realizados en un momento en que no existían restricciones a las facultades dispositivas de quien fue posteriormente declarado en quiebra o concurso (tanto si se entiende que la declaración de uno u otro estado implica una incapacidad

como una prohibición de enajenar). Pueden traerse a colación aquí *a sensu contrario* las consideraciones de la Resolución de 24 de abril de 1959.

Deben exceptuarse aquellos supuestos en que la inscripción tiene carácter constitutivo si atendemos a la jurisprudencia dominante.

La Resolución de 24 de abril de 1959 rechazó la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario que, aunque de fecha anterior a la fecha de retroacción de la quiebra, fue presentada en el Registro después de anotado el estado legal.

La STS de 13 de julio de 1984 considera, en cambio, que el momento decisivo —a efectos de la retroacción— es el del otorgamiento de la escritura, quedando a salvo desde dicho momento el contrato de hipoteca de las consecuencias anulatorias de la retroacción de la quiebra.

Pero otra STS más reciente, la de 4 de julio de 1989, declara que, como la hipoteca queda constituida con absoluta validez en la fecha de su acceso al Registro y no en la fecha de la escritura, le alcanza la retroacción de los efectos de la declaración de quiebra, *aunque la escritura pública sea de fecha anterior*, sin que pueda concederse eficacia obstativa a la doctrina de la STS de 13 de julio de 1984 por tratarse de una resolución aislada. Añade que debe diferenciarse entre el *préstamo* convenido en escritura pública, que tendrá plena validez y eficacia si es anterior a la fecha de la retroacción, y la *hipoteca* que se constituye con validez desde la fecha de acceso al Registro, por lo que si ésta es posterior a la de la retroacción quedará sujeta a las consecuencias de la declaración de quiebra.

También incide en este problema la STC de 2 de abril de 1986 (recurso de amparo). El supuesto de hecho era el siguiente: Otorgada escritura de préstamo hipotecario, el deudor es declarado en suspensión de pagos antes de que la escritura se inscriba en el Registro; iniciado el procedimiento judicial sumario, el Juzgado ordena el sobreseimiento porque el crédito había sido calificado de ordinario en el expediente de suspensión; confirmada esta decisión por la Audiencia, el acreedor recurre en amparo. El TC deniega el amparo solicitado, alegando que (cualquiera que sea la respuesta correcta al problema discutido de si el Juez que tramita el procedimiento puede examinar la eficacia *erga omnes* de la escritura de hipoteca) si el Tribunal toma la decisión de sobreseer el proceso *por considerar que la plena eficacia de la hipoteca era posterior a la suspensión de pagos*, no viola el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor hipotecario cuando éste dispone de otros medios para hacer valer su derecho.

* Realizadas dentro del período de retroacción:

En este caso, la regla general ha de ser la contraria. Entender que no cabe el acceso al Registro de actos que: o bien son nulos con arreglo a la Ley (es la opinión de CAMY) (44), o bien están amenazados de impugnación (siendo así que el Registro sólo debe acoger los actos válidos y eficaces). Pero esto solamente si la declaración de quiebra está ya inscrita o anotada cuando se presente el título en que se formalice el acto dispositivo. Procederá, en cambio, la inscripción si el auto que declara la quiebra no ha tenido acceso al Registro —y aunque se encuentre presentado en el Diario— en el momento de proceder al despacho del acto de disposición o gravamen (RR. de 2 de octubre de 1981 y 1 de junio de 1993).

Resolución de 2 de octubre de 1981: escritura de constitución de hipoteca, presentada en el Diario y pendiente de calificación en el momento en que se presenta un mandamiento judicial —derivado de resolución no firme— en el que se ordena que se tome anotación de la declaración de quiebra del hipotecante, y se señala como límite del período de retroacción una fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura de hipoteca. Entiende la DGRN que las exigencias del principio de prioridad y la falta de firmeza de la resolución judicial (circunstancia que considera de «relevante importancia») obliga a despachar el título primeramente presentado, ya que al quedar afectada la inscripción de hipoteca por la posterior anotación se impide la aparición del tercero protegido por la fe pública registral y permanece entretanto salvaguardado el derecho del acreedor hipotecario y demás interesados.

Resolución de 1 de junio de 1993: presentada en el Registro una escritura de venta por determinada sociedad, antes de que se procediera a su despacho fue presentado el auto judicial por el que se declaraba en quiebra a la sociedad vendedora y del que resultaba que la escritura se había otorgado dentro del período de retroacción. El Registrador deniega la inscripción de la compraventa por resultar afectada por la retroacción.

La DGRN revoca la nota denegatoria, declarando que, aunque es cierto que el Registrador puede tener en cuenta para su calificación los documentos presentados con posterioridad al que califica (negando la inscripción de un título en atención a otro que, aunque presentado después, llevará inexcusablemente a la cancelación del primer asiento), esta doctrina no puede llevarse al extremo de desnaturalizar el principio de prioridad, obligando al

(44) Obra citada, tomo VI, pág. 274.

Registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia de uno u otro título. De aquí que en la hipótesis debatida no pueda ser denegada la inscripción del título presentado en primer lugar (la compraventa), toda vez que: por una parte, el auto que declara la quiebra, sobre carecer de firmeza, es dictado en actuaciones en que no han intervenido los compradores; y por otra, la denegación de la inscripción de la compraventa —al dejar libre el acceso al Registro del auto que declara la quiebra— implicaría una inversión de la carga de la iniciativa procesal, pues correspondería a quien primero presentó su título remover un obstáculo registral que no existía en el momento de la presentación.

* Posteriores a la declaración de quiebra o concurso: no podrían ser inscritas, dada la inhabilitación patrimonial que deriva de dichas situaciones y la atribución a los Síndicos de las facultades de administración y representación.

2. Si los actos dispositivos proceden de los órganos concursales y han sido realizados con sujeción a las exigencias legales, no surgirá obstáculo para su inscripción.

En el concurso de acreedores corresponde a los Síndicos la enajenación de los bienes, que se llevará a efecto en la forma establecida para la vía de apremio por la LEC (art. 1.236 LEC). Las escrituras de venta a favor de los rematantes serán otorgadas por los Síndicos después de que se consigne el precio de la venta a disposición del Juzgado que conozca del concurso (art. 1.240 LEC). El depositario carece de facultades para enajenar inmuebles, ni aún con autorización judicial (R. de 19 de septiembre de 1921). Pero puede cancelar la hipoteca constituida a favor del concursado en cumplimiento de sentencia dictada al efecto (R. de 3 de junio de 1876) y formalizar la venta realizada con anterioridad por el concursado si tal extremo quedó probado judicialmente (R. de 26 de noviembre de 1892).

Para la enajenación de los bienes del quebrado han de tenerse en cuenta los artículos 1.358 LEC y 1.087, 1.088 y 1.089 del CCom de 1829: previo justiprecio de los bienes, la venta se lleva a cabo «en pública subasta con todas las solemnidades de derecho, y en otra forma serán de ningún valor» (45).

(45) La AP de Madrid en Auto de 27 de junio de 1992 ha declarado que no es necesaria la subasta cuando el objeto del comercio o actividad de la sociedad es el tráfico de inmuebles, siempre que se establezcan unas condiciones para la venta que, sin merma de las garantías jurídicas, garanticen su realización de la forma más ventajosa y con ello los derechos de los acreedores y del quebrado.

b) Si se trata de enajenaciones forzosas *derivadas de procesos de ejecución o de expedientes administrativos de apremio*, la regla general de acumulación de ejecuciones (arts. 1.173.3.º, 1.186 y 1.379 LEC) no será de aplicación:

1. Cuando se trate de deudas de la masa, por las razones ya apuntadas. Si bien será necesario que su carácter de tales sea evidente o quede acreditado (46) y que el procedimiento se haya seguido contra los Síndicos.

2. En el supuesto de que, formulada propuesta de convenio, el acreedor hipotecario optara por abstenerse de tomar parte en la Junta que sobre el mismo ha de resolver (art. 900 CCom). Tal derecho se reconoce a «los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios».

A los acreedores que hagan uso del derecho de abstención, el convenio «no les parará perjuicio en sus respectivos derechos (art. 900 CCom), lo que sin esfuerzo puede interpretarse en el sentido de que conservarán intacto su crédito con su privilegio o su garantía. Y ello implica la posibilidad de seguir la ejecución de sus créditos con separación del procedimiento de quiebra.

No debe, en tal caso, surgir obstáculo alguno para inscribir, en su momento, el testimonio del auto de adjudicación. Si bien deberá acreditarse: que el acreedor ejecutante se abstuvo de concurrir a la Junta que deliberó sobre el convenio y *que éste quedó finalmente aprobado* (puesto que si el convenio no obtiene la aprobación de la Junta o es impugnado con éxito, la quiebra continúa); y que las actuaciones procesales se han entendido o han sido notificadas al órgano de intervención o control establecido por el convenio (cfr. arts. 1.162 y 1.163 CCom de 1829).

3. En los supuestos de prevalencia procesal o ejercicio del derecho de ejecución separada, el auto de adjudicación judicial o la escritura de venta en los procedimientos administrativos de apremio deben ser inscribibles, siempre que los Síndicos hayan tenido la debida intervención en la vía de apremio.

En la práctica y como consecuencia de la ejecución de créditos hipotecarios han surgido algunas cuestiones:

La primera es la de determinar en qué supuestos resulta posible la ejecución hipotecaria tras la declaración de quiebra del hipotecante.

Son variadas las opiniones doctrinales a la hora de determinar las circunstancias que han de concurrir para posibilitar la ejecución separada: a) No es necesario que el crédito hipotecario se insinúe

(46) Véase lo antes dicho para los supuestos de suspensión de pagos.

en la quiebra; cabe ejecución separada no sólo cuando la ejecución está iniciada al ser declarada la quiebra, según disponen los artículos 127 y 132 LH, sino también cuando se inicia después, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 39.3.º de la Ley de Hipoteca Naval (SÁNCHEZ CALERO, RAMÍREZ, OLIVENCIA) (47); b) Iniciada la ejecución antes de la declaración de quiebra, puede continuar separadamente sin necesidad de que el crédito se insinúe, pero si la ejecución no está iniciada el crédito debe inscribirse en la quiebra y someterse al procedimiento, sin posibilidad de ejecución individual (GARRIGUES, ROCA); c) Sólo cuando se inicia antes cabe ejecución separada, pero el crédito hipotecario debe inscribirse en la quiebra en todo caso (BROSETA).

* Si la ejecución del crédito hipotecario se inicia antes de la declaración de quiebra, la posibilidad de ejecución separada, además de claro apoyo normativo (arts. 127 *in fine* y 132 LH) cuenta con la aceptación unánime de la doctrina. Sólo se discute si será o no necesaria la insinuación, pronunciándose en contra de la mayoría.

Con relación al concurso de acreedores, la doctrina suele defender los mismos criterios mantenidos para la quiebra. La no suspensión del procedimiento para las ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la declaración de concurso encuentra apoyo no sólo en los artículos 126 y 132 LH, sino también en los artículos 1.916 CC («... salvo los créditos hipotecarios...») y 166, 1.136 y 1.173 LEC.

* Si la ejecución se inicia después de la declaración de quiebra, la doctrina y la jurisprudencia se muestran divididas, siendo el supuesto más conflictivo y que con mayor frecuencia se ha planteado el de las adjudicaciones judiciales derivadas de la ejecución de créditos hipotecarios inscritos con anterioridad a la constancia registral de la declaración de quiebra, pero formalizados en escrituras de fecha posterior a la de retroacción.

(47) Hay que incluir en este grupo a GARCÍA GARCÍA (obra citada en nota 49, pág. 367) y a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 441, nota 38). Este último entiende que la preexistencia del concurso no está entre las causas taxativas de suspensión de los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria. El doble carácter —titular del crédito, titular del derecho real de hipoteca— da al acreedor la doble posibilidad de incorporarse plenamente a la ejecución colectiva o de exigir la ejecución separada. La declaración de concurso o quiebra afecta al crédito, pero no al derecho real de hipoteca. Lo que no cabe es exigir la ejecución separada si hubiera ya consentido que la ejecución colectiva se extienda también a los bienes hipotecados.

Para estos casos ha entendido el TS, en algunos fallos que los procedimientos en curso para la ejecución de hipotecas constituidas dentro del período de retroacción devendrán nulos al declararse la quiebra del deudor, cualquiera que sea el estado de su tramitación en tal momento (cfr. SSTs de 1 de febrero de 1974 y 24 de noviembre de 1989), dejando únicamente a salvo los derechos de los adjudicatarios que hubieran inscrito su adquisición antes de la constatación registral de la situación de quiebra. Decidió, en cambio, lo contrario la Sentencia de 11 de octubre de 1985, que rechaza la acumulación al juicio de quiebra de una ejecución hipotecaria —aunque la fecha de la escritura de la hipoteca estaba comprendida dentro del período de la retroacción— negando la aplicación automática de la sanción de nulidad del artículo 878 CCom y alegando que la hipoteca «continúa subsistiendo mientras subsista la inscripción registral de la misma y no se decrete su nulidad por el cauce procedimental legalmente establecido (48).

Esta última solución, que parece la más armónica, permite sostener, como regla, que el proceso de ejecución hipotecaria no debe suspenderse (arts. 127 y 132 LH); pero que ello no impide que los Síndicos entablen demanda de nulidad de la hipoteca. Coexistirán entonces dos procesos: el de ejecución de la hipoteca y el de su impugnación. Si cuando el remate llegue al Registro sólo consta la declaración de quiebra, debe ser inscrita la adjudicación judicial, sin cancelar la anotación del estado legal, como veremos; y en tal caso la demanda de nulidad que entablen los Síndicos sólo será anotable si ha sido demandado —no sólo el acreedor hipotecario—, sino también el rematante (actual titular registral). Si cuando se solicite la inscripción de la adjudicación judicial ya está anotada la demanda de nulidad de la hipoteca, la adquisición del rematante tendrá acceso al Registro, pero su titularidad queda amenazada por el resultado del pleito sobre nulidad de la hipoteca. La inscripción a favor del rema-

(48) La disparidad de criterios se manifiesta también en la jurisprudencia territorial. La SAP de Barcelona de 22 de diciembre de 1989 considera correcta la decisión de acordar la suspensión de la subasta de la finca hipotecada, puesto que lo contrario supondría legitimar una hipoteca hecha durante el período de retroacción, que es nula de pleno derecho, con nulidad absoluta. En cambio, la Sentencia del mismo Tribunal de 30 de diciembre de 1993 niega que la declaración de quiebra sea suficiente, por sí sola, para provocar la paralización de la ejecución hipotecaria y rechaza la petición de los Síndicos de suspender la subasta acordada en un procedimiento judicial sumario, entendiendo que la naturaleza constitutiva de la inscripción de hipoteca, la necesidad de que se declare la inexactitud de los asientos para que dejen de desplegar su eficacia y el principio de legitimación registral y sus consecuencias impiden que la declaración genérica del artículo 878 CCom baste para cancelar la inscripción de hipoteca y reclaman para ello una declaración *ad hoc* en el correspondiente juicio declarativo.

tante podrá ser cancelada en virtud de la sentencia que declare la nulidad de la hipoteca, siempre que la fecha del auto de adjudicación sea posterior a la de la anotación de la demanda de nulidad (cfr. art. 198 RH).

En el ámbito registral, la DGRN —en doctrina que conecta con la STS de 11 de octubre de 1985— viene declarando que son inscribibles los testimonios de autos de adjudicación citados en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH aun cuando constara en el Registro la declaración de quiebra del ejecutado *con retroacción de efectos a fecha anterior a la de la escritura* de constitución de la hipoteca, porque se trata del último acto de desenvolvimiento de un derecho —el de hipoteca— que, aunque cuestionado, se presume vivo y aparece publicado en un asiento no cancelado. Si bien la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos de la masa de la quiebra (dada la posibilidad del ejercicio de acciones de nulidad o rescisión), por lo que *los asientos relativos a la declaración de quiebra —en cuanto ponen cuestión la validez o la eficacia de la hipoteca— no deben ser cancelados*, en virtud del auto que aprueba el remate o la adjudicación en el procedimiento sumario (RR. de 8 y 14 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1991).

Resoluciones de 14 de noviembre de 1990 (adjudicación a favor del propio acreedor hipotecario) y 12 de abril de 1991 (adjudicación a tercero) (49) se pronuncian a favor de la inscripción basándose en que:

No consta registralmente la nulidad de la hipoteca, sino sólo que el hipotecante fue declarado en quiebra, retrotrayéndose sus efectos a una fecha anterior a la constitución de la hipoteca, pero con la cualidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, por lo que ni aparece cancelada la hipoteca ni consta en ningún asiento que haya habido pronunciamiento definitivo contra el titular de la hipoteca.

(49) La doctrina de estas resoluciones ha sido criticada por GARCÍA GARCÍA (*El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Cívitas, Madrid, 1994, págs. 363-364) por entender que infringen el principio de prioridad (la hipoteca es preferente por estar inscrita antes que la quiebra) y el principio de legitimación (para «poner en cuestión el derecho de hipoteca» no basta una declaración de quiebra, sino que es necesaria la demanda en juicio ordinario contra el titular registral), añadiendo que dejan en indefensión al adjudicatario del remate, quien —ante la pasividad de los Síndicos— no encontrará otro medio para conseguir la cancelación de la inscripción de quiebra que acudir a un juicio declarativo ordinario, colocándose en posición de demandante y no de demandado, en contra de lo dispuesto en el artículo 38 LH.

** En consecuencia... es procedente la inscripción del auto en cuanto atribuye el dominio de la finca al adjudicatario. Advirtiéndose, sin embargo, que en cuanto decreta la cancelación de las inscripciones relativas a la declaración de quiebra no podrían ser suficientes, pues estas inscripciones, al poner en cuestión el derecho de hipoteca del que es titular la misma entidad, que después resulta adjudicataria, no son de aquellas cuya cancelación pueda proceder como si de gravámenes no preferentes se tratara, sino que respecto de ellas se exige providencia ejecutoria dictada por el Juez que la mandó hacer (cfr. arts. 83 y 84 LH). Resolución de 14 de noviembre de 1990.*

La misma doctrina en la Resolución de 8 de noviembre de 1990 (adjudicación a favor de tercero):

** En el Registro sigue vigente el asiento de hipoteca, puesto que no está cancelado... Pero... es evidente que del Registro resulta que la validez o eficacia de la hipoteca está cuestionada en el procedimiento de quiebra. Del conjunto de los asientos resulta que la inscripción de la declaración de quiebra no es obstáculo para la inscripción de la adjudicación en cuanto último acto de desenvolvimiento de un derecho, el de hipoteca, que, aunque cuestionado, se presume todavía vivo.*

** Pero la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos de la masa de la quiebra. Porque si la constitución del derecho de hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la hipoteca provoca; y si lo que procede es la rescisión de la hipoteca, el tercero que adquiera después de que la causa de rescisión conste en el Registro sufrirá las consecuencias de la rescisión. De aquí que la inscripción de la declaración de quiebra... que pone en cuestión la validez o eficacia de la misma hipoteca no es de los que pueden cancelarse en virtud sólo del auto que aprueba el remate o adjudicación en el procedimiento sumario de ejecución de la hipoteca. Regirán las reglas generales y, por tanto, no se cancelará sino en virtud de resolución judicial.*

A mi juicio, esta doctrina ha de ser aplicada también cuando se trata de enajenaciones forzosas derivadas de la ejecución de créditos con anotación de embargo que gocen del derecho de ejecución separada. Podría objetarse que las precauciones que contempla la DGRN en las Resoluciones citadas no tendrían sentido cuando se trata de la ejecución de créditos (tributarios, por ejemplo) que nacen con independencia de la voluntad del quebrado y cuya validez se presume, por lo que, en principio, no podrían ser tachados

de nulidad ni objeto de rescisión. Pero entiendo que este tipo de consideraciones quedan fuera de la función calificadora: el Registrador no debe adoptar «decisiones de fondo sobre la prevalencia sustantiva» (R. de 5 de junio de 1993) ni apreciar si se dan o no los supuestos necesarios para el ejercicio de las acciones de nulidad o rescisión.

Finalmente, como última observación, conviene tener presente que la ejecución separada no va a producir otros efectos que los que son propios de toda ejecución singular, lo que quiere decir: que queda abierta, en todo caso, la posibilidad de que se interpongan tercerías de dominio o de mejor derecho; y que en el ámbito registral se aplicará, en cuanto a las cargas, el régimen general de purga, de modo que sólo serán canceladas las posteriores al «gravamen que se ejecuta», subsistiendo las anteriores.

VI. EFECTOS EN RELACION CON TERCEROS

1. En cuanto a las repercusiones de la declaración de *quiebra* en relación con los titulares registrales de las fincas —o derechos reales— que fueron del quebrado pueden surgir problemas si la situación de quiebra no tuvo el oportuno reflejo registral y se pretende luego —al amparo de la regla o principio de retroactividad— hacer valer contra aquellos la situación concursal.

El problema que subyace aquí es el de la nulidad radical y absoluta de los actos dispositivos realizados por el quebrado durante el período de retroacción, los medios de defensa con que cuentan los terceros en relación con la fijación de la fecha de retroacción y la protección que a aquellos pudiera brindar, en su caso, el artículo 34 LH.

Ha mantenido el TS (SS. de 17 de marzo de 1958, 25 de mayo de 1982, 28 de enero y 22 de marzo de 1985, 17 de marzo y 9 de mayo de 1988, 24 de octubre de 1989 y 15 de noviembre de 1991) que la nulidad proclamada por el artículo 878 CCom:

** Es una nulidad absoluta, intrínseca y radical que se produce sin necesidad de expresa declaración judicial, sólo necesaria en caso de que un tercero se oponga a ella (50).*

(50) En materia de retroacción corresponde a los Síndicos entablar las acciones que procedan, *previa autorización del Comisario* (art. 1.091 CCom de 1829 y el art. 1.370 LEC), por lo que sólo pueden considerarse legitimados activamente cuando gocen de la indicada autorización; y habida cuenta que en el caso de autos la misma no tuvo lugar ni antes ni después de interpuesta la demanda, es obvio que los Síndicos no se hallaban facultados legalmente para el ejercicio de la acción de revocación de la escritura de hipoteca (STS de 1 de febrero de 1993).

* Se produce con independencia de la buena o mala fe de los terceros.

* No puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad dada la inoperancia de los artículos 33, 34 y 37 LH.

* Y afecta, en consecuencia, tanto a los adquirentes directos como a los subadquirentes del quebrado.

* El tercero afectado por la retroacción estará obligado a la restitución íntegra, sin poder requerir a su vez la restitución de la prestación que realizó en beneficio del quebrado, sino que deberá insinuarse como acreedor concursal en la masa de la quiebra.

Esta doctrina del TS ha sido objeto de críticas. Se ha dicho:

* Que la fijación de la fecha de retroacción no se concibe como un pronunciamiento obligatorio, sino que puede omitirse en el auto declaratorio de la quiebra toda vez que no debe ser fijada por el Juez de manera discrecional, sino apoyándose en datos que en tal momento pueden faltar o ser insuficientes (SSTS de 19 de abril de 1905 y 21 de febrero de 1930).

Al iniciarse el procedimiento pueden faltar datos suficientes para fijar adecuadamente la fecha de retroacción. Piénsese que para declarar la quiebra a instancia de acreedor (art. 876 CCom) basta la solicitud fundada en título por el que se haya despachado ejecución y que del embargo no resulten bienes suficientes para el pago; pero no es preciso que se justifique el sobreseimiento general de los pagos.

* Que puede realizarse sin audiencia del quebrado (cfr. art. 1.325 LEC) y, por supuesto, sin la de los acreedores de éste. Los terceros, que no son citados, pueden desconocer la declaración de quiebra. La firmeza de la providencia que fije la fecha de retroacción puede tener lugar sin que los terceros hayan tenido la posibilidad de impugnar, dando lugar a una clara indefensión.

* Que la tesis de la nulidad radical, si se fundamenta como a veces hace el TS en que la quiebra produce la inhabilitación del quebrado con efectos desde la fecha de retroacción (se trataría de actos de un incapaz y, por tanto, nulos) no es convincente: por una parte, es dudoso que la declaración de quiebra determine una verdadera incapacidad de obrar: el quebrado puede administrar sus bienes inembargables, puede formalizar acuerdos de quita y espera con sus acreedores (art. 1.914 CC), puede continuar al frente de su establecimiento si así se acuerda en convenio (art. 13 CCom) (cfr. STS de 30 de junio de 1978); por otra, los actos del incapaz no son, en principio, nulos de pleno derecho, sino anulables

(art. 1.301 CC), y los actos anteriores a la incapacitación han de ser impugnados individualmente, sin que el Juez, en la sentencia de incapacitación, pueda señalar con eficacia *erga omnes* la fecha desde la que se tiene por producida.

* Que el TS no da razones que justifiquen la inaplicabilidad de las normas hipotecarias que constituyen Derecho vigente (y posterior al CCom).

* Que la nulidad radical e indiscriminada choca con las exigencias de protección del tráfico jurídico y la buena fe (51).

* Que se patrocina una «solución enormemente peligrosa, en cuanto combina dos conceptos de extraordinaria gravedad, cuales son el de nulidad y el de retroacción» (OLIVENCIA).

* Y que resulta claramente injusto el tratamiento que se da a los terceros: si lo que se pretende, en definitiva, es la inalterabilidad del patrimonio a partir de la fecha de la retroacción, a ello no se opondría la aplicación del artículo 1.303 CC —siempre que no exista fraude— con la devolución de las recíprocas prestaciones y la no sujeción del tercero a la ley del dividendo, puesto que el patrimonio del quebrado quedaría tal como estaba en el momento de la cesación de los pagos (52).

Existe, además, una importante limitación de origen legal a la aplicación del artículo 878 CCom. Se trata del artículo 10 LMH (desarrollado por el art. 25 del Reglamento), según el cual las hipotecas constituidas a favor de las entidades a que se refiere la Ley sólo podrán ser impugnadas al amparo del artículo 878 CCom cuando se hubieren formalizado en época posterior a la fecha a que se hayan retrotraído los efectos de la quiebra, mediante acción ejercitada por los Síndicos y demostrando

(51) Y, por otra parte, como el propio TS ha reconocido que la aplicación inflexible del criterio de nulidad radical a todas las operaciones del quebrado conduciría, sin duda, a situaciones absurdas y notoriamente injustas. Por ejemplo, la STS de 12 de noviembre de 1977 declaró no afectadas por la nulidad las operaciones de descuento de letras de cambio efectuadas por la entidad bancaria quebrada durante el período de retroacción. Y la de 15 de octubre de 1976 habla de los *posibles conflictos sociales* que se podrían provocar si —ante la quiebra de una entidad de crédito— se obligase a sus clientes a devolver los salarios o sueldos que hubieran percibido a través de aquella o pagar por segunda vez las cantidades satisfechas por recibos de teléfono, gas o electricidad que hubieran atendido por medio de la sociedad en quiebra.

(52) Los Síndicos podrán instar la correspondiente acción de nulidad (arts. 878 CCom y 1.366 LEC) sin tener que probar que del acto impugnado se deriva un perjuicio para la masa. El tercero podría oponer que el acto no implica el perjuicio que se presume, recayendo sobre él la carga de la prueba de la ausencia de perjuicio.

la existencia de fraude. Queda a salvo, en todo caso, el tercero que no hubiere sido cómplice del quebrado fraudulento (53).

Es de tener en cuenta que el propio TS no se muestra totalmente insensible a estas alegaciones. La STS de 12 de marzo de 1993, aunque declara que la *inseguridad jurídica que indudablemente produce la nulidad «ipso iure» de los actos afectados por la retroacción no alcanza rango de inconstitucionalidad*, ha venido a reconocer que el principio de retroacción absoluta y nulidad radical no debe ser tan automático que *no permita contemplar situaciones que puedan estar fuera del mismo, con subsistencia y eficacia jurídica suficiente, en cuanto afectan a subadquirentes totalmente ajenos a las maniobras de desposesión de bienes llevada a cabo por el quebrado y que con toda buena fe compran bienes que en su día pertenecieron a aquél, asistiéndoles plena creencia legítima de obrar conforme a la legalidad*. Añadiendo que «la posible eficacia radical del artículo 878 CCom es susceptible de interpretarse como relativa cuando no se da prueba de que los actos de dominio y administración realizados por el quebrado o, en su caso, por medio de personas interpuestas perjudiquen a la masa de la quiebra» (54).

Esta nueva tendencia se ha visto confirmada en la STS de 20 de septiembre de 1993 que: deja a salvo de la nulidad, al amparo del artículo 34 LH, la adquisición de quien compró un local comercial a una sociedad en quiebra, mediante escritura pública afectada por la fecha de la retroacción; rechaza la aplicación automática del criterio de nulidad a las adquisiciones directas del quebrado (doctrina que considera excesivamente rigurosa en cuanto incide gravemente en la seguridad del tráfico jurídico); considera más adecuado la necesidad de la concurrencia del *consilium fraudis* para declarar nulo el contrato inserto en el período de retroacción; y se inclina a favor de corregir el rigor del texto literal del artículo 878 CCom cuando los actos de transmisión o administración no afecten o no sean contrarios a los intereses de los acreedores.

(53) Según la Resolución de 12 de abril de 1991, queda fuera de la «órbita del funcionario calificador» la incidencia que pueda tener el artículo 10 LMH sobre los radicales efectos del artículo 878 CCom, que ha de ser resuelta en la correspondiente resolución judicial.

(54) Si bien en el caso enjuiciado —en que el quebrado se vale de un titular registral aparente y el subadquirente colabora en la simulación con finalidad fraudulenta— el TS confirma la nulidad de los actos dispositivos impugnados por la Sindicatura.

En la misma línea se pronuncia, con interesantes razonamientos, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1994, que descarta la aplicación automática del criterio de nulidad radical y remite al juicio declarativo el pronunciamiento definitivo sobre la eficacia de una venta realizada por el administrador judicial, con consentimiento de los Interventores y autorización judicial, durante la suspensión de pagos que precedió a la declaración de quiebra.

No obstante, las vacilaciones continúan: la STS de 11 de noviembre de 1993 vuelve a la tesis tradicional, rechazando expresamente las nuevas orientaciones.

La DGRN viene manteniendo una postura decidida en contra de la posibilidad de cancelar los asientos a favor de terceros o de modificar en perjuicio de éstos el contenido del Registro si tal resultado se pretende en virtud de resoluciones judiciales que no hayan sido dictadas en procedimiento en que hayan sido parte los titulares afectados (RR. de 24 de enero de 1979, 20 de enero de 1986, 7 de noviembre de 1990 y 19 de enero de 1993).

a) No cabe cancelar, en virtud de mandamiento librado por el Juzgado que ha declarado el estado de quiebra, todos los asientos registrales practicados con posterioridad a la fecha de retroacción de los efectos de aquélla, alegando el carácter radical y absoluto de la nulidad derivada del artículo 878 CCom.

En este sentido se pronuncia la Resolución de 20 de enero de 1986. En expediente de quiebra necesaria se dicta auto declarando la nulidad de ciertos contratos de compraventa realizados por la sociedad quebrada con posterioridad a la fecha definitiva de retroacción de la quiebra y se acuerda la cancelación de las inscripciones a que dieron lugar, así como las de otras posteriores que traen causa de aquéllas.

La DGRN, tras hacer referencia a la polémica sobre la preferente aplicación a estos casos del artículo 878 CCom o del artículo 34 LH y apuntando que la posible armonización puede lograrse mediante la anotación de la demanda de declaración de quiebra, confirma la nota que deniega las cancelaciones acordadas por no haber sido citados ni oídos en juicio los correspondientes titulares registrales, que quedarían en situación de indefensión. La cancelación sólo sería procedente, a falta de consentimiento de los interesados, cuando así se ordene en resolución judicial firme dicta-

da en procedimiento en el que hayan tenido la intervención debida los titulares de los asientos a cancelar (55).

La misma doctrina mantiene la Resolución de 7 de noviembre de 1990: «*La cancelación o modificación de los asientos practicados en favor de adquirentes posteriores del quebrado, incluidos en el período de retroacción, cuando no concurre su consentimiento voluntariamente prestado, no podrá decretarse sino por resolución judicial firme, dictada en el procedimiento oportuno en el que hayan sido parte los titulares afectados (cfr. arts. 20, 40, 82 y 83 LH, 174 RH y 1.186 LEC), dándose así satisfacción tanto al principio registral de salvaguardia judicial de los asientos como al principio constitucional de protección jurisdiccional de los propios derechos*».

b) Tampoco cabe extender —en virtud de un mandamiento dimanante de los autos de la quiebra— una *anotación con el exclusivo objeto de hacer constar la fecha de la retroacción de la quiebra*, porque tal tipo de anotación no está legalmente prevista (*numerus clausus*) y porque los terceros (titulares registrales) no han tenido intervención alguna en el proceso del que dimana el mandamiento de anotación: Resolución de 24 de enero de 1979.

Pero sí es posible anotar la demanda interpuesta por la Sindicatura en que se pretende la alteración de la fecha de retroacción inicialmente fijada cuando tal demanda se dirige también contra el titular registral de la finca sobre la que ha de recaer la anotación: Resolución de 8 de noviembre de 1991.

2. Las soluciones deben ser idénticas para los casos de *suspensión de pagos* cuando se forme pieza separada de retroacción por haber sido declarada o confirmada la calificación de insolvencia definitiva.

No será de aplicación lo dispuesto en el artículo 878 CCom, pero sí las previsiones de los artículos 879 a 882 CCom, que regulan las denominadas acciones revocatorias especiales (56) ejercitables por los Interventores (art. 21 LSP) por la vía del juicio declarativo que por la cuantía corresponda (art. 1.377 LEC).

(55) Corresponde a los Síndicos (no al deudor, ni a los acreedores) el ejercicio de las acciones revocatorias concursales (previo conocimiento y autorización del Comisario: art. 1.091 CCom de 1829).

(56) DE LA OLIVA SANTOS, (*Derecho procesal civil*, C. E. Ramón Areces, 1990, IV, pág. 379) critica esta denominación: la acción del artículo 879 no guarda relación alguna con el fraude; la del artículo 880 no es revocatoria, porque la presunción *iuris et de iure* no es verdadera presunción y el fraude no hay que probarlo; tampoco lo son las de los artículos 881 y 882, porque ni son subsidiarias, ni exigen acreditar el perjuicio, ni es menester probar el *consilium fraudis*.

No es preciso que el adquirente directo del suspenso haya actuado de mala fe (los arts. 879 y 880 CCom establecen presunciones *iuris et de iure* de fraude; el art. 881 exige la prueba de la mala fe *del quebrado*). Si la pretensión es estimada, el adquirente debe devolver a la masa activa las cosas que fueron objeto del contrato, sin que tenga derecho a ser reintegrado de lo que entregó, sino sólo a figurar como acreedor en la masa pasiva de la suspensión.

Si se trata de un subadquirente, se desprende de las reglas generales aplicables a las acciones rescisorias que sólo tendrá éxito la acción cuando haya adquirido a título gratuito o haya procedido de mala fe si lo fue a título oneroso.

Desde el punto de vista registral, para que las demandas puedan ser anotadas o las sentencias que se dicten tengan su adecuado reflejo en los libros del Registro, resulta imprescindible (al igual que ocurre en los supuestos de quiebra) que el titular registral haya sido parte en el proceso de que dimana la resolución judicial presentada a inscripción.

Así se desprende de la Resolución de 19 de enero de 1993: No procede anotar preventivamente la demanda de rescisión del convenio recaído en expediente de suspensión de pagos y de subsiguiente declaración de quiebra respecto de fincas cuyo titular registral (adquirente como consecuencia y en ejecución del convenio) no ha sido demandado. El régimen de la anotación preventiva presupone que la demanda se ha de entablar contra el titular registral. Así lo exige el principio de tracto sucesivo. De practicarse, en este caso, la anotación preventiva quedarían menoscabados los efectos de una inscripción registral por una *decisión judicial adoptada en un procedimiento en el que no ha intervenido como parte ni ha sido oído el titular registral*.

RAFAEL A. RIVAS TORRALBA
Registrador de la Propiedad

La reelección de los auditores de cuentas

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. CARACTER CONTRACTUAL Y NO ORGANICO DE LA RELACION DEL AUDITOR CON LA SOCIEDAD AUDITADA.—III. NATURALEZA DEL CONTRATO ENTRE AUDITOR Y SOCIEDAD AUDITADA: ARRENDAMIENTO DE OBRA.—IV. EL PROBLEMA DE LA REELECCION.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas por el número 18 de la Disp. Adic. 2.^a de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23-3-95, que también modificó el artículo 8.4 de la Ley de Auditoría de Cuentas de 12-7-88 en la Disp. Adic. 6.^a, aparentemente podría haber zanjado la discusión anterior sobre la prórroga del nombramiento de auditores, al admitir ahora lisamente su reelección. Pero en mi opinión la reelección es un tema discutible, o al menos, pueden oponerse a la misma serios reparos. A mi modo de ver, el derogado artículo 204.1 de la LSA (como también el derogado art. 8.4 LAC) era contrario a la prórroga (aunque la Res. de 25.10.93 admitiera su validez), y ahora entiendo que los argumentos contrarios a la prórroga siguen siendo los mismos que pueden alegarse para poner en tela de juicio la reelección. La impresión que tengo es que en este punto la legislación española es titubeante y poco decidida, aunque en su descargo tengo que alegar la gran flexibilidad de la IV Directiva de 25.7.78, que contrariando la aspiración armonizadora de las normas comunitarias, hace que en esta materia, mientras el Derecho francés e italiano es contrario a la prórroga del nombramiento de auditores; el inglés y alemán la admiten, y ahora también expresamente admite la reelección el artículo 204.1 de la LSA.

Artículo 204.1 LSA. Las personas que deben ejercer la auditoría de cuentas serán nombradas por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, por un período de tiempo determinado inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni inferior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, pudiendo ser reelegidas por la junta general anualmente una vez haya finalizado el período inicial.

De igual modo quedó modificado el artículo 8.4 LAC, armonizándolo con la reforma de la LSA, que queda con la siguiente versión:

Artículo 8.4 LAC. Los auditores serán contratados por un período de tiempo determinado inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, pudiendo ser contratados anualmente una vez que haya finalizado el período inicial.

Ciertamente que la regulación de las auditorías viene impuesta por las Directivas comunitarias, siendo totalmente insuficiente los antiguos accionistas censores de cuentas de la vieja LSA de 1951. La IV Directiva referida a las cuentas anuales de determinadas sociedades de capital, y la VII Directiva de 13.6.83 sobre las cuentas consolidadas (art. 13-3), impone que los auditores deben verificar si las cuentas anuales recogen «la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, y los resultados de la sociedad», debiendo verificar igualmente «la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio» (arts. 51 IV Directiva; 37 VII Directiva). La VIII Directiva de 10.4.84 prescribe las condiciones que han de reunir los auditores, en definitiva su cualificación técnica y profesional, en aras de la armonización del control público de su cualificación profesional, tanto en el plano de los conocimientos teóricos y prácticos, como sobre las materias que han de ser objeto de su verificación (arts. 4, 5 y 6 VIII Directiva), para señalar de modo destacadísimo la necesidad de que los auditores actúen con plena independencia (art. 24 VIII Directiva).

Precisamente en este punto, si la VIII Directiva preconiza la independencia como un valor absoluto que debe presidir la actuación de los auditores, sin embargo deja a cada Estado miembro la forma de exigir tal independencia (1) tema en el que incide el nuevo artículo 204.1 LSA, que al permitir la reelección, en mi opinión, puede perturbar tal exigencia.

(1) Ciertamente que las Directivas son normas vinculantes en cuanto a los objetivos que persiguen, dando libertad a cada Estado miembro en lo que se refiere a los medios con los cuales lograr aquellos objetivos. Vid. TORRÉNT, *Instituciones de Derecho Privado Derecho Civil Parte General*, I, 1, Zaragoza, 1994, pág. 85; y con más amplitud,

Hoy no cabe dudar de la importancia creciente de la revisión contable de las sociedades de capital (de la que están exceptuadas las que cumplan los requisitos del art. 181 LSA, también reformado por la Disp. Adic. 2.^a n. 13 de la LSRL). Si la independencia es un valor prioritario del auditor, y así lo preconiza el artículo 8.1 LAC, entiendo que esta independencia puede ser menoscabada por la misma sociedad auditada (que tiene en sus manos la reelección de los auditores), como por la misma sociedad de auditoría (realizando para la auditada tareas distintas de la auditoría o realizando la auditoría a la medida del cliente en espera de la reelección), y si el auditor debe enjuiciar con independencia los documentos contables de la sociedad auditada, puede ver menoscabado su juicio por la posibilidad de su reelección. Si aquella independencia se veía fortificada *a priori* con el plazo taxativo por el que se contrataba a los auditores, mínimo de tres años, máximo de nueve, sin posibilidad de ser reelegidos hasta haber pasado tres ejercicios; hoy, la posibilidad de reelección, que incluso prescinde de aquella *vacatio* de tres años desde el último ejercicio auditado, puede mermar su independencia.

II. CARACTER CONTRACTUAL Y NO ORGANICO DE LA RELACION DEL AUDITOR CON LA SOCIEDAD AUDITADA

Junto al tema de la independencia hay que afrontar otro tema del máximo interés en evidente conexión con aquél: si el auditor es un órgano de la sociedad, o por el contrario, es una institución externa. Las Directivas no se pronuncian sobre este punto, y las legislaciones comunitarias presentan discordancias al respecto. Si en Francia predomina la tesis de que es un órgano social (2); en Alemania (3) e Italia (4) prevalece el carácter externo a la empresa auditada. En la legislación comunitaria es sintomático que la Propuesta modificada de V Directiva de 19-8-83 sobre estructura de las

y con referencia a un aspecto muy concreto, como es la publicidad de las sociedades, en mi trabajo «¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCOM y 9 RRM)», en *RCDI*, 618 (1993), págs. 1391 y sigs.

(2) CANTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, París, 1975, pág. 187; RIPERT/ROBLLOT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, I, 10.^a ed., París, 1980, pág. 867; VIANDIER, *Droit comptable*, París, 1984, pág. 326.

(3) CLAUSEN, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2.1, Koln-Berlin-Bonn-München, 1971, págs. 158 y sigs.; KROPFF, en HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, *Aktiengesetz*, III, München, 1973, págs. 387 y sigs.; BAUMBACH-DUDEN/HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 27.^a ed., München, 1987, pág. 771.

(4) FORTUNATO, *La certificazione del bilancio. Profili giuridici*, Napoli, 1985, pág. 51; BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Milano, 1985, págs. 170 y sigs.

sociedades anónimas, poderes y obligaciones de sus órganos, obligación de verificación de las cuentas anuales por auditores independientes (5), no emplea la expresión órgano para los auditores, y además los excluye expresamente de los órganos sociales: administradores, junta general, órgano de supervisión. Hay que entender por órgano de supervisión lo que alguna legislación como la alemana, que con el *Aufsichtsrat*, órgano de vigilancia, y en definitiva de alguna manera coadministrador, estableció como órgano social revisor de los documentos contables elaborados por el *Vorstand* desde la publicación del HGB en 1897, y que podría parangonarse con nuestros accionistas censores de cuentas de la derogada LSA de 1951.

No creo, como sostiene GALÁN CORONA (6), que sean escasas las implicaciones de la calificación o no como órgano social de los auditores dando escasa importancia a este tema dada la completa regulación legal existente. Por el contrario, considero éste un tema crucial, tanto para la calificación de la función de los auditores, como para el problema de la reelección que nos interesa particularmente. Tampoco creo que la regulación legal sea tan completa; a mi modo de ver el artículo 204.1 LSA no resuelve definitivamente la cuestión y deja en el aire serios puntos interrogativos. Lo que ocurre es que GALÁN CORONA parte de una visión particular de la sociedad anónima, que «no puede reducirse a una estructura contractual con el beneficio de la personalidad jurídica y la limitación de responsabilidad, para el ejercicio en común de una empresa; la sociedad anónima es una forma jurídica de organización de empresa donde todos los intereses concurrentes deben encontrar su acomodo y recibir del ordenamiento jurídico la debida atención». En este marco, defiende GALÁN CORONA que «el control contable no debe tener el limitado horizonte de atender a los intereses de los accionistas para facilitar su control de la administración social, sino que ha de efectuarse en atención a todos los intereses presentes en la empresa y a través de la propia sociedad que jurídicamente la conforma, mediante el específico órgano» (7).

En estas afirmaciones tengo algunos puntos de coincidencia, y otros que no puedo compartir. Que los auditores sean un órgano de la sociedad es algo

(5) Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento español», en *Documentación Administrativa*, núm. 202 (1984), págs. 189 y sigs.; FEUILLET, «Huitième Directive du Conseil des Communautés Européennes et le Commissariat aux Comptes», en *Rev. Soc.*, 4, octubre-diciembre (1984), págs. 709 y sigs.; VICÉNT CHULIÁ, «El sistema de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas», en *La Ley* (1985-4), pág. 114.

(6) GALÁN CORONA, «La revisión de cuentas en la sociedad anónima», en *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti* (dirigido por PIETRO ABBADESSA y ANGEL ROJO), Milano, 1993, pág. 558.

(7) Vid. en este sentido GALÁN CORONA, «La verificación de las cuentas anuales», en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigido por ANGEL ROJO, Madrid, 1987, pág. 327.

muy discutible, como también piensa el mismo GALÁN CORONA (8); indudablemente la revisión contable no sólo afecta al interés de la sociedad y de sus accionistas, sino de los terceros que contratan con ella, y al mismo interés público. Me parece terminante al respecto la LAC (y su Reglamento de 20.2.90) artículo 1.1, cuando señala que «se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto un informe que pueda tener efectos frente a terceros».

De todos modos, la doctrina española se halla dividida ante este tema. Por su carácter de órgano social se pronuncian GALÁN CORONA (9), NÚÑEZ LOZANO (10), GARCÍA LUENGO-SOTO VÁZQUEZ (11), MARINA GARCÍA-TUÑÓN (12) y SÁNCHEZ CALERO (13). Especialmente interesante es la argumentación (que no condivido) de SÁNCHEZ CALERO, que considera a los auditores una vez nombrados para el ejercicio de sus funciones en la sociedad como un órgano de la misma, y dado que corresponde a los administradores el llevar la contabilidad de la que son responsables (arts. 37.1.3 CCom y 141.1 LSA), los auditores fiscalizan su labor en el aspecto patrimonial e informan de ella a la Junta general en diversos momentos situándose como un «órgano de control intermedio entre los accionistas y los administradores; en el ámbito interno es donde los auditores despliegan la actuación verificadora que la Ley les encomienda con carácter principal, lo que no impide reconocer la eficacia externa que sus informes pueden alcanzar. Además, dice SÁNCHEZ CALERO, «la circunstancia de que los auditores una vez nombrados suscriban un contrato con la sociedad no debe oscurecer su calificación como órganos».

Ciertamente éste es uno de los temas mas oscuros en el campo de la actuación auditora, y la legislación no es clara al respecto. Algunos preceptos legales parecen inclinados a considerar órganos sociales a los auditores, como el artículo 94 RRM que prescribe la inscripción obligatoria del nombramiento de auditor en la hoja abierta a la sociedad. Pero sobre todo, podría inducir a incluir los auditores como órganos sociales la atribución de una serie de competencias relativas a actividades distintas de la estricta auditoría de

(8) GALÁN CORONA, *La revisión de cuentas*, pág. 557.

(9) GALÁN CORONA, *La verificación*, págs. 326-327.

(10) NÚÑEZ LOZANO, *El régimen jurídico de la auditoría de cuentas en Derecho español*, Sevilla, 1989, pág. 65.

(11) GARCÍA LUENGO-SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Granada, 1991, pág. 837.

(12) MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid, 1992, págs. 333 y sigs.

(13) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, 18.ª ed., Madrid, 1995, págs. 430-431.

cuentas, aunque siempre en relación con aspectos contables. Como ha visto ILLESCAS (14) la propia LSA atribuye a los auditores la competencia para llevar a cabo en relación con la vida de la compañía que auditan, un conjunto de actividades que sin ser estrictamente auditoría de cuentas anuales, se relacionan con la observancia y las resultas de la llevanza de la contabilidad por parte de la sociedad anónima concernida, así como requieren para su realización una específica competencia profesional en el campo de la contabilidad. Todas estas actividades requieren una específica competencia profesional en los auditores, y son atribuciones que corresponde realizar a los auditores designados para verificar las cuentas anuales, prescindiendo del procedimiento de su designación (Junta General; Registrador mercantil; Juez), siendo necesaria la intervención de los auditores en los siguientes casos:

- a) «Determinación» del valor real de las acciones con restricciones estatutarias para su transmisibilidad, en caso de transmisión *mortis causa* (art. 64.1 LSA).
- b) «Determinación» del valor real de la acción en caso de adquisición de acciones como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución (art. 64.2 LSA).
- c) «Fijación» del incremento de valor de las acciones, y de la cuota de liquidación, en caso de liquidación del usufructo de acciones (art. 68.3 LSA).
- d) «Determinación» del valor de las acciones en caso de ejercitarse el derecho de separación por modificación del objeto social (art. 147.2 LSA).
- e) «Certificación» del auditor en caso de aumento de capital por compensación de créditos (art. 156.1-b LSA).
- f) «Verificación» del balance en caso de aumento de capital con cargo a reservas (art. 157.2 LSA).
- g) «Informe elaborado bajo su responsabilidad por el auditor» en el caso de exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones de nueva emisión (art. 159.1-b LSA).
- h) «Verificación» por los auditores en caso de reducción del capital social por compensación de pérdidas y para dotar la reserva legal (art. 168.2 LSA).
- i) «Verificación» del balance de fusión en caso de fusión de sociedades (art. 239.2 LSA).
- j) «Informe» de los auditores en caso de emisión de obligaciones convertibles en acciones (art. 292.2 LSA).

(14) ILLESCAS, «Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VIII.2, Madrid, 1993, pág. 31.

Estas competencias, en las que debo subrayar la incerteza de la terminología utilizada por la LSA, ha hecho pensar a un sector numeroso de la doctrina que los auditores son órganos sociales. Estas mismas oscilaciones en la designación de sus atribuciones: «informe»; «certificación»; «determinación del valor de las acciones»; «verificación»; parecen configurar un ámbito general de competencias, siempre en conexión con aspectos contables, en que los auditores serían una pieza más de la estructura de la sociedad, y por consiguiente, órganos sociales. Así lo entiende la nota de calificación del Registrador Mercantil número X de Madrid, negando la inscripción de la prórroga de nombramiento de auditor, doctrina rectificada por la Resolución de 25-10-93. Pero respecto a lo que nos interesa, según la citada nota de calificación, el auditor nombrado por la sociedad conforme al artículo 204 LSA no agota sus funciones con la verificación de las cuentas anuales; ha asumido, además, como órgano social, como «auditor de la sociedad», todas aquellas en que la ley exige su intervención (los supuestos que acabamos de enumerar), y estas prestaciones a las que está obligado como órgano social, no requieren dilación en el tiempo para realizarla. Si apuramos al máximo la doctrina de la calificación registral, se podría ver los auditores en una doble posición: como órganos sociales por un lado; y por otro, como instancias externas de control contable, consideración bifronte en mi opinión rechazable.

Y entiendo que es de rechazar la consideración de los auditores como órgano social mientras se mantenga la actual concepción de la sociedad anónima como estructura basada en el contrato social con personalidad jurídica y limitación de responsabilidad, concepción que sigue siendo vigente frente a las nuevas orientaciones como las de GALÁN CORONA (15), de considerar la S. A. «como forma jurídica de organización de empresa donde todos los intereses convergentes deben encontrar su acomodo y recibir del ordenamiento jurídico la debida atención». Porque en mi opinión, que la LSA prevea la función auditora delineando un conjunto de competencias objetivamente determinado y diferenciado en la organización de la sociedad, de aquí no se deriva que sean un órgano social; es decir, que las sociedades obligadas a verificación contable cuenten con un específico órgano *ad hoc* como tal, integrado en la propia organización de la sociedad, es lo que me parece rechazable. Quizá en el fondo sigue gravitando en la doctrina la visión de la derogada LSA de 1951 que preveía accionistas censores de cuentas.

El carácter externo y la independencia de los auditores, que deben controlar la gestión de los administradores y los resultados de la sociedad que los nombra, hace que no puedan ser considerados de ninguna manera

(15) GALÁN CORONA, «La verificación...», pág. 327; «La revisión de cuentas...», pág. 557.

como órganos sociales. Precisamente estos caracteres se evidencian en el sistema de incompatibilidades que afectan a los auditores, señaladas en el artículo 8 LAC (y 37 RAC) que permiten excluir una relación orgánica de los auditores con la sociedad auditada, siendo causa de incompatibilidad (16) entre otras, ostentar cargos directivos o de administración, o ser empleados de la sociedad auditada (17); ser accionista de sociedades en las que se posea una participación superior al 5% nominal del capital social, o que la participación represente más del 10% del patrimonio personal del accionista (18).

En el fondo, se trata de preservar a toda costa la independencia de los auditores frente a la sociedad auditada, y en general, como reza el artículo 1 LAC frente a terceros, al definir la auditoría de cuentas como «actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros». Por ello, el mayor defecto en el que puede incurrir una empresa de auditoría (más que la negligencia profesional, que siempre será difícil de probar en cuanto que normalmente el inculcado alegará falta de información por parte de la sociedad auditada, como ha ocurrido recientemente en un clamoroso caso de la vida económica de nuestro país), es la falta de independencia, y en ello insiste el RAC.

Artículo 36.3 RAC. ... para apreciar la falta de independencia se tomará en consideración, entre otras circunstancias, la realización para la empresa o entidad auditada de otros trabajos que puedan limitar la imparcialidad del auditor. En todo caso, se considerará que no existe independencia cuando el auditor de cuentas haya realizado trabajos durante los tres ejercicios anteriores a aquél a que se refiere la auditoría, relativos a la ejecución material de la contabilidad de la empresa o entidad auditada.

Con mayor rigor, las Normas Técnicas de Auditoría, aprobadas por Resolución del Presidente del ICAC (BOICAC, enero de 1991) señalan que «se considerará que existe falta de independencia cuando el auditor sea el ejecutor material de la contabilidad o asuma funciones ejecutivas en la

(16) Vid. al respecto ARANA GONDRA, *Ley de Auditoría de Cuentas*, Madrid, 1995, págs. 315 y sigs.; JANE BONET, *Análisis jurídico de la auditoría de cuentas*, Barcelona (1995), págs. 133 y sigs.

(17) En la consulta núm. 1 al ICAC de junio de 1990 se señala que el puesto de Secretario del Consejo de Administración es incompatible con la auditoría de la misma sociedad.

(18) Consulta núm. 17 al ICAC de mayo de 1991.

entidad auditada. El resto de los servicios que el auditor puede prestar a su cliente, como consultoría y asesoramiento fiscal, no provocan, en principio, incompatibilidades en este sentido. Sin embargo, el auditor debe estar alerta a situaciones en las que su identificación con el cliente o la gestión de los negocios de éste menoscaben su imagen de independencia haciéndola incompatible con la labor del auditor de cuentas».

Por todo lo que acabo de exponer, me parece claro que los auditores no están insertos en la organización de la sociedad, y consiguientemente defiendiendo que no son órganos de la misma. En este punto coincido con VICENT CHULIÁ (19), ILLESCAS (20) y PETIT LAVALL (21): los auditores de cuentas no son un órgano de la sociedad; la vinculación de los auditores con la sociedad no es orgánica, sino contractual. El interés de terceros que preconiza la LAC y el mismo interés público, exigen que la verificación contable de las cuentas anuales y del informe de gestión sea realizada por terceras personas ajenas a la misma organización de la sociedad, e independientes (22). Su tratamiento sistemático en la LSA en el cap. VII «De las cuentas anuales», claramente separado del tratamiento de los administradores que se expresa en el cap. V «De los órganos de la sociedad», pone a auditores y administradores en un plano distinto; obviamente los auditores no expresan nunca la voluntad social. También excluye a los auditores de su consideración de órganos sociales la Propuesta modificada de V Directiva (23). Comparto la argumentación de Petit Lavall (24) de que «la necesaria independencia de la que deben gozar los auditores de cuentas, su condición de profesionales independientes y su actuación no sólo en interés de los socios sino también de terceros, impiden su consideración como órgano social».

Hay muchos aspectos que distinguen administradores (órgano social) de auditores (entes externos a la empresa). Es cierto que algunos preceptos legales parecen poner ambas figuras en un mismo plano, como el artículo 154 RRM relativo al nombramiento e inscripción de los auditores en el Registro Mercantil, pero el propio texto legal advierte las diferencias entre ambas figuras al disponer que «en la medida en que resulte compatible, será de

(19) VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I.1, 3.ª ed., Barcelona, 1991, pág. 176; *Introducción al Derecho Mercantil*, 7.ª ed., Valencia, 1994, pág. 230.

(20) ILLESCAS, *op. cit.*, págs. 36-37.

(21) PETIT LAVALL, *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, Madrid, 1994, pág. 132.

(22) Vid. GARCÍA-PITA, *Aspectos jurídicos de la auditoría de empresas*, Madrid, 1983, pág. 85.

(23) De 9-9-83; DOCE núm. C 240/2. Vid. el lúcido comentario de ESTEBAN VELASCO en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 5, junio (1989), págs. 231 y sigs.

(24) PETIT LAVALL, *op. cit.*, pág. 109.

aplicación a los auditores» lo dispuesto en los arts. 138 ss. (relativos a la inscripción del nombramiento de administradores), lo que permite situar en el RRM con la debida separación, la distinta función de unos y otros. Ciertamente que el RRM no entra en el tema de fondo que nos preocupa, pero tampoco tiene porqué entrar en ello, pues la inscripción de administradores y auditores en el Registro Mercantil es un tema que exige la publicidad registral en cuanto interesa a terceros conocer quienes actúan en tales calidades, pero que no necesita que el RRM entre a discernir la configuración dogmática de ambas figuras. Como tampoco es argumento suficiente para considerar los auditores como órganos sociales el artículo 211 LSA al disponer que «La legitimación para exigir responsabilidad frente a la sociedad por los auditores de cuentas se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad», porque esta norma obedece a un principio de economía jurídica señalando la vía procesal para exigir responsabilidad a los auditores, vía que es la misma que para exigir responsabilidad a los administradores (arts. 134 y 135), y que en mi opinión tampoco me parece muy acertado, pues los supuestos de responsabilidad de los administradores (art. 133), no son los mismos en los que pueden incurrir los auditores.

III. NATURALEZA DEL CONTRATO ENTRE AUDITOR Y SOCIEDAD AUDITADA: ARRENDAMIENTO DE OBRA

Dando, pues, por descontado, que el auditor no es órgano social, está claro entonces que su relación con la sociedad auditada no es de carácter orgánico sino contractual, lo que nos lleva al problema de la naturaleza jurídica de este contrato, con tres posibilidades: mandato; arrendamiento de servicios; arrendamiento de obra.

Durante algun tiempo, y en relación con la LSA de 1951 que preveía los accionistas censores de cuentas, alguna opinión doctrinal como POLO DÍEZ (25), RUBIO (26), y el Tribunal Supremo en Sentencia de 1.2.67, clasificaron de mandato esta relación. Por supuesto que en aquellos años la opinión mayoritaria consideraba los censores de cuentas como órganos sociales, lo que entonces era congruente con las previsiones de la LSA derogada, en cuanto que los accionistas censores podían ser considerados como órgano social designado por la Junta General para fiscalizar la rendición de cuentas de los administradores, e informar de ello a la Junta.

(25) POLO DÍEZ, *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima*, Barcelona, 1965, pág. 206.

(26) RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 3.ª ed., Madrid, 1974, pág. 272.

La tesis del mandato no es admisible. La dicción del artículo 1.709 CC «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta y encargo de otra», apunta a una gestión de intereses ajenos frente a terceros, donde el mandatario actúa en interés del mandante, bien que actúe en nombre propio (representación indirecta), bien en nombre del mandante (representación directa), posibilidades que recoge el artículo 1.717 CC. Pero los auditores no son mandatarios; no gestionan intereses de la sociedad, ni la representan, ni la sustituyen en sus asuntos, ni tienen obligación de someterse a las instrucciones de la sociedad (obligación que impone el art. 1.719 CC); por el contrario, su independencia respecto a la sociedad que los designa es una característica esencialísima de la auditoría de cuentas, y no actúan solo en interés del mandante, pues la verificación contable que efectúan tiene interés frente a terceros. Además se excluye la revocación *ad nutum* por el mandante (contra la disposición del art. 1.733 CC), así como la renuncia del auditor que no se ampare en circunstancias que justifiquen la terminación del contrato (27). Puede decirse, en resumen, que las reglas que disciplinan la auditoría de cuentas, son incompatibles con el contrato de mandato.

Descartado el mandato queda por examinar si la relación contractual entre la sociedad auditada y la auditora se encaja dentro del contrato de arrendamiento, y dentro de éste si sea un arrendamiento de obra o de servicios, a la luz de la fenomenología prevista en el artículo 1.544 CC: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto». La respuesta sólo puede darse cuando se determine cual sea la prestación principal: la actividad de verificación contable dirigida a examinar si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio (art. 208 LSA), en cuyo caso podría verse como un arrendamiento de servicios; o bien la emisión del informe (art. 209 LSA), y en este caso estaríamos ante un arrendamiento de obra. Dicho de otra manera: ¿el contrato de auditoría es un contrato de medios, o de resultado?; ¿qué es lo fundamental: la actividad de verificación, o la emisión del informe?; ¿qué acto, o qué prestación constituye el núcleo vital del contrato de auditoría?; ¿cuál es la causa del contrato?

La doctrina, tanto española como extranjera, se halla dividida al respecto. Si en Francia se considera que el *commissaire aux comptes* asume una obligación de medio (28), y en Alemania se piensa en el con-

(27) Vid. IGLESIAS PRADA, «La renuncia al cargo de auditor de cuentas: circunstancias justificativas y consecuencias jurídicas de la renuncia», en *RCDI*, 623 (1994), págs. 1501 y sigs.

(28) RIPERT-ROBLLOT, *op. cit.*, pág. 881.

trato de obra (29); en Italia (30) como en España, la doctrina está dividida.

Un sector doctrinal se inclina decididamente por el arrendamiento de servicios; en esta línea se mueven GALÁN CORONA (31); GARRIDO PALMA (32); VICENT CHULIÁ (33); PETIT LAVALL (34); tesis que defiende también el Registrador Mercantil número X de Madrid, y la Dirección General en Res. de 25-10-93.

La argumentación de los que defienden esta tesis es la siguiente: GALÁN CORONA (35) entiende que «el revisor no promete un *opus* concreto y determinado sino desarrollar una actividad consistente en verificar y examinar si las cuentas expresan la imagen fiel, dictamen que se expresa a través del informe que emite y que habrá de contener determinadas menciones fijadas legalmente. Pero este informe —y la certificación que lo acompaña— no es sino la expresión de la opinión a que ha llegado en el desenvolvimiento de su actividad». También según PETIT LAVALL la obligación que asumen los auditores de cuentas es una obligación de medios, una prestación de hacer, y el informe, con sus distintos posibles contenidos, es la última fase de esta actividad donde el auditor expresa su opinión sobre los hechos por él comprobados; «el auditor no promete un resultado concreto y determinado, sino el ejercicio de una actividad, manifestando por escrito las conclusiones de la misma». Se apoya PETIT LAVALL, en mi opinión erróneamente, cuando en materia de responsabilidad de los auditores el artículo 211 LSA reenvía a la normativa establecida para los administradores. A mi modo de ver, el artículo 211 LSA es una norma confusa y parcial. Dejando aparte si sólo se aplica a los auditores nombrados por Junta General y no a los contratados para determinados servicios (36) en cuyo caso se regirían exclusivamente por la LAC, subsiste el hecho de que la norma es incompleta, y siempre habrá que acudir a la LAC que regula tanto la responsabilidad civil (art. 11) como la administrativa de los auditores (art. 15 ss.). En realidad el artículo 211 LSA por la vía de una remisión incompleta, sólo abre la puerta a una

(29) CLAUSSEN, *op. cit.*, pág. 156; BAUMBACH/DUDEN/HOPT, *op. cit.*, pág. 772; GODIN-WILHELM, *Aktiengesetz. Kommentar*, I, Berlin-New York, 1971, pág. 1001.

(30) *Vid.* por todos, FORTUNATO, *op. cit.*, págs. 170 y sigs.

(31) GALÁN CORONA, «La verificación...», págs. 327 y sigs.; «Las cuentas anuales y su verificación: aspectos jurídicos», en el vol. *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. QUINTANA CARLÓ), Madrid, 1989, págs. 283 y sigs.; *La revisión*, pág. 559.

(32) GARRIDO PALMA, «Las cuentas anuales de la sociedad anónima y la aplicación del resultado económico», en el vol. *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, pág. 195.

(33) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, I.1, pág. 176; *Introducción*, pág. 231.

(34) PETIT LAVALL, *op. cit.*, págs. 134-135.

(35) GALÁN CORONA, «La revisión...», pág. 559.

(36) Que en mi opinión sería muy discutible.

específica acción procesal típica del campo mercantil: la acción social de responsabilidad que puede intentar la propia sociedad, los accionistas y los acreedores frente a los auditores, acción que requiere en el caso de que la ejercite la sociedad un acuerdo de Junta General que desbordando el artículo 134.2 LSA no lleva aparejado necesariamente la destitución de los auditores, pues para ello se requiere la existencia de una justa causa (arts. 204.3 y 206 LSA). Consiguientemente, la remisión del artículo 211 es parcial y perturbadora, y la remisión de ninguna manera pone en un mismo plano a auditores y administradores, porque la responsabilidad civil de los auditores se regula por la LAC y el RAC, y el artículo 211 LSA con su remisión a los arts. 134 y 135 sólo previene la legitimación para intentar la acción de responsabilidad por los perjuicios que los auditores causen a la sociedad, a los socios y a los terceros.

Creo, por tanto, que debe rechazarse la explicación que configura la relación contractual de los auditores con la sociedad como un arrendamiento de servicios. Muchas de las normas del CC sobre arrendamiento de servicios son inaplicables a la auditoría (37), aunque se configure ésta como un arrendamiento de servicios independiente, especial, tal han sostenido algunos en Alemania (38). Obviamente me estoy refiriendo a los auditores nombrados por Junta General que asumen el objetivo de verificación contable que finaliza con un informe escrito de contenido mínimo obligatorio: si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel, situación financiera y concordancia con el informe de gestión, informe indispensable para que sea válido el acuerdo de Junta General de aprobación de las cuentas anuales, y que debe acompañarse con éstas para su depósito en el Registro Mercantil. Quizá para otras actuaciones de los auditores que no sean verificación de las cuentas anuales y que no desemboquen en un informe con efectos frente a terceros como son los trabajos que el RAC denomina «trabajos de revisión y verificación de otros estados o documentos contables», sí pudieran ser calificadas como arrendamiento de servicios (39). Y aún así me parece muy discutible, pues quien contrata auditores en estos casos, pongo por ejemplo la verificación por auditores en caso de aumento de capital por compensación de créditos previsto en el artículo 157.1.b LSA, lo que requiere del

(37) MENÉNDEZ, «El contrato de auditoría y la terminación unilateral del mismo por el auditor», en *RCDI*, 623 (1994), pág. 1490.

(38) RICHARDI, *Staudinger BGB*, 12.^a ed., II, Berlín, 1989, pág. 23.

(39) Así lo entiende PAU PEDRÓN, *Leyes Hipotecarias y registrales de España. Fuentes y Evolución*, V.II, Registro Mercantil, Madrid, 1992, pág. 134, que considera que los auditores que realizan una auditoría específica (fuera de la verificación de las cuentas anuales), y de los nombrados por accionistas que representen al menos el 5 por 100 del capital social, actúan en virtud de un contrato de arrendamiento de sus servicios profesionales.

auditor es un informe (una obligación de resultado) que dé vía libre a la posibilidad económica de la operación que se pretende.

La consideración del contrato de auditoría como arrendamiento de obra, es la explicación que creo más persuasiva. A mi modo de ver, el auditor de las cuentas anuales no promete sus servicios sino un resultado, y por esta vía se pronuncian en nuestra doctrina BERCOVITZ (40), ILLESCAS (41), MENÉNDEZ (42), y en general es la tesis seguida por los mercantilistas alemanes (43).

Acertadamente dice MENÉNDEZ que «la prestación básica, aquella que determina la celebración del contrato, y por consiguiente lo conforma causalmente, viene dada, en efecto, por la realización del informe». Para ILLESCAS, «la contraprestación principal del auditor consiste no tanto en la puesta a disposición de la compañía de sus servicios, sino en la consecución de un específico resultado de periodicidad apriorista pero no necesariamente anual: el informe de auditoría». MENÉNDEZ lo ha visto límpidamente cuando dice que «la realización del informe se incorpora a la causa del contrato en el sentido de que su finalidad no es auditar sin consideración al resultado del informe, sino justamente auditar para obtener el informe». No puede explicarse más claramente la esencia de la auditoría como arrendamiento de obra.

A mi modo de ver, y a la luz de la dogmática jurídico-privada, la auditoría de cuentas anuales es un contrato de arrendamiento de obra; el auditor se compromete a un resultado sin consideración al trabajo que lo crea, aunque para fijar la remuneración se tome en cuenta el número de horas de trabajo que se estiman necesarias para llegar al resultado prometido, y ciertamente en la práctica se factura muchas veces la auditoría según las horas de trabajo estimadas, pero este factor lo único que deja ver claramente es que la auditoría es una prestación de hacer en el sentido del artículo 1.151 párr. 2.º del CC, que en todo caso es un elemento accesorio respecto a la calificación dogmática del contrato.

Entre los civilistas se ha hecho lugar común distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, advirtiendo en este último un factor de independencia de quien promete un resultado que no se da en el de servicios, en el que el deudor de trabajo depende de las instrucciones del acreedor. En el arrendamiento de obra quien promete el resultado es independiente, y ya hemos tenido ocasión de ver que la independencia es un factor esencialísimo de la auditoría. Por eso, en el arrendamiento de obra la dirección del

(40) BERCOVITZ, «Responsabilidad civil de los auditores», en el vol. *El futuro de la auditoría en España*, Madrid, 1982, pág. 157.

(41) ILLESCAS, *op. cit.*, pág. 38.

(42) MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 1490 y sigs.

(43) CLAUSSEN, *op. cit.*, págs. 156-157; GODIN-WILHELMI, loc. últ. cit.

trabajo y el riesgo corresponden al promitente, que goza de plena autonomía en la elaboración del resultado. De todos modos hay que decir que la regulación del CC (arts. 1.588-1.600) ni es satisfactoria y por supuesto no es completamente aplicable a la auditoría; en primer lugar porque la distinción entre arrendamiento de servicios y de obra (al que un gran sector de la civilística prefiere llamar arrendamiento de industria), no deja de ser una rémora de la distinción arrendaticia romana entre *locatio-conductio operarum* y *locatio-conductio operis faciendi*, superada en la praxis moderna. En general podemos decir que las ideas arrendaticias del CC no se corresponden con la realidad económico-social. Desde 1937 don CALIXTO VALVERDE (44) ya advertía que tanto el contrato de arrendamiento de obra como el de servicios no son más que variedades del contrato de trabajo, y merece censura el CC por calificar a ambos de arrendamiento. Ciertamente que el CC está pensando en trabajos manuales, normalmente la confección de muebles (como vemos en el art. 1.600 sobre retención en prenda de la cosa mueble hasta que sea abonado su precio al contratista que la ejecutó), y la construcción inmobiliaria. En todo caso, está claro que la regulación del CC sobre el arrendamiento de obra es notoriamente insuficiente, y tiene razón RUBIO SAN ROMÁN (45) al argumentar lo superados que se encuentran estos conceptos del CC «en virtud de una razón social que necesita una regulación sobre las causas de la responsabilidad, fundamentalmente contractual, en que pueden incurrir los intervinientes en este tipo de contratos».

Sustancialmente, por tanto, el contrato de auditoría en cuanto arrendamiento de obra es similar al que ejecuta un abogado de quien se solicita un dictamen (Sentencia del Tribunal Supremo de 21-3-50), o el arquitecto que realiza un proyecto o lleva a cabo la ejecución técnica de la obra (46). Y digo que es arrendamiento de obra aún sabedor de que probablemente en la práctica sea una precisión ociosa en cuanto que la auditoría viene regida por una legislación especial que desorbita el campo puramente privado de la relación contractual entre las partes, legislación especial que ante todo parece tener en cuenta el interés público de la función auditora. Por eso, si la regulación del CC del arrendamiento de obra hoy se entiende dirigida fundamentalmente a los contratos de construcción de inmuebles, para el contrato de auditoría, que civilistas como LASARTE (47) entiende como ejemplo típico de arrendamiento de obra, podemos decir que ofrece una

(44) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, III, 4.ª ed., Madrid, 1937, pág. 593.

(45) RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, 1987, 52.

(46) FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, págs. 77 y sigs., 124 y sigs.

(47) LASARTE, *Curso de Derecho civil patrimonial*, 2.ª ed., Madrid, 1990, pág. 332.

fenomenología para la que es insuficiente el CC. Una solución podría venir dada por considerar la auditoría como un contrato *sui generis*; ésta es la opinión de MENÉNDEZ (48), que entiende como esquema central la disciplina del arrendamiento de obra, excluyendo de la regulación civilista las normas que hayan sido sustituidas imperativamente por la LSA y LAC, y especialmente las normas sobre revocación y sobre responsabilidad contractual.

La auditoría de cuentas anuales necesariamente ha de culminar en un informe que tiene efectos frente a terceros (art. 1 LAC). Tiene razón MENÉNDEZ (49) cuando dice que «la realización del informe se incorpora a la causa del contrato en el sentido de que su finalidad no es auditar sin consideración al resultado del informe, sino justamente auditar para obtener el informe. Si la auditoría no se materializa en un informe, queda privada de valor desde el punto de vista de la finalidad de la ley». Está claro que no puede hablarse de auditoría de cuentas anuales si no hay informe, o como dice ILLESCAS (50) «cualquier actividad verificadora que no culmine en el informe positivamente requerido no podrá legalmente ser calificada como verificación ni la auditoría fruto de ésta tampoco podrá ser así conceptuada». Precisamente por esta trascendencia del informe, que constituye el núcleo causal de la auditoría, es por lo que dogmáticamente tiene que encuadrarse en el arrendamiento de obra. Y que la auditoría esté nucleada en torno al informe, lo señala claramente la legislación especial:

Artículo 1.3 LAC. *Tanto la auditoría de las cuentas anuales y del informe de gestión como cualquier otro trabajo de revisión o verificación contable que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 de este artículo, deba calificarse legalmente como auditoría de cuentas, tendrá necesariamente que ser realizado por un auditor de cuentas, mediante la emisión del correspondiente informe y con sujeción a los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley y a las normas técnicas de auditoría.*

La culminación de la auditoría en un informe que debe realizarse según las normas técnicas de auditoría, es necesario para que a su vista puedan los accionistas aprobar las cuentas anuales (art. 212.2 LSA), y los terceros que se relacionan con la sociedad («cualquier persona», art. 220.2 LSA) con ese informe fiel y veraz pueden tomar sus disposiciones en sus relaciones con la sociedad auditada, de manera que el informe es el eje en torno al cual gravita toda la auditoría. Pero el informe exorbita el campo puramente privado-

(48) MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 1492-1493.

(49) MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 1490.

(50) ILLESCAS, *op. cit.*, pág. 38.

contractual para entrar de lleno en el interés público, entendiendo la auditoría, como dice el artículo 1.1. RAC, como «actividad realizada por una persona cualificada e independiente, consistente en analizar, mediante la utilización de técnicas de revisión y verificación idóneas, la información económico-financiera deducida de los documentos contables examinados, y que tienen como objeto la emisión de un informe dirigido a poner de manifiesto su opinión responsable sobre la fiabilidad de la citada información, a fin de que se pueda conocer y valorar dicha información por terceros».

Conviene insistir en el interés público de la auditoría, porque si ésta es una institución de origen inglés, que exportaron los ingleses allí donde efectuaban sus inversiones, hoy el interés público está en la importancia del conocimiento de la imagen fiel, situación financiera y resultados de las empresas, sobre todo con vistas a la auditoría como actividad verificatoria preventiva de insolvencias. Esto hace que el auditor no sólo defienda el interés de los accionistas y de los terceros que se relacionan con la sociedad auditada, sino también un interés público. VICENT CHULIÀ (51) ha llegado a decir que «la auditoría de cuentas nace y se afirma al servicio del interés público». Tanto es así que muy gráficamente el Tribunal Supremo de Estados Unidos (52) califica al auditor como «a public watchdog», un perro de presa público, idea que ha penetrado en la Ley española de recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades financieras, al prever que si los auditores (Disp. Adic. 4.^a) «conocieran y comprobaran la existencia de presuntas irregularidades o situaciones que puedan afectar gravemente a la estabilidad, solvencia o continuidad de la sociedad auditada, emitirán de forma inmediata el informe de auditoría de cuentas anuales, quedando obligada la sociedad auditada a remitir copia del mismo al Banco de España, CNMV o Dirección General de Seguros, y si en el plazo de una semana el auditor no tuviese constancia fehaciente de que se ha producido dicha remisión deberá enviarlo él directamente». Aunque esta regla no se aplica a todas las sociedades con obligación de ser auditadas, no deja de ser una demostración palpable del interés público de la auditoría. Es de interés público que las empresas lleven una contabilidad ordenada; es de interés público que esa contabilidad refleje la imagen fiel y los resultados de la empresa para quien se relaciona con ella: accionistas, acreedores, inversores; es de interés público que el Estado conozca por datos contables veraces la marcha de la economía de las empresas para organizar sus previsiones fiscales y económicas.

El legislador conceptúa el informe de auditoría como documento mercantil (art. 2.1 LAC), y como tal queda sujeto al tratamiento penal de

(51) VICENT CHULIÀ, *Compendio*, I.1, 176; *Introducción*, 84; 231.

(52) U.S. v. Arthur, Young, Co. 1984.

falsedad en documento mercantil cuando la negligencia culpable en la revisión contable reflejada en el informe no sea veraz, porque ante todo el informe de auditoría debe evidenciar una opinión técnica y una declaración de verdad sobre una serie de extremos previstos en la LSA y en la legislación contable. Precisamente la calificación del informe como documento mercantil y no como documento profesional o privado, lleva aparejada la consecuencia de poder ser imputado de falsedad agravando considerablemente la responsabilidad del auditor. De la veracidad del informe responde el propio auditor como se desprende del artículo 92 de la Ley del Mercado de Valores, en que no se hace responsable la CNMV de la veracidad de los informes de auditoría depositados. Problema distinto sería si en el informe de cuentas anuales el auditor no hace salvedades ni ha detectado fraude en las diferentes partidas, pudieran los administradores quedar exentos de responsabilidad amparándose en dicho informe, lo que obviamente hay que rechazar, originándose en estos casos una doble responsabilidad: la de los auditores por negligencia en la revisión contable, y la de los administradores por el daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo (art. 133.1 LSA).

IV. EL PROBLEMA DE LA REELECCION

Resta, por último examinar el tema de la reelección de los auditores. La LSA en punto a la duración del cargo de auditor sigue una regla de duración variable: la contratación de los auditores se hará por un mínimo de tres años y un máximo de nueve, a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar. La novedad de la reforma de 23-3-95 está en que permite su reelección por la Junta general, anualmente, una vez finalizado el período inicial.

En este campo el nuevo artículo 204.1 LSA sigue el art. 56 de la Propuesta modificada de V Directiva que preconiza que «las personas que efectúen la auditoría de cuentas serán nombradas por un período determinado que no puede ser inferior a tres años ni superior a seis. También son reelegibles». Nuestra LSA ha tomado de la Propuesta comunitaria la regla de la reelección, pero no la de duración máxima de seis años, que es la que siguió el Derecho francés a partir de la Ley de 24-7-66, que señaló una duración fija de seis años, pensando que con esta regla de duración fija se refuerza la estabilidad e independencia de los auditores. Con mayor rigor, en Italia el Decreto Presidencial n. 136 de 31-3-75, y la reforma del artículo 2.400 del *Codice civile* realizada por Decreto Legislativo de 9-4-91, señalan una duración fija de tres años, mientras que en Alemania, el § 318 HGB declara que el auditor debe

ser elegido cada año, aunque esta regla no impide su reelección. Esta misma norma es seguida en Derecho inglés después de la última dicción de la *section* 385 de la *Companies Act* de 16-11-89.

El Derecho español por el contrario, fija unos plazos perentorios pero variables: entre tres y nueve años; en el fondo, no una regla de duración fija como en Francia e Italia, sino una regla de duración variable, aunque debe moverse dentro de aquellos períodos de tiempo, quizá, como dice GALÁN CORONA (53) porque no se traspuso debidamente a nuestra legislación (ni en el art. 204.1 LSA ni en el 8.4 LAC) el auténtico sentido de la Propuesta modificada de V Directiva. Por supuesto que en nuestra legislación los plazos mínimo y máximo (tres y nueve años) no pueden ser alterados en el sentido de reducirse o aumentarse ni por los Estatutos ni por la Junta General; ello atentaría contra la independencia del auditor de cuentas si se redujera el plazo, o contra la libertad de los accionistas para designar un nuevo auditor de cuentas si se aumentase (54). Pero la Propuesta modificada de V Directiva no ha sido aprobada, y en el fondo sólo trataba de fijar para cada Derecho de los Estados miembros los límites mínimo y máximo de duración del cargo, aunque el máximo, como acabamos de ver, se fija en seis años, y no en nueve como en nuestra LSA.

Con la versión antigua del artículo 204 LSA yo entendía que los períodos para los que habían sido nombrados los auditores eran inflexibles, y que por tanto no había lugar a prórroga; pero esta visión fue desvirtuada por la Res. de 25-10-93 que hace caer por tierra la nota de calificación del Registrador Mercantil n. X de Madrid denegatoria de la inscripción del acuerdo de Junta universal de prorrogar por un año más el nombramiento de auditor, entendiendo el Registrador Mercantil incumplido lo dispuesto en el artículo 204 LSA al prorrogar el nombramiento de auditor una vez finalizado el último ejercicio a auditar, transcurrido por tanto el plazo de su nombramiento. Contra la posición del Registrador Mercantil, el Centro Directivo, admitiendo los argumentos de la sociedad auditada recurrente, admitió expresamente la prórroga del nombramiento de auditor. A mi modo de ver la Res. de 25-10-93 ofrecía argumentos poco convincentes, como «obvias razones de economía de costes y de trámites, y la aplicación analógica a los auditores de lo dispuesto en los artículos 138 ss. RRM, y en especial del 145», y ha merecido la crítica de GARCÍA HERRERA (55), VICENT CHULIÁ (56), y PETIT LAVALL (57).

(53) GALÁN CORONA, *La verificación*, págs. 332-333.

(54) PETIT-LAVALL, *op. cit.*, pág. 276.

(55) GARCÍA HERRERA, «Comentario a dicha Res.», en *RGD*, 591, diciembre 1993, págs. 12017-12020.

(56) VICENT CHULIÁ, «Problemas candentes de la sociedad anónima», en *RGD*, 591, diciembre 1993, págs. 11924-11925.

(57) PETIT LAVALL, pág. 277.

El artículo 204 LSA tal como quedó redactado en 1989 obligaba a una duración del contrato entre tres y nueve años, debiendo la Junta General fijar el número exacto de ejercicios a auditar, presuponiendo que de no fijarse plazos, se entendía como plazo máximo el de nueve años, tal como se deduce en base a la remisión del artículo 154 RRM al 114 RRM para el nombramiento de administradores sin plazo de duración.

Y aquí está realmente el *quid* de la cuestión. Si la Junta ha nombrado auditor para controlar, pongamos por caso, cuatro ejercicios sociales, ¿era admisible su prórroga hasta completar los cinco ejercicios que restan hasta el máximo de nueve? ¿Es inflexible el período de duración del contrato pactado para auditar un número exacto de ejercicios, o cabe su prórroga? Es obvio que yo me pronunciaba por la primera posibilidad, pero en contra se habían manifestado NEILA NEILA (58), ILLESCAS (59), y sobre todo admitía esta prórroga el artículo 40.1 RAC, y por supuesto el ICAC (60).

Ciertamente el artículo 204 LSA en su versión de 1989 no aludía para nada a la prórroga, sino a los límites mínimo y máximo para el que eran nombrados los auditores, contándose el período de duración del cargo desde la fecha en que se inició el primer ejercicio a auditar. Si posteriormente el artículo 40.1 RAC permitió expresamente la prórroga, ¿hay que entender que el RAC estaba interpretando y desarrollando la LSA? Si ello fuera así, no me cabe duda que tendríamos aquí otro ejemplo más de mala política legislativa que desgraciadamente tanto parece abundar en estos últimos tiempos.

Como vemos, el campo estaba lleno de minas, y se requería imperiosamente la coordinación entre ambos textos legislativos, obviamente con superior jerarquía normativa la LSA. La ambigüedad de la LSA hizo necesaria la Comisión de coordinación entre la Dirección General de Registros y Notariado y el ICAC de 28.1.93, acordando: 1.º Que la prórroga del nombramiento originario del auditor de cuentas debe ser acordada por la Junta General antes de que finalice el ejercicio cuya nueva auditoría se pretende; 2.º No podrá ser inferior a un año, y se entenderá acordada por dicho plazo en el caso de que el mismo no se hubiera expresado.

Se admitió por tanto la prórroga, pero ello no despejaba todos los problemas, porque más que prórroga se producía, como decía MARINA GARCÍA-TUÑÓN (61) un nuevo «vínculo negocial»; en definitiva, más que una prórroga, ello significaría una nueva reelección de los auditores, como

(58) NEILA NEILA, *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1990, pág. 959.

(59) ILLESCAS, pág. 48.

(60) Consulta 6, *BOICAC*, núm. 12, marzo 1963, págs. 163-164; Consulta 8, *BOICAC*, núm. 4, enero 1991, pág. 65.

(61) MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *Régimen jurídico...*, pág. 266.

admite el mismo ICAC (62). Pero si esto fuera así, se estaría violando el artículo 204.1 LSA, el 8.4 LAC (ambos en su versión anterior) y 40.1 RAC, que solo permitía la reelección pasados tres ejercicios desde el último auditado. Porque así como la prórroga supone la continuación en el cargo detentado por un nombramiento inicial, la reelección supone el cese en el cargo anterior y un posterior nuevo nombramiento para desempeñar la auditoría. De todos modos la prohibición de contratar a los mismos auditores hasta que hayan transcurrido tres ejercicios desde la terminación del período anterior, que preconizaba la versión del artículo 204.1 de la LSA de 1989, ha desaparecido en la versión de 1995, prohibición que también desaparece en el artículo 8.4 LAC, asimismo modificado por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Con estas nuevas reglas, totalmente beneficiosas para los auditores, se rompe la anterior *vacatio* de tres años desde el último ejercicio auditado para volver a ser contratados los mismos auditores. Con la nueva norma, finalizado el período inicial, pueden ser reelegidos anualmente sin horizonte limitativo de ningún tipo. Mientras tengan la confianza de la sociedad serán reelegidos cada año sin ninguna traba. Lo preconiza paladinamente la nueva redacción del artículo 204.1 LSA: los auditores pueden ser reelegidos por la Junta general anualmente una vez que haya finalizado el período inicial.

Obviamente las sucesivas reelecciones, que han de ser necesariamente anuales, permiten prescindir en la realidad del período máximo de nueve años. Este es el período máximo por el que puede contratarse la auditoría, pero sobrepasado este período, a través de reelecciones anuales, los auditores pueden seguir siendo contratados anualmente *ad infinitum*. Esta redacción da satisfacción al ICAC que ya era partidario de la prórroga. Ahora, con mayor precisión, la LSA habla de reelección por la Junta general, y habrá de constar este tema en el orden del día (art. 97.2 LSA).

Pero, como decía al principio, sigo teniendo serias dudas sobre la bondad de la reelección, y siguen subsistiendo ciertos peligros que pueden empañar una perfecta labor auditora; entre otros, uno que advierte SÁNCHEZ CALERO (63): «la circunstancia de que el auditor que ha de designar la Junta (y en su caso reelegir, añado yo) sea propuesto por los administradores, puede hacer peligrar su independencia, en especial si antes de la celebración de la Junta general, ya han convenido su nombramiento y las condiciones económicas del ejercicio de su función»; o desde otro punto de vista, criticando la regla española de duración variable del nombramiento de

(62) Consulta 6, *BOICAC*, núm. 12, marzo 1993, pág. 163.

(63) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, I, pág. 433.

auditores, IGLESIAS PRADA (64) señala que «este sistema con un arco de posibilidades tan grande (de tres a nueve años) puede propiciar —y de hecho no ha dejado de hacerlo en la práctica— comportamientos estratégicos por parte de las sociedades que hayan de someterse a verificación contable, y por esa vía, puede dar lugar a negociaciones con los auditores poco deseables o saludables para la objetividad e independencia que deben presidir el desarrollo de su función». Y a mí desde luego me cabe la duda de si el auditor que quiera asegurarse la reelección, y con ello una copiosa fuente de ingresos, no elevará los niveles de tolerancia de su informe técnico con la consiguiente merma de independencia, o dicho de otra manera, si la última auditoría estando pendiente la reelección sea imparcial, o más bien sea hecha a la medida de los deseos del cliente.

Nuestro sistema, *a priori*, parte de la idea de una duración fija mínima, tres años; y otra máxima, nueve años, que como acabamos de ver, queda pulverizada por la posibilidad de reelección sin *vacatio* alguna. En principio está claro que el contrato entre sociedad auditada y auditores se dirige a la verificación de tres ejercicios contables como mínimo, y nueve como máximo.

Dando por descontado que el plazo mínimo de tres años proporciona cierta garantía de continuidad en la realización de la función auditora, creo que hay que rechazar el nombramiento por un año de los Derechos inglés y alemán, aunque desde luego éstos admiten la reelección, porque si pueden haber algunas ventajas en el nombramiento anual, como pensar que el plazo de un año no compromete excesivamente a las partes, permite subsanar a la sociedad auditada los posibles errores en la elección de auditores, y la dispensa de los costes de una selección en cierto modo permanente (65); parece preferible el sistema español de duración mínima de tres años, plazo preconizado en la Propuesta modificada de V Directiva. Esta duración mínima hace posible no sólo un mejor conocimiento de la contabilidad de la sociedad auditada repercutiendo en una mejor calidad de la auditoría, sino que con ello se fortalece su independencia, siendo el auditor menos sensible a posibles presiones de la sociedad revisada si cuenta con un período de tiempo por delante durante el cual no podrá ser revocado de su cargo sin justa causa (66). En este sentido, una cierta estabilidad del auditor (este plazo mínimo de tres años), es deseable: este plazo es suficiente para que el auditor alcance un óptimo conocimiento de la situación patrimonial y empresarial de sus clientes (67), sin que por otra parte se hiciera estable aquella relación contractual que podría mermar la independencia del auditor.

(64) IGLESIAS PRADA, *La duración del cargo de auditor*, pág. 19.

(65) IGLESIAS PRADA, *La duración...*, pág. 19.

(66) GALÁN CORONA, «La verificación...», pág. 327; «La revisión...», pág. 552.

(67) ILLESCAS, pág. 49; PETIT LAVALL, pág. 279.

Por todo ello considero preferible, por un lado para favorecer cierta estabilidad en la función auditora; por otro para no mermar su calidad e independencia, la regla de duración fija, que de acuerdo con la Propuesta modificada de V Directiva estaría entre los tres y los seis años, siendo en mi opinión demasiado amplia la duración máxima de nueve años que preconiza nuestra legislación. Hay mayor elasticidad en este arco de tres a seis años, que en la legislación italiana que configura un período fijo de tres años, o en la francesa, que configura igualmente un período fijo, pero de seis años. A este propósito, algunos de nuestros tratadistas como GALÁN CORONA e IGLESIAS PRADA (68) han pensado que por analogía con el plazo establecido para el nombramiento de administradores (art. 126 LSA), sería lo mas idóneo fijar un plazo de cinco años para el nombramiento de los auditores.

Desde luego yo me pronuncio decididamente por el señalamiento de un plazo fijo para la realización de la función auditora en el arco entre tres y seis años, y no por los nueve años, máximo que prevé el artículo 204.1 LSA y 8.4 LAC. El plazo fijo fortalece la independencia del auditor, permitiendo un actuación revisora no sometida a los intereses de la sociedad revisada, y por eso sigo creyendo preferible la anterior *vacatio*, ahora suprimida.

Y sin embargo, todas estas consideraciones caen por tierra con la posibilidad de reelección de los auditores. Ciertamente es también que la reelegibilidad es reconocida expresamente por la citada Propuesta de V Directiva, y ha sido admitida expresamente en algunos ordenamientos de países de la UE como Portugal (art. 415.1 del *Código das Sociedades Comerciais*), y en otros países comunitarios aunque no la recogen sus textos legislativos, es admitida generalmente por la doctrina especializada. En Francia, RIPERT y ROBLOT afirman paladinamente que «les commissaires nommés sont indéfiniment rééligibles» (69), y CLAUSSEN y KROPFT en Alemania defienden que la reelección es ajustada a Derecho: «eine Wiederwahl ist zulässig» (70).

Con la reforma del artículo 204.1 LSA que permite la reelección, se satisfacen las aspiraciones de los auditores, que si con la legislación derogada admitían la prórroga, ahora con la reelección tienen todo el terreno despejado. Es sintomático que a propósito de la consulta n. 13 (enero 1991) el ICAC respondiera «que dentro del período máximo de nueve años, puede prorrogarse el contrato celebrado anteriormente, si bien dicha prórro-

(68) GALÁN CORONA, «La verificación...», pág. 333; IGLESIAS PRADA, «La duración...», pág. 21.

(69) RIPERT/ROBLOT, *Traité*, cit., I, pág. 1027. También HAMEL/LAGARDE/JAUFRET, *Droit commercial*, I.2, París, 1980, pág. 440, destacan esta posibilidad de ser reelegidos los auditores indefinidamente.

(70) CLAUSSEN, *Kölner Komm.*, III, pág. 665; KROPFT, *Aktiengesetz Komm.*, III, pág. 411.

ga, deberá asimismo cumplir el plazo mínimo de contratación de tres años» (71). A mi entender es criticable esta postura. Mi interpretación de los artículos 204.1 LSA y 8.4 LAC era que fijado un plazo de duración estable dentro de los nueve años máximos, no había posibilidad de prórroga, y desde luego sin posibilidad de reelección sucesiva hasta pasados tres años desde que finalizó el período inicial. Igualmente entendía que no cabían tres nombramientos sucesivos por períodos trianuales (72) dentro de los nueve años máximos, debiendo la sociedad esperar la *vacatio* de tres años desde que expiró el nombramiento para volver a nombrar al mismo auditor.

Era muy saludable el criterio de la LSA de fijar para el nombramiento de auditores un período mínimo de tres años (para evitar la precariedad), y un máximo de nueve (para evitar el inmovilismo); pero ahora, con la posibilidad de reelección los auditores corren el peligro de convertirse en empleados de la sociedad auditada, con la consiguiente merma de la independencia y eficacia de la función revisora. Asimismo es obligado decir que esta regla de rotación no era seguida por los ordenamientos de los países comunitarios.

También hay que decir que en España la prórroga había sido defendida por el ICAC, configurada en el artículo 40.1 RAC, finalmente sancionada en la Resolución de 25-10-93, y encontraba adeptos en la literatura jurídica, admitida por autores como ILLESCAS, SÁNCHEZ CALERO y otros (73), aunque también contaba con detractores como VICENT CHULIÁ y PETIT LAVALL (74), entre los que me incluía.

Pero si la prórroga era discutida, no parecía haber oposición alguna a la prohibición de reelección, con la excepción de IGLESIAS PRADA (75) que defendía la necesidad de revisar la regla que prohibía la reelegibilidad del auditor. En el fondo la regla se dirigía, como sintetiza MARINA GARCÍA-TUÑÓN a «evitar un presumible anquilosamiento o deformación de su actividad» (76). En mi opinión siguen siendo ciertas las palabras de BLASCO LANG (77) cuando a propósito del período máximo de nueve años, justificado en base a la independencia del auditor, entiende que «una permanencia

(71) Vid. FERNÁNDEZ PEÑA, *Código de Leyes de Auditoría*, Madrid, 1992, pág. 419.

(72) En este mismo sentido, IGLESIAS PRADA, «La duración...», pág. 23.

(73) ILLESCAS, pág. 47; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 17.ª ed., I, Madrid, 1994, pág. 424. Obviamente ya no trata de la prórroga en la 18.ª ed., Madrid, 1995, pág. 434, sino que menciona llanamente la posibilidad de su reelección; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *Régimen jurídico ...*, pág. 266.

(74) VICENT CHULIÁ, *Introd.*, pág. 231; PETIT LAVALL, pág. 277.

(75) IGLESIAS PRADA, «La duración...», pág. 22.

(76) Vid. también en este sentido GARRETA SUCH, *Introducción al Derecho contable*, Madrid, 1994, pág. 318.

(77) BLASCO LANG, Prólogo a LÓPEZ ALDEA, *Fundamentos básicos de auditoría de cuentas*, Madrid, 1992, pág. 16.

excesivamente larga como auditor de una sociedad puede comprometer su naturalidad respecto a la misma».

En un país donde la función auditora es tan relevante como en Estados Unidos, el *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA) señala claramente los peligros de una larga permanencia en la función auditora: acerca a los auditores a la gestión de la sociedad auditada; se identifican con los problemas de la administración de la empresa; pierden su imparcialidad; realizan su función rutinariamente al controlar los estados contables de un mismo cliente durante sucesivos ejercicios; tienden a omitir en su informe las zonas contables mas problemáticas para seguir reteniendo el contrato de auditoría; en definitiva, siguen con mayor solicitud los intereses de los administradores de los que depende su continuidad, que la necesaria independencia que requiere tanto el interés privado como el interés público de la auditoría (78). Estos son los principales peligros que evitaba la prohibición de reelección imponiendo obligatoriamente un sistema de rotación obligatoria de las compañías auditoras, que en nuestro sistema (como tambien en el italiano), imponía que al menos los mismos auditores no pudieran revisar al mismo cliente una vez expirado el plazo de su nombramiento (entre nosotros el plazo máximo de nueve años), hasta haber pasado tres ejercicios desde la expiración de su nombramiento.

Contra esta regla de la rotación obligatoria se ha alzado en España con gran acopio de argumentos IGLESIAS PRADA, que ha realizado un documentadísimo estudio tratando de justificar la posibilidad de reelección desde el ángulo de ataque de desvalorizar el principio de rotación obligatoria. Se basa para ello en un importante informe realizado en Italia en 1989 por la *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB), patrocinando para las sociedades que cotizan en Bolsa la eliminación de la prohibición de reelección, prohibición que a juicio de la CONSOB por sí misma no asegura la independencia de los auditores, implica grandes dificultades operativas, teniendo en cuenta además que a la luz de la práctica de los países anglosajones aquella independencia podía asegurarse por medio de otros instrumentos que pudieran resultar mas efectivos. También se basa IGLESIAS PRADA en el dictamen emitido el 1-12-92 (*Report of the Committee of the Financial Aspects of Corporate Governance*) realizado en Inglaterra por el *Financial Reporting Council*, el *London Stock Council*, y una representación de las firmas de auditoría; y asimismo sobre el informe de la AICPA de Nueva York, citado anteriormente, que a pesar de destacar los peligros de una excesiva perma-

(78) Este informe fue aprobado el 24-3-92, y viene reflejado en el *Statement of Position Regarding Mandatory Rotation of Audit Firms of Publicity Held Companies*, New York, 1992, págs. 1-2.

nencia en el cargo, se pronuncia finalmente contra la rotación obligatoria. Todos estos informes se decantan por la inutilidad de la rotación obligatoria, teniendo en cuenta que en la práctica las grandes firmas auditoras vuelven siempre a revisar a los mismos clientes.

Conviene que nos detengamos en la argumentación de IGLESIAS PRADA en contra de la rotación obligatoria. En primer lugar se fija en la relación negativa entre la reelección de los auditores y la calidad de la auditoría, entendiendo que la continuidad del auditor promueve la calidad de sus servicios: se producen más errores en los primeros ejercicios auditados cuando el auditor no ha alcanzado todavía el deseable conocimiento específico de los sistemas de información, de las pautas administrativas y de las operaciones propias de la sociedad auditada, circunstancias puestas de relieve por el *Quality Control Inquiry Committee of the Securities Exchange Commission Practice Section*. Este argumento me parece de un exclusivo valor teórico; efectivamente en un horizonte temporal muy limitado (un año) podría ser cierto, pero con la duración mínima en España de tres años, parece un tiempo suficiente para alcanzar un óptimo conocimiento de la sociedad auditada. Se supone (y se les exige) que los auditores son expertos en contabilidad, y no deben tener problemas insuperables para penetrar en los arcanos de la sociedad auditada.

Otro argumento de peso para IGLESIAS PRADA es que la regla de rotación obligatoria supone una considerable elevación de los costes de auditoría; cada vez que deban renovarse los auditores la sociedad auditada habrá de sufrir los elevados costes de búsqueda y selección de un nuevo auditor, y sobre todo dice IGLESIAS PRADA, «el nuevo auditor tendrá que hacer esfuerzos notables para familiarizarse con las operaciones de la compañía, su sistema de información y el entorno de su actividad empresarial, lo que se reflejará en un mayor precio, perdiéndose paralelamente la eficiencia de los viejos auditores». En esta línea argumental hay un punto de verdad: los costos de la auditoría son mayores en los primeros ejercicios que en los siguientes, pero ya las firmas auditoras distribuyen sus costos entre los ejercicios contratados, y ahora contando con su posible reelección, entre los que esperan contratar. Pero este argumento puramente economista creo que no tiene en cuenta la profesionalidad de los auditores, que obviamente deben encontrar en una revisión hecha correctamente su estímulo más importante, sin desdeñar desde luego su fuente de ingresos (79).

(79) Argumento del que participa el propio IGLESIAS PRADA, «La duración...», pág. 29 nt. 57, en su crítica —que comparto— a ARRUÑADA, *Control y regulación de la sociedad anónima*, Madrid, 1990, pág. 320, que entre otras cosas entiende insuficiente el horizonte máximo de nueve años para la contratación de auditores.

Todos estos argumentos a mi entender no desmontan las ventajas de la rotación obligatoria. Argumentar para negarlas que el mayor estímulo de un auditor está en su reputación profesional de independencia e imparcialidad, no empaña el criterio de que una prolongada permanencia en el cargo haga que los auditores se familiaricen con los administradores a quienes deben controlar, lleguen a sentir como propios los problemas de la empresa, realicen para ésta actividades de consultoría y asesoría que no deben interferirse en la función auditora, defiendan los intereses de la empresa como suyos propios, y en definitiva, suavicen el rigor esperable de sus informes técnicos. Y todos estos factores repercuten negativamente en su independencia e imparcialidad. Que eventualmente puedan tener mayor coste las ulteriores auditorías en virtud de la rotación obligatoria no afecta al tema del interés que deben defender los auditores (la propia sociedad, los accionistas, los terceros, el interés público), que no debe ponerse por delante de un eventual ahorro de costes para la sociedad auditada, que en última instancia los cargará además a sus gastos en cuanto puede dotar la provisión necesaria por un gasto contable conocido de antemano.

Tampoco me parece argumento convincente en favor de la supresión de la rotación obligatoria la existencia de un régimen jurídico sancionador (art. 15 ss. LAC), ni la responsabilidad directa y solidaria de los auditores frente a la sociedad auditada, ni la responsabilidad subsidiaria y solidaria de los socios de la sociedad de auditoría (art. 11 LAC), porque este régimen de responsabilidad está pensado para robustecer la función auditora normal tutelando los derechos de los posibles perjudicados por una actuación negligente, y obedece además a un régimen especial de responsabilidad dada la trascendencia de la función auditora, pero estos instrumentos jurídicos por sí solos, que desde luego promueven la independencia del auditor, no son argumentos para defender la supresión de la rotación obligatoria, que en mi opinión sigue teniendo una virtualidad importante, y por eso creo criticable la nueva redacción de los textos legislativos reseñados que permiten la reelección *ad infinitum*.

Dos recientes errores clamorosos en la auditoría de dos importantes corporaciones españolas en estos ultimísimos tiempos me hacen pensar en la bondad de la rotación obligatoria, y en considerar que es mas beneficiosa para la vida económica la visión del auditor como un *watchdog*, que no como elemento permanente en las empresas; tengo claro que la reelección dependerá muchas veces de una auditoría acompañada a los deseos de la sociedad auditada, que a una límpida función revisora, y esto sólo se evita con la permanencia en la auditoría en un horizonte máximo de nueve años, sin posibilidad de reelección. Por ello no me parecen acertadas las últimas reformas de la Ley de 23-3-95 en materia de auditoría; no me parece acertada la técnica de señalar reformas tan trascendentes para la vida eco-

nómica y jurídica de la nación en Disposiciones Adicionales que implican una mala técnica legisladora. Ciertó que estas reformas son muy recientes y no podemos predecir el juego que vayan a dar, pero ya su misma formulación me parece inquietante.

ARMANDO TORRENT
Catedrático de Derecho Romano
de la Universidad Complutense de Madrid

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (*)

SUMARIO: I. PRIMERA PARTE: 1. INTRODUCCION.—2. DESARROLLO HISTORICO DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL.—3. ESENCIA DE LA HIPOTECA. SU FORMACION HISTORICA.—4. CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.—5. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL: 5.1. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. 5.2. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y EL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 5.3. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS.—6. REQUISITOS O PRESUPUESTOS PARA LA EJECUCION EXTRAJUDICIAL. ARTICULO 234 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO: 6.1. ESTIPULACIÓN ESPECIAL Y SEPARADA. 6.2. VALOR A EFECTOS DE SUBASTA. 6.3. DETERMINACIÓN DEL DOMICILIO. 6.4. DESIGNACIÓN DEL REPRESENTANTE. 7. AMBITO DE APLICACION DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. EXEGESIS DEL ARTICULO 235.1 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—II. SEGUNDA PARTE: 8. SEGUNDA INTRODUCCION: JUSTIFICACION DEL INTERES DE LOS JUECES EN EL CONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.—9. BREVE ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL: 9.1. REQUISITOS. 9.2. FASE DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. 9.3. FASE DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—10. CONEXIONES CON LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES SEGUN LA REGULACION DEL REGLAMENTO: 10.1. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR FRUSTRACIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR. 10.2. LAS SUBASTAS DESIERTAS. 10.3. ENTREGA DE LA POSESIÓN AL ADJUDICATARIO DE LA SUBASTA. 10.4. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 236.ñ). 10.5. LAS DEMÁS RECLAMACIONES QUE PUEDEN FORMULARSE. 10.6. LA PURGA DE LOS ASIENTOS POSTERIORES.—11. OTRAS POSIBLES INTERVENCIONES JUDICIALES NO CONTEMPLADAS EN EL REGLAMENTO: 11.1. EL SOBRANTE DE LA SUBASTA. 11.2. LA CONCURRENCIA DE OTROS PROCEDIMIENTOS.

(*) El texto del presente estudio está integrado por sendas conferencias pronunciadas por sus autores en el marco del Seminario de Formación de Jueces y Magistrados —primer semestre de 1995— que bajo la organización del Consejo General del Poder Judicial se celebraron en la sede del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalidad de Cataluña (Barcelona) los días 7 y 14 de marzo de 1995.

I. PRIMERA PARTE

1. INTRODUCCION

1. *La hipoteca inmobiliaria* es un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor, enajenando los bienes y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en tal momento el poseedor o propietario de los mismos.

2. *La acción* en virtud de la cual el acreedor promueve la enajenación del bien hipotecado, puesto que se dirige especialmente contra éste, se denomina *acción real hipotecaria*; junto a la cual el acreedor cuenta con la acción personal derivada del crédito garantizado, como reconoce el artículo 105 LH al señalar que la hipoteca no limita la responsabilidad universal del deudor. De esta suerte, se le reconoce al acreedor una acción para dirigirse contra el *resto del patrimonio del deudor*, salvo que por pacto expreso se limite la responsabilidad a la hipotecaria, en cuyo caso la acción del acreedor «quedará limitada al importe de los bienes hipotecados y no alcanzará a los demás bienes del patrimonio del deudor».

3. Pues bien, centrándonos en la *acción real* nacida de la hipoteca, en nuestro Ordenamiento se prevén *cuatro procedimientos* diferentes para su ejercicio:

- El juicio declarativo ordinario, regulado en los artículos 481 y siguientes LEC.
- El juicio ejecutivo ordinario de los artículos 1.429 y siguientes LEC, con las especialidades de los artículos 126 y 127 LH.
- El procedimiento judicial sumario de los artículos 129 a 135 LH.
- Y el procedimiento extrajudicial ante Notario previsto en el artículo 129 LH y regulado en los artículos 234 a 236 RH, en cuyo último procedimiento hemos de centrar nuestra atención por razón del tema objeto del presente estudio.

2. DESARROLLO HISTORICO DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL

1. El Código Civil al permitir la realización de la prenda mediante su enajenación en pública subasta ante Notario y sin necesidad de pacto previo, como acertadamente pone de manifiesto MAGARIÑOS BLANCO, recogió lo

que constituye la *esencia de los derechos de garantía*: la posibilidad que se otorga al acreedor de cobrar su crédito sin la colaboración del deudor mediante la realización del valor del bien gravado, procurándose por acto propio el reintegro de la cantidad que se le adeudaba.

2. Ahora bien, es lo cierto que la *evolución histórica* de las distintas figuras de garantía real se desenvuelve en un doble sentido:

- a) Por un lado, en el de alcanzar un medio que otorgue al acreedor seguridad suficiente en el cobro de su crédito; y
- b) Por otro lado, limitar el exceso de poder de sus facultades que pudiera derivar en abusos de su ejercicio a través, a su vez, de una doble vía:
 - prohibición de pacto comisorio;
 - control de la enajenación o realización de la cosa que permita la obtención de un precio justo.

A través de esta doble vía se llega, por influencia del Derecho germánico, a limitarse la posibilidad de la realización hipotecaria a la vía de la ejecución judicial.

3. *La influencia germánica* en este aspecto en nuestro Derecho es evidente, ya que el *Derecho Romano* si bien conserva la prohibición del pacto «commissorium», no obstante facultaba al acreedor para proceder por sí a la venta de la cosa pignorada caso de impago del crédito garantizado, e incluso se permitió que el mismo acreedor quedara dueño de la cosa por el valor estimado en el momento del vencimiento del débito y abonando la diferencia, fórmula que pasó a las Partidas; frente a ello el Derecho germánico sólo contemplaba la posibilidad de la ejecución judicial, fórmula que se traslada al artículo 133 de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 que sólo admite la misma posibilidad de ejecución judicial.

4. Por ello, *antes de la promulgación del Código Civil* a nadie se le había ocurrido pactar un procedimiento de ejecución extrajudicial. Pero publicado dicho Cuerpo legal, como advierte ROCA SASTRE, comenzó a estipularse en las escrituras de hipoteca este último procedimiento. La *validez* de dicho pacto fue muy discutida, pero tanto el TS como la DGRN terminaron por aceptar el pacto y el procedimiento. En sus primeras Resoluciones la DG acostumbraba a decir que lo que resulta justo para la cosa pignorada no puede resultar injusto para la cosa hipotecada.

5. No obstante, el *procedimiento extrajudicial* no alcanzó rango normativo hasta el *Reglamento Hipotecario de 1915* que consagró su artículo 201 a regular los trámites esenciales del proceso, si bien con carácter subsidiario de la autonomía de la voluntad, que no tenía otros límites que los del artículo 1.255 CC al que expresamente se remitía. Los únicos requi-

sitos de orden imperativo eran uno de carácter positivo (necesidad de que se pactara expresamente) y otro de tipo negativo (que no tendría aplicación cuando existieran terceros con título inscrito antes de la sustanciación del procedimiento). Este último extremo fue objeto de crítica doctrinal por considerar que permitía al deudor, mediante una venta o hipoteca simulada, neutralizar un derecho consagrado a través de un pacto, que de este modo surtían exclusivamente efectos personales y no frente a terceros. Parecía obedecer ello a la fuerte prevención que experimentaba el legislador frente al pacto comisorio y a la usura.

6. Por su parte, la *Ley Hipotecaria de 1944-1946* consagra expresamente la validez del procedimiento y también su eficacia frente a terceros en el artículo 129.2, remitiendo al Reglamento la regulación de los trámites.

El *RH de 1947* reguló, en virtud de tal remisión normativa, todos los trámites del procedimiento de forma minuciosa e imperativa en sus artículos 234-236.

7. Lo cierto, no obstante, es que la *innovación pasó prácticamente inadvertida* en la doctrina y los autores que repararon en ella lo hicieron de forma crítica. Fue el caso de LA RICA, quien criticó negativamente la posibilidad de aplicación del procedimiento en caso de existir terceros por considerar que implica un riesgo de desnaturalizar la función notarial obligándola a invadir campos propios de la función judicial.

8. En la *realidad práctica*, el desinterés de la doctrina acerca del procedimiento extrajudicial fue acompañado por una *falta de éxito* dada su infrecuente utilización o empleo. Las *causas de este fracaso* fueron básicamente dos:

1. Las facilidades que concedía el RH al deudor para la suspensión del procedimiento (el art. 236 establecía que se suspendería no sólo por las causas del art. 132 LH, sino también cuando con anterioridad a la subasta se anotara preventivamente la oposición al procedimiento formulada en juicio declarativo ordinario, oposición que podía proceder del deudor o de cualquier tercero).

2. El rígido sistema de doble subasta con sujeción al mismo tipo, lo que dificultaba la enajenación.

Por tanto, el procedimiento extrajudicial quedó arrinconado en la práctica, frente a la generalización del procedimiento judicial sumario, y cayó en el olvido de la doctrina.

9. Esta inoperatividad del procedimiento extrajudicial y la necesidad de aliviar la congestión de la Administración de Justicia, sobre todo en un sector necesitado de un gran dinamismo por razón de la intensidad del tráfico jurídico que opera en el mismo, como es el de la vivienda, motivó una profunda

reforma del procedimiento extrajudicial mediante *RD de 27 marzo 1992*, cuyo propósito —según se lee en la EM— es el de arbitrar un dispositivo viable, equilibrado y seguro que ofrezca un cauce alternativo para la satisfacción del acreedor. Para ello se da nueva redacción a los artículos 234-236 RH.

3. ESENCIA DE LA HIPOTECA. SU FORMACION HISTORICA

1. Para comprender correctamente el significado del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria resulta *conveniente*, a mi juicio, aclarar cuál es la *esencia de la hipoteca* a través del seguimiento de las distintas fases de su formación histórica.

Como sabemos, junto al principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, surgen las *garantías* de las obligaciones como modos específicos de reforzar la posición jurídica del acreedor, añadiendo un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito. Entre tales garantías figura la hipoteca, que constituye su forma más evolucionada y eficaz.

2. Sin embargo, en un *primer momento histórico* se acude a la transmisión de la propiedad con fines de garantía («fiducia cum creditore»), facilitando con ello el abuso del acreedor que cuenta con facultades desproporcionadas.

3. Tales inconvenientes se corrigen mediante la *prenda*, de forma que la garantía se apoya en la entrega de la posesión —no de la propiedad—. Pero con la prenda se debilita la posición del acreedor. Se pretende, por ello, corregir este debilitamiento mediante la concesión al acreedor de medios de autosatisfacción del crédito a través de dos vías: el pacto comisorio y el pacto «de vendendo».

El primero encerraba el peligro de un enriquecimiento injusto del acreedor, y por ello el emperador Constantino lo prohibió. Por contra, el pacto que establecía el *ius vendendi* a favor del acreedor pignoraticio se hizo tan frecuente que la jurisprudencia romana (fines s. II d.C.) terminó por considerarlo como un elemento natural de la prenda.

4. Pero, a su vez, el *desplazamiento posesorio* planteaba serios *inconvenientes* para el deudor —al que debilita su posición económica por la pérdida de la posesión de la cosa pignorada—, por lo que se introdujo la posibilidad de la prenda sin posesión (*pignus conventum* o «hipoteca»), en la que la entrega de la posesión se aplaza hasta que la obligación se incumpla a fin de proceder a su venta. La garantía quedaba reducida, pues, al derecho concedido por el pacto «de vendendo» y la esencia de la hipoteca fijada en el *ius vendendi* que el acreedor podía ejercitar, si bien debía devolver el «superfluum» del precio obtenido.

5. En esta evolución el último paso se produce por la sustitución de la posesión necesaria para la *venta por la publicidad registral*, que permite la enajenación sin entrega de posesión, a través de los mecanismos registrales de publicidad y mediante el control estatal de aquella enajenación.

6. Así pues, la hipoteca aparece ya en la actualidad conformada sobre la base del «ius vendendi», como claramente queda reflejado en el artículo 1.858 CC, según el cual: «Es la esencia de los contratos de prenda e hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor».

Con ello el acreedor no necesita acudir a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor; le basta realizar la garantía, vendiendo la cosa. El acreedor realiza así una «ejecución» pactada, que no forzosa.

7. Ahora bien, paralelamente, en la evolución de la hipoteca se manifiesta una tendencia clara a *establecer cautelas* en torno a la realización del bien hipotecado tendentes a evitar abusos por el acreedor y que, en suma, concluyen en la exigencia de someter la venta a control público, de forma que ha de realizarse con intervención del Estado. ¿Cuál es la forma que reviste dicha intervención?

8. La *LH de 1861 no estableció ningún procedimiento especial* de ejecución. La Reforma de 1909 implantó el procedimiento judicial sumario y en su artículo 126 aludía además al ejecutivo ordinario. Y el RH de 1915 reguló a su vez, como vimos, el procedimiento extrajudicial, a través de cuyo último procedimiento la intervención estatal del «ius vendendi» del acreedor no reviste forma judicial sino notarial.

4. CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

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

— El procedimiento judicial sumario fue introducido por la LH de 1909 con la finalidad de facilitar al acreedor un medio fácil de lograr la efectividad del crédito hipotecario, evitando el juicio ejecutivo ordinario, que era largo y antieconómico, y apoyándose para ello en la idea de que el derecho real de la hipoteca, como derecho de constancia registral que es, cuenta con la seguridad jurídica que la inscripción proporciona.

— En el procedimiento extrajudicial, al igual que en el judicial sumario, se produce una *simplificación del procedimiento ejecutivo ordinario*, prescindiendo de la fase de cognición y conservando sólo la fase de apremio o ejecución en sentido estricto y eliminando varios trámites de esta última.

Se trata, pues, de un proceso especial de apremio, sin fase de contención, oposición o controversia entre partes. No se trata tanto de «un juicio» cuanto de un proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca hipotecada y que entraña una acción directa contra los bienes hipotecados (SSTS de 24 marzo 1983 y 12 noviembre 1985; STC de 17 enero 1991: «Este procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones»). Cuya caracterización jurisprudencial, si bien se ha realizado respecto del procedimiento judicial sumario, es claramente extrapolable al extrajudicial.

— Todo ello ha hecho pensar a parte de la doctrina que la verdadera sede del procedimiento extrajudicial es el ámbito de la jurisdicción voluntaria o bien que no hay ejercicio de una acción en juicio, sino simplemente efectución de una relación jurídica.

— De forma muy gráfica y acertada, en mi opinión, algún autor (VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO) ha llegado a afirmar que no estamos ante una acción canalizada a través del correspondiente juicio, sino ante una modalidad notarial del control estatal del ejercicio del «ius vendendi» en que consiste la hipoteca.

2. El procedimiento extrajudicial, en tanto que modalidad notarial del control estatal de la realización hipotecaria, *no implica ni exige ejercicio de actividad jurisdiccional alguna*.

En efecto:

a) Para que el procedimiento se inicie basta que se compruebe la certeza y exigibilidad del crédito garantizado con la hipoteca, cuya comprobación se apoya únicamente en datos fehacientes: escritura de constitución de hipoteca (fe pública notarial) y certificación registral (fe pública registral).

— Después, el Notario, si estima cumplidos todos los requisitos para la viabilidad del procedimiento extrajudicial, solicitará certificación registral en la que conste, entre otros extremos, inserción literal de la hipoteca en los términos en que esté vigente.

— Por tanto, el apoyo básico del procedimiento extrajudicial, como del judicial sumario, está en la legitimación registral que genera una serie de presunciones jurídicas que sólo pueden destruirse fuera del propio proceso de ejecución, pero sin suspenderlo (art. 132 LH), pues éste sigue su curso apoyado en los datos registrales, razón por la cual —al dejar a salvo las posibles cuestiones de fondo para que no se discutan en juicio ordinario— ni el judicial sumario ni, menos aún, el extrajudicial producen efectos de cosa juzgada.

3. Por otra parte, los actos y *trámites* en que se desarrolla el procedimiento *encajan en el ámbito de las funciones notariales*, ya que o bien se trata de actos de carácter fehaciente propios de la intervención notarial (requerimientos, notificaciones, comunicaciones) o bien se trata de actos que presentan un cierto contenido negocial (pago, subrogación, cesión del remate, subasta, adjudicaciones, otorgamiento de la escritura de transmisión a favor del rematante).

Por el contrario, se *han evitado* en la regulación del procedimiento extrajudicial la inclusión de *trámites que exijan coactividad* o «imperium» jurisdiccional. Así, la rebeldía del dueño de la finca se ha salvado mediante la técnica típica del Derecho Privado, que es el apoderamiento irrevocable; la entrega de la posesión al adjudicatario, remitiéndose a tales efectos al Juez. Y por último, en los casos en que pueda existir oposición o contradicción, o bien se suspende el procedimiento o bien se desvía la oposición al cauce judicial. Y, además, la posible colisión entre los derechos del acreedor y los de los terceros se resuelve con el exclusivo criterio de la prioridad registral, de sencilla constatación por parte del Notario.

5. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Básicamente han sido cuatro los aspectos discutidos del procedimiento extrajudicial desde la perspectiva de su constitucionalidad, relativos respectivamente al principio de reserva de Ley, al de unidad jurisdiccional, al de tutela judicial efectiva y al de irretroactividad de las normas desfavorables.

5.1. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

1. Comenzando por el primer aspecto, se ha entendido por alguna doctrina que el *rango de la norma* por la que se ha procedido a la reforma del procedimiento extrajudicial es insuficiente, es decir, que el RD de 1992 no llega a cubrir la exigencia de rango normativo legal en la materia.

— Se argumenta a estos efectos que la LH vigente fue aprobada por el Gobierno haciendo uso de la autorización concedida por la disposición adicional 2.ª de la Ley de 30 diciembre 1944. Se trató, por tanto, de una delegación legislativa.

— La técnica de la delegación fue muy empleada durante el siglo XIX y el propio Código Civil tuvo este origen. En la actualidad está plenamente aceptada en el moderno Estado de derecho y se halla expresamente recogida en el artículo 82 de la Constitución.

2. Pues bien, el artículo 129.2 LH *no regula directamente el procedimiento de ejecución extrajudicial*, sino que se limita a prever su válida constitución mediante pacto expreso, remitiéndose en la regulación de sus trámites al RH. Respecto de tal situación se han decantado dos posturas interpretativas:

a) Para unos, como MEZQUITA DEL CACHO, el artículo 129.2 LH no estableció por sí el procedimiento de ejecución extrajudicial, sino que adoptando la estructura de «norma en blanco» recurrió a la fórmula de la delegación legislativa, de modo que los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario de 1947 pasarían a tener un rango legal delegado o comunicado, por lo que de seguir esta tesis la reforma del RH en sede de procedimiento de ejecución extrajudicial debería haberse abordado por una disposición de rango legal.

Generalmente, esta tesis se ha de rechazar desde la perspectiva del moderno Derecho constitucional, puesto que al ser la LH de 1946 una Ley delegada, no puede acudir a una nueva delegación. Así, el artículo 82 de la Constitución declara que la delegación se agota por su propio uso y no puede entenderse concedida ni de modo implícito ni por tiempo indefinido, ya que se confiere de modo expreso y por tiempo limitado.

b) La *segunda interpretación* parte de la idea de que el artículo 129.2 LH establece el procedimiento de ejecución extrajudicial y encomienda la regulación de sus trámites al Gobierno, que en uso de dicha remisión hace un ejercicio normal de su potestad reglamentaria (art. 97 Constitución). El Tribunal Constitucional (SS. 4 mayo 1982 y otras) tiene declarado que el alcance del Reglamento depende de la mayor o menor pormenorización del texto legal y de la mayor o menor habilitación concedida por este último, lo que pone de manifiesto una concepción amplia o permisiva de nuestra Constitución al respecto. Otra cosa es que se pueda censurar la técnica jurídica empleada por el artículo 129.2 LH, que carece de contenido normativo propio al haber prescindido, incluso, de sentar las líneas maestras o básicas de la regulación del procedimiento de ejecución extrajudicial.

Desde la perspectiva de esta interpretación, está claro que la reforma del procedimiento de ejecución extrajudicial está realizada con suficiente rango normativo al haberse abordado a través de un RD.

5.2. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y EL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Con ocasión de la reforma se ha planteado el tema de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial tanto desde la perspectiva

del principio de unidad jurisdiccional como el de la tutela judicial efectiva.

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

2. Es necesario, por tanto, saber *en qué consiste lo jurisdiccional* y si el procedimiento extrajudicial es o no una variante de aquel concepto.

3. Ya dijimos, sin embargo, que la *realización hipotecaria* no es más que la activación de un derecho privado que constituye la *esencia de la hipoteca*. Esta realización está sometida a un control de legalidad que tradicionalmente se ha realizado por la autoridad judicial, pero que igualmente puede realizarse por otras autoridades o funcionarios legalmente habilitados para ello. Por ello, y aunque históricamente se hayan utilizado las vías típicas del proceso para realizar tal control, la LH desde su Reforma de 1909 ha creado un trámite abreviado y especial, que es el judicial sumario, y que no es más que un control judicial de la realización hipotecaria.

4. *No se trata*, pues, de una *ejecución forzosa*, como ya dijimos, que tendría que realizarse a través de los órganos jurisdiccionales puesto que el fundamento de la hipoteca radica en la idea de eludir precisamente la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor mediante la atribución al acreedor de la facultad de enajenar la cosa hipotecada no a través de un acto coactivo de «imperium», sino a través de un acto propio, bajo control de legalidad ejercido por el Estado, y ello en virtud del pacto de sujeción al procedimiento judicial o extrajudicial incorporado a la escritura de constitución de hipoteca y de la propia naturaleza y esencia del derecho real de hipoteca.

5. Desde el punto de vista del principio constitucional de *tutela judicial* efectiva de los derechos, también se han suscitado dudas de constitucionalidad del procedimiento de ejecución extrajudicial. Así, se afirma que la posibilidad de que por pacto expreso se puede prescindir no sólo de la fase judicial de cognición (como sería el caso del arbitraje), sino también de la ejecución procesal, con lo que normalmente conlleva de coactividad e imposición, vulnera el citado principio de tutela judicial efectiva.

Y es que, en efecto, en el caso del *arbitraje*, como aclara el Preámbulo de su Ley reguladora de 5 diciembre 1988, el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, pues se regula el recurso de anulación del laudo, sin perjuicio de las medidas

cautelares mientras se tramita la anulación y, además, la ejecución judicial del laudo con un sistema suficientemente completo como para encauzar la pretensión de ejecución y la oposición a la misma con garantías suficientes para ambas partes impide que se pueda especular sobre una supuesta vulneración del principio de tutela efectiva. Por el contrario, se afirma, en el caso del procedimiento de ejecución extrajudicial, un pacto equivalente desviaría la intervención del Juez, dando a la escritura el valor de sentencia firme, y por tanto ejecutable, en el campo de la ejecución pura, y no sólo en el terreno de la decisión de la cuestión litigiosa, con remisión de la ejecución al Juez, como en el arbitraje.

6. Sin embargo, frente a esta tesis se alza el *concepto que del principio de tutela judicial efectiva* ha construido la doctrina del *propio Tribunal Constitucional*, según el cual el derecho de tutela judicial consagrado por el artículo 24 equivale al «derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, formulando cualesquiera pretensiones, y a obtener de los mismos una resolución fundada en Derecho, tras un proceso en que se garantice adecuadamente el derecho de defensa de los afectados y se respete el principio de contradicción y de igualdad de armas procesales»; pero dicho acceso, según subraya el TC, ha de tener lugar en todo caso «con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidos», y, por consiguiente, el debate que podrá existir sobre si ciertas pretensiones o excepciones pueden esgrimirse en el seno del propio procedimiento extrajudicial o, por el contrario, han de hacerse valer en el declarativo ordinario que contempla el artículo 132 LH, es un debate de legalidad ordinaria, sin que, por consiguiente, dicha cuestión haya de venir predeterminada o prejuzgada por razón del concepto constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, al que le basta la posibilidad de acceso a los órganos jurisdiccionales con respecto a los principios de audiencia, contradicción y defensa, y con obtención de una resolución fundada en Derecho, a lo que se da cumplimiento por el RH privando del efecto de cosa juzgada material al procedimiento extrajudicial mediante la remisión efectuada por el artículo 236 (en cuanto a las reclamaciones que puedan formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados distintos de los que causan la suspensión del procedimiento, esto es, falsedad del título hipotecario y cancelación de la hipoteca) a lo dispuesto por el artículo 132 LH, que prevé que tales reclamaciones se ventilarán por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda.

Esta es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 17 enero 1991, reiterada por otras posteriores, en relación con el procedimiento judicial sumario, y que es plenamente aplicable o extrapolable al procedimiento de ejecución extrajudicial.

Por tanto, *recapitulando*, se puede afirmar que la tutela efectiva queda salvada en base a lo siguiente:

- a) Que el contenido propio de la hipoteca lo constituye la facultad atribuida al acreedor de enajenar la cosa, consintiendo el deudor mediante pacto que su defensa esté momentáneamente disminuida y que la realización se efectúe privadamente;
- b) Que el abuso por el acreedor se evita mediante la prohibición del pacto comisorio (art. 1.859 CC) y con la regulación detallada de un procedimiento a través del que la intervención notarial garantiza la legalidad de la enajenación;
- c) Que se eluden los aspectos que requerirían una intervención judicial por su contenido coactivo inmediato (toma de posesión) y se resuelven otros con mecanismos propios del Derecho Privado (apoderamiento, escritura pública, etc.).
- d) Por último, se deja vía libre a la protección judicial al quedar abierto el juicio declarativo ordinario al no producirse efecto de cosa juzgada.

5.3. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS

1. Por último, en cuanto al *principio constitucional de irretroactividad* de las normas sancionadoras y no favorables, hay que significar que, según la disposición adicional del RD 27 marzo 1992, «las disposiciones del RH modificadas e introducidas por el presente RD se aplicarán exclusivamente a las ejecuciones extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de hipoteca».

— Este precepto, aparte de la crítica recibida por regular problemas de Derecho transitorio a través de una disposición adicional, ha despertado una viva polémica doctrinal desde la perspectiva del citado principio constitucional al considerar que al dotar a la Reforma del procedimiento de ejecución extrajudicial de efecto retroactivo, aunque sea de grado medio, podría vulnerar el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la irretroactividad de las normas sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales.

— Habrá que determinar, pues, si las normas que reforman el procedimiento de ejecución extrajudicial pertenecen a alguna de las citadas categorías.

2. Parece evidente que en caso de incumplimiento por el deudor de la prestación debida, el acreedor pueda reaccionar mediante el ejercicio de

la acción que corresponda para reclamar el cumplimiento, sin que dicha acción participe de la naturaleza jurídica de las «sanciones», pues deriva de la naturaleza propia de las obligaciones, siendo una consecuencia consustancial a las mismas. Al deudor que no cumpla voluntariamente se le puede imponer la ejecución forzosa de la obligación, no consistiendo ésta en una prestación personalísima.

— Pero es que, además, en el caso del procedimiento de ejecución extrajudicial, como hemos visto, no se trata tanto de imponer una ejecución forzosa de la obligación cuanto de realizar el contenido propio del derecho de hipoteca mediante el ejercicio de la facultad de enajenar la cosa gravada, lo que nos sitúa todavía más lejos del ámbito sancionador a que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución.

3. Por otra parte, tampoco se puede considerar la nueva regulación del procedimiento de ejecución extrajudicial *como norma restrictiva de derechos individuales*, a los que será igualmente predicable el principio de irretroactividad del artículo 9.3.º de la Constitución.

— En efecto, el procedimiento de ejecución extrajudicial está integrado por un conjunto de trámites que tratan de asegurar la legalidad y la interdicción del abuso del acreedor en el proceso de enajenación de la cosa gravada, y dichos trámites están regulados por normas que presentan carácter de objetivas o de procedimiento. En ellas, pues, no se establecen derechos subjetivos, sino mecanismos de defensa o control de un derecho, y, por tanto, participan de la naturaleza de las normas procesales, que como tales presentan carácter imperativo y de orden público (art. 235.2 RH).

— Pues bien, como es sabido, la doctrina y la jurisprudencia consideran que las normas objetivas y ordenadoras del proceso tienen eficacia retroactiva por cuanto que suponen una mejor protección de los derechos. Esta es la tesis más extendida entre los procesalistas y es la asumida igualmente por el propio Tribunal Constitucional, que ha sostenido la tesis de la eficacia inmediata en relación con la propia Constitución en su papel de nueva Ley procesal (S. 20 octubre 1982) y también en el caso de sucesión entre leyes procesales ordinarias (S. 29 junio 1987).

— Por su parte, la misma LH en su DT 5.º dispuso que los procedimientos ejecutivos por razón de hipotecas iniciados con posterioridad al 1 de enero de 1945, aunque se refieran a hipotecas inscritas con anterioridad a dicha fecha, se registrarán por la presente Ley, «incluso aquellos en los que se hubiera pactado cualquier procedimiento especial para su ejecución».

4. Aun con todo, hay que destacar que *algunos autores* sostienen el carácter no meramente objetivo o procesal de las normas reguladoras del procedimiento de ejecución extrajudicial. Este es el caso de MEZQUITA

GARCÍA-GRANERO, quien considera que lo alterado por la Reforma de 1992 no es simplemente el marco procesal en que el deudor podía esperar defender su posición sustantiva frente a las pretensiones del acreedor en caso de impago, sino que se ha modificado esa misma posición sustantiva, pues se trata de realización privada de derechos por vía notarial y no de solución judicial de los mismos.

— En el mismo sentido se pronuncia MEZQUITA DEL CACHO, para quien la infracción al principio de la irretroactividad es plenamente perceptible, ya que en las hipotecas constituidas con anterioridad hay una relación jurídica estable, basada no sólo en el contrato, sino también en la legalidad imperativa externa que en aquel momento fuera aplicable; y aquella legalidad incluía la posibilidad de que el deudor o el hipotecante antes de la subasta anotara preventivamente una demanda en juicio ordinario en la que formulara oposición al trámite notarial con efecto suspensivo sobre éste, posibilidad que desaparece tras la Reforma, por lo cual hay que considerar que desde la perspectiva del deudor la Reforma no es favorable al haberse producido una reducción de sus derechos defensivos.

5. No obstante, frente a lo anterior se puede redargüir que la extensión de la *irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución* no alcanza a cualesquiera derechos individuales. A este respecto, el TC ha dejado claro que por derechos individuales no se puede entender cualesquiera derechos adquiridos (S. 20 julio 1981) y trata de reducir su ámbito a los derechos fundamentales y las libertades públicas o, a lo más, a la esfera global de la protección de la persona, pues la expresión «restricción de derechos individuales» del artículo 9.3 —ha llegado a afirmar en su S. de 10 abril 1986— ha de equipararse a la idea de sanción, por lo que el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a aquellos derechos y libertades mencionados, por lo que en ningún caso cabría subsumir en tal grupo el derecho del deudor a oponerse a la tramitación del procedimiento de ejecución extrajudicial por la vía de la anotación preventiva de demanda anterior a la subasta.

6. REQUISITOS O PRESUPUESTOS PARA LA EJECUCION EXTRAJUDICIAL. ARTICULO 234 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

1. Se puede decir que el *artículo 234 RH* contiene un solo mandato, el de que haya una estipulación expresa en la escritura de constitución de la hipoteca que prevea ciertas circunstancias, que ha de controlar el Notario requerido para la ejecución, y que, a su vez, se puede dividir en dos requisitos diferentes (JUAN ROMERO GIRÓN):

- a) De carácter formal: que exista una estipulación especial pactando el procedimiento formalizada separadamente de las demás estipulaciones;
- b) Y de carácter sustantivo: que se determine el valor de la finca hipotecada a los efectos de la subasta, el domicilio del deudor a efectos del requerimiento y la designación de la persona que haya de otorgar en su día la escritura de adjudicación en representación del deudor ejecutado.

6.1. ESTIPULACIÓN ESPECIAL Y SEPARADA

1. La estipulación especial es el único requisito establecido directamente por el artículo 129.2 LH y del que, por tanto, el RH no podía prescindir, por mucho que contraste esta exigencia con la omisión de tal requisito para el mismo procedimiento extrajudicial en la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954.

— El punto 2 del artículo 234 RH exige, además, que dicha estipulación conste separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura. Sobre el alcance de esta exigencia de constancia separada, incorporada al Proyecto en el último momento de su tramitación, surgieron ciertas dudas, que fueron resueltas por la DGRN en su Resolución de 16 junio 1992 sentando la conclusión de que la constancia separada es una simple exigencia de técnica notarial, ya recogida en el artículo 176 del Reglamento Notarial (se han de hacer constar separadamente cada uno de los pactos relativos a los diferentes derechos creados, modificados, transmitidos o extinguidos), y no uno de los requisitos de validez del procedimiento que se hallan contenidos exclusivamente en el punto 1 del propio artículo 234, de modo que la infracción de aquella exigencia carece de trascendencia sustantiva y puede originar únicamente la responsabilidad del fedatario infractor.

2. La DGRN ha hecho en este punto una *interpretación amplia*, la más favorable para que produzca efecto el pacto, como dispone el artículo 1.284 CC cuando la cláusula de un contrato admita distintos sentidos.

Sin embargo, lo cierto es que dicha interpretación ha despertado numerosas reacciones críticas en la doctrina, que, por lo general, ha entendido que el precepto es lo suficientemente claro y taxativo como para permitir interpretaciones en sentido alguno que no coincida con su literalidad, y ello en base a la idea de que el pacto es del suficiente alcance y trascendencia como para que la Ley procure que el deudor logre una plena conciencia sobre su significado (realización de la finca por ante Notario en caso de incumplimiento), para lo cual ordena su constancia separada, lo que hará

que el Notario en el acto de lectura de la escritura le da un énfasis especial, evitando que pueda pasarle inadvertido al deudor.

— Conectando esta idea de constancia separada del pacto con el principio de *protección al consumidor* que consagra el propio artículo 51 de la Constitución, la Resolución de 16 junio 1992 afirma que al pacto de sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial —esté o no reflejado en cláusula separada—, en caso de estar redactado sin la concreción, claridad y sencillez que impone el artículo 10 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, le será de aplicación la grave consecuencia sustantiva de nulidad del mismo que establece el apartado 4.º de dicho precepto.

3. Tanto la LH como el RH exigen que el pacto de sujeción conste en la escritura de constitución de la hipoteca, pero en realidad nada impide que se haga constar en un *momento posterior*, de igual modo que en cualquier momento puede novarse o modificarse cualquier otra estipulación de la hipoteca (arts. 144 RH y 240 RH). Ello se entiende, no obstante, sin perjuicio de los titulares intermedios (art. 1.219 CC).

— Lo que sucede es que no resulta fácil determinar cuál es el *perjuicio* que se sigue para los *terceros* del pacto de sumisión al procedimiento de ejecución extrajudicial toda vez que su posición procesal en el mismo es semejante a la que se le reconoce en el procedimiento judicial sumario. Quizá la diferencia más importante a estos efectos entre uno y otro procedimiento es que en el extrajudicial no se reconoce como causa de suspensión de la tramitación del mismo la interposición de la tercería de dominio a que se refiere el artículo 132.2 LH, si bien, en realidad, la tercería de dominio que prevé el artículo 132 LH es de difícilísima aplicación en la práctica, pues sólo resulta posible en caso de doble inmatriculación o de error del Registrador que inscribe una hipoteca en el folio registral de un titular distinto del deudor.

— Concluiré este apartado diciendo que, por su generalización en la práctica, el pacto de sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial se ha convertido en una *cláusula de estilo* común en las escrituras de constitución de hipotecas.

6.2. VALOR A EFECTOS DE SUBASTA

1. El artículo 234.1 RH exige que en la escritura de constitución de hipoteca se establezca el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento judicial sumario.

— *La finalidad de tal requisito* es evitar el trámite de valoración pericial del procedimiento ordinario (art. 1.494 LEC), costoso y dilatorio; pero

presenta el inconveniente de una posible alteración de la valoración de la finca de forma sobrevenida entre el momento de la constitución de la hipoteca y el de su ejecución.

2. Se trata de un valor que *fijan libremente los interesados* sin necesidad de someterse a criterios fijos de valoración, pues no se trata tanto de una tasación del bien hipotecado cuanto de la fijación de un tipo de licitación. Ahora bien, ante el riesgo de que el tipo queda influido por la depreciación monetaria sufrida entre el momento de la constitución de la hipoteca y su ejecución, se admite comúnmente que el valor a efectos de subasta se conecte a un índice de estabilización, siempre que por su simplicidad no sea susceptible de generar controversión que no puedan ventilarse en el propio procedimiento extrajudicial.

— No obstante, cuando se trata de hipotecas sujetas al *mercado secundario* de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias, el tipo de la subasta no podrá ser, en ningún caso, inferior al de la tasación pericial de la finca.

3. Por «*interesados*» hay que entender el acreedor y el hipotecante, sea o no el deudor, lo cual es lógico pues la ejecución se dirige contra la finca.

4. Si la finca tiene *cargas o gravámenes* se habrían de descontar si han de subsistir al tiempo de la ejecución. Dada la aleatoriedad de situaciones posibles se podrían prever diversos tipos para subasta, según que subsistan o no las cargas.

5. En cuanto a la posibilidad de *modificar el valor inicialmente fijado*, no hay nada previsto al respecto, a diferencia de lo que se prevé para el domicilio. Sin embargo, parece claro que si bien no se podrá modificar dicho valor unilateralmente, sí cabrá su alteración por acuerdo recíproco de los interesados, que podrá estar incluso justificado por razones objetivas, como sería la subsistencia de una carga que era previsible se hubiera extinguido al tiempo de la ejecución. Pero, indudablemente, puesto que en tal hipótesis la reducción del valor puede perjudicar a acreedores o titulares de derechos reales posteriores, que pueden ver reducido el sobrante, se ha de exigir su conformidad para tal modificación, y en caso de que no medie podrá formular su correspondiente impugnación judicial, que en caso de constar regístralmente antes de la iniciación del procedimiento puede determinar la paralización del mismo por falta de certeza en uno de sus presupuestos esenciales.

6.3. DETERMINACIÓN DEL DOMICILIO

1. El artículo 234.1 RH establece como otro de los requisitos del procedimiento de ejecución extrajudicial que en la escritura de constitución

de la hipoteca se fije el domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de requerimientos y notificaciones. Añade que «la determinación del domicilio, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario, podrá modificarse posteriormente como sujeción a lo previsto en el artículo 130 de la Ley».

— Este requisito es una *novedad de la reforma*, pues el RH de 1947 omitió la mención del domicilio, lo que había sido interpretado por la doctrina como una prohibición de fijar domicilio en base a que el artículo 235 RH se remitía a la LEC en cuanto a la forma de practicar el requerimiento al deudor o tercer poseedor.

— El requisito del domicilio en la nueva regulación *es imprescindible*, de modo que su omisión no puede sanarse mediante la notificación posterior en el domicilio real. Otra cuestión es que, fijado en la escritura un domicilio, se verifique la notificación en otro distinto con el consentimiento del notificado. En el primer caso falta un presupuesto de derecho necesario, en tanto que en el segundo se trata del cumplimiento irregular de una formalidad.

2. Según el artículo 234, el domicilio *lo fija el hipotecante*, lo que contrasta con el artículo 130 LH, según el cual lo fija el deudor. En el caso común de coincidir ambas figuras en la misma persona no hay problema alguno, en tanto que en caso contrario surgen importantes problemas de interpretación.

— Puede pensarse que la expresión del artículo 234 RH es errónea, puesto que el hipotecante no es requerido de pago, sino que como titular de la última inscripción de dominio será notificado a los diez días del requerimiento de pago dirigido al deudor. Sostiene esta opinión JUAN ROMERO-GIRÓN pensando que el hipotecante puede transmitir la finca, en cuyo caso se desentiende del procedimiento.

— Puede argumentarse, por el contrario, que la expresión hipotecante, más precisa que la de deudor, parece deliberadamente utilizada; que el artículo 130 LH al referirse sólo al deudor es poco técnico y contempla la hipótesis frecuente de que sea al tiempo el dueño de la finca hipotecada; que el artículo 236 RH sólo se refiere como sujeto pasivo del requerimiento de pago al deudor, pero hace abstracción del supuesto del hipotecante no deudor, que en caso de existir también habrá de ser requerido de pago (art. 87 LHM). Sostiene esta tesis REY PORTOLÉS, por razón de que el hipotecante es el sujeto afectado por el «*ius distrahendi*». Esta es igualmente la tesis defendida por LANZAS GALVACHE en base a la remisión que hace el artículo 234.1, regla 2.ª, RH al artículo 130 LH, en cuyo último párrafo se atribuye a todo posterior adquirente de la finca gravada la facultad de cambiar el domicilio determinado en la escritura de constitución de la hipoteca.

— Esta discusión, no obstante, en la práctica es más académica que real, toda vez que dada la exigencia reglamentaria de que el domicilio ha de ser el mismo para el procedimiento judicial y para el extrajudicial, si deudor e hipotecante son personas distintas, habrán de ponerse de acuerdo para la fijación del domicilio si quieren pactar el procedimiento de ejecución extrajudicial.

3. El domicilio se fija a *efectos de requerimientos y notificaciones*. Esta última expresión parece debida a un error producido por la copia mimética de lo dispuesto para el procedimiento judicial sumario, en el que el domicilio se fija para realizar en él el requerimiento de pago al deudor y al tercer poseedor (art. 131.3.º LH), así como para la notificación a este último en caso de no haber sido previamente requerido de pago (art. 135, regla 5.ª, punto 1). Ambos se practican «en el domicilio que resulte vigente en el Registro».

4. En cuanto a la *naturaleza de este domicilio*, se sostiene comúnmente que se trata de un domicilio paccionado o convencional, que no tiene por qué coincidir con el domicilio real, pues el precepto no habla «del» domicilio, sino de «un» domicilio cualquiera. A este respecto, la DGRN en Resolución de 15 diciembre 1925 señala en relación con el domicilio del procedimiento judicial sumario que es indiferente que se trate de una designación equivocada o falsa que las calles o edificios hayan desaparecido o que hayan variado su nombre y numeración, pues añade: «de otro modo, será facilísimo burlar los mandatos de la Ley y fundar los intereses del deudor en su propia torpeza». El Tribunal Supremo, por su parte, sostiene (cfr. S. 4 febrero 1992) que en caso de que el domicilio pactado resulte inexistente, procede la aplicación supletoria del artículo 269 LEC, realizando el requerimiento de pago al deudor por edictos (no por cédula).

— Sin embargo, en el procedimiento extrajudicial no se puede aplicar tan benigna consecuencia, puesto que se prevé en el artículo 236.c) RH que si el requerimiento de pago no puede practicarse en la forma establecida (personalmente por el Notario en el domicilio pactado, bien mediante cédula entregada al pariente más próximo o dependiente mayor de catorce años que se encontraran en el mismo domicilio, y en su defecto a un vecino o al portero), el «Notario dará por terminada su actuación y por conclusa el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda», en lo que, sin duda, constituye uno de los puntos más débiles de la regulación del procedimiento de ejecución extrajudicial. Esto exige que la fijación del domicilio se realice con la máxima cautela, eludiendo la designación de domicilios impropios (solares, fincas rústicas sin edificación, etc.) o de difícil localización.

5. La exigencia de fijar «un» *domicilio* parece imponer no tanto domicilio único como domicilio «*cierto*», lo que excluye los domicilios alter-

nativos, pero no el domicilio subsidiario para el caso de frustración del primero. Igualmente, en opinión de autores como ROMERO-GIRÓN o MAGARIÑOS, resulta aceptable el domicilio múltiple sucesivo —como ocurre en casos de hipoteca concedida al promotor en la que se subrogan los adquirentes—, así como el domicilio múltiple simultáneo si se hipotecan varias fincas en garantía del mismo crédito y se fijan como domicilio el de las fincas hipotecadas, o cuando existan varios deudores y se fije como domicilio el personal de cada uno de ellos.

6. *Variación del domicilio.* El artículo 234 RH dispone que el domicilio inicialmente fijado podrá modificarse posteriormente con sujeción a lo previsto en el artículo 130 LH. No obstante, la regulación del artículo 130 LH sobre modificación del domicilio en el ámbito del procedimiento judicial sumario es común para deudor y para tercer poseedor, en tanto que en el ámbito del procedimiento extrajudicial tan sólo parece aplicable al domicilio del deudor.

— En cuanto a los *requisitos*, la modificación del domicilio podrá ser unilateral si el nuevo domicilio se halla dentro del mismo término municipal en que radican las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado; si no es así se requiere la conformidad del acreedor. En el ámbito del procedimiento de ejecución extrajudicial la referencia hecha a la competencia del Juzgado por razón del lugar en que radique la finca habrá que entenderla hecha a la competencia del Notario.

La comunicación de la modificación al acreedor —cuando no sea necesaria su conformidad— y la aceptación del mismo —en caso de ser necesaria— se harán constar en acta notarial, de la que se dejará constancia en el Registro por nota marginal. Conforme al artículo 226.1 RH, la modificación no producirá efecto alguno en el procedimiento mientras no se haga constar dicha nota marginal.

— En cuanto al *domicilio fijado por el tercer poseedor* y por los titulares de derechos reales, cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca ejecutada, cuentan con un régimen de modificación más liberal, ya que, según el artículo 236.3.d) RH, dichos titulares «podrán hacer constar en el Registro un domicilio en territorio nacional en el que desee ser notificado en caso de ejecución». Esta circunstancia se hará constar por nota al margen de la inscripción de su respectivo derecho. La lógica del carácter más riguroso del sistema de modificación del domicilio del deudor radica en que la frustración del requerimiento de pago diferido a éste conduce a la paralización del procedimiento, efecto que no se produce en el caso de las notificaciones dirigidas a los demás interesados.

6.4. DESIGNACIÓN DEL REPRESENTANTE

1. El artículo 234 RH dispone que en la escritura de constitución de la hipoteca habrá de constar igualmente la designación de la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante. A tal efecto, añade, podrá designarse al propio acreedor.

— Parece advertirse en este precepto un *deliberado cambio de orientación* respecto de su redacción anterior, en la que se empleaba el calificativo del mandatario, ya que su naturaleza había sido discutida.

— La designación del representante —al igual que el valor a efectos de subasta y el domicilio— es *requisito inexcusable* para la iniciación del procedimiento.

— La «*ratio iuris*» de esta exigencia es evidente, puesto que si el dueño de la finca se negare a otorgar la escritura y no hubiera designado representante no existiría instrumento jurídico hábil para formalizar y consumir la adjudicación, pues el Notario —a diferencia del Juez— carece del «*imperium*» y de las facultades necesarias para actuar en representación por rebeldía del ejecutado.

2. En cuanto a las *características* propias de esta representación, han sido configuradas a lo largo del tiempo por las Resoluciones de la DGRN:

- a) es irrevocable (Resolución 2 junio 1914);
- b) no se extingue por muerte del poderdante (Resoluciones 6 octubre 1915 y 3 julio 1920);
- c) si el representante es el propio acreedor, al fallecimiento de éste el poder se transmite a sus herederos;
- d) la persona designada se mantiene en el poder aunque la finca hipotecada sea transmitida (lo que significa, como señaló LA RICA, que cuando se otorgue la escritura se producirá una excepción al tracto, ya que el titular registral habrá variado);
- e) en caso de designación a favor del acreedor, debe entenderse transmitida la designación al cesionario «inter vivos» del crédito hipotecario, ya como derecho accesorio (art. 1.528 CC), ya a través de la teoría general de la sustitución en el mandato (art. 1.721 CC).

3. El representante lo es del hipotecante y *puede designarse al propio acreedor*, con lo que en el supuesto de que sea el propio acreedor el adjudicatario de los bienes nos encontraremos ante un caso de autocontratación, ya que otorgará la escritura en el doble concepto (art. 1.459.2 CC).

— Y si bien, como decimos, la designación corresponde al hipotecante, realmente exigirá un acuerdo entre hipotecante y acreedor, ya que éste no

carece en absoluto de interés en tal designación, que a la postre será decisiva al tiempo de la consumación del procedimiento.

4. *Otros problemas* que se pueden presentar en la práctica son los siguientes:

- a) Si el hipotecante actúa a través de representación voluntaria, ¿es necesario que el poder faculte expresamente para designar representante conforme al artículo 234 RH?
- b) ¿Puede designarse más de un representante solidaria o mancomunadamente, simultánea o sucesivamente?
- c) ¿Es necesario acreditar la aceptación o, al menos, la existencia del representante? ¿Cabe un representante falso o imaginario?
- d) ¿Cabe admitir la renuncia con o sin justa causa?
- e) ¿Cómo se articula la designación de una persona jurídica?

Pensemos, como criterio interpretativo inspirador, como con un sentido finalista señala ROMERO-GIRÓN, que la razón de ser de este requisito es evitar la frustración de la adjudicación por falta de persona hábil para formalizarla.

7. AMBITO DE APLICACION DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. EXEGESIS DEL ARTICULO 235.1 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

1. Dispone el artículo 235 RH en su párrafo 1.º que «la ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236.K». Pues bien, si tenemos en consideración que, según los artículos 105 LH y 1.861 CC, la hipoteca puede constituirse en seguridad y garantía de toda clase de obligaciones, resulta clara la consecuencia de que aquellas obligaciones que carezcan de la determinación inicial cuantitativa que reclama el artículo 235 RH serán en todo caso susceptible de aseguramiento hipotecario, pero adolecerán de ineptitud jurídica para ser ejecutadas a través del expeditivo procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

2. En términos genéricos puede afirmarse que la *inaplicabilidad del citado procedimiento* es predicable de todas aquellas cantidades en que se cifren las correlativas obligaciones pecuniarias no líquidas o que no puedan exigirse sin una previa determinación por consentimiento del deudor o por declaración de derechos. La *justificación de esta exclusión* es doble. Por un lado, la inadmisibilidad de determinaciones cuantitativas hechas unilateral-

mente por uno de los contratantes —lo cual sobre vulnerar el fundamental precepto de que la validez y el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (art. 1.256 CC), puede generar una situación de indefensión en disfavor de la otra parte contratante—; pero, además, por otro lado, se trata con ello de eludir la necesidad de que el Notario, en trámite de ejecución, haya de adoptar decisiones que supongan declaración de derechos no reconocidos previamente por los contratantes, con el consiguiente riesgo de invasión de la esfera judicial.

3. La *concreción de esa esfera de exclusión* o inaplicabilidad del procedimiento extrajudicial, *desde el punto de vista de la obligación garantizada*, presenta ciertas dificultades. Así, parece existir un criterio uniforme en la doctrina respecto de la exclusión de este particular procedimiento respecto de las hipotecas en garantía de cuenta corriente de crédito concedido por entidad financiera (*vid.* art. 153 LH), como exponente más claro de hipoteca de máximo en garantía de una obligación con cuantía inicialmente indeterminada (REY PORTOLÉS, LANZAS GALVACHE, ROMERO-GIRÓN DELEITO, etc.). Como caso paradigmático que es el apuntado, pone de manifiesto que el legislador parece haber sido guiado por la intención de circunscribir el procedimiento extrajudicial a las llamadas hipotecas de tráfico en las que la obligación se halla perfectamente determinada en todos sus elementos desde su misma constitución, con exclusión de las hipotecas de seguridad que presentan algún elemento de indeterminación. Sin embargo, la referencia a la «cuantía» de la obligación contenida en el artículo 235 RH, como extremo al que se refiere la indeterminación, hace que algún autor (ROMERO-GIRÓN), en un intento de matizar la cuestión, entienda que el procedimiento extrajudicial no se halla vetado a toda hipoteca de seguridad, sino tan sólo al subgrupo de éstas conocido como hipotecas de máximo en las que la indeterminación se centra precisamente en el «quantum» obligacional.

La generalidad de la doctrina considera igualmente excluidas las hipotecas en garantía de rentas o prestaciones periódicas (*vid.* art. 157 LH) por razón de no conocerse inicialmente la cuantía total asegurada, que depende aleatoriamente de la mayor o menor longevidad del pensionista; igualmente, suele excluirse de la ejecutabilidad por la vía del procedimiento extrajudicial las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador (*vid.* art. 154 LH), ya que aunque su indeterminación no afecta a la cantidad generalizada sino al titular de la obligación, el artículo 155 LH, con carácter de norma de orden público, parece establecer como único procedimiento por el que conducir la ejecución el judicial sumario del artículo 131 LH, así como las hipotecas en garantía de créditos hipotecarios que actúen de soporte o cobertura a la emisión de bonos y participaciones hipotecarias. Este es el sentido, por ejemplo, de LANZAS GALVACHE, quien argumenta su postura

en base a la inadecuación del sistema de notificaciones al régimen propio de tales créditos hipotecarios. Discrepa de tal posición, sin embargo, RODRÍGUEZ-ADRADOS, para quien en el caso de los bonos, si se ejecuta una de las hipotecas se habrá de notificar dicha ejecución a los bonistas como a cualquier otro acreedor, lo que se practicará a través del comisario o presidente del Sindicato de Tenedores, cuyo domicilio figura en el Registro. En cuanto al caso de las participaciones hipotecarias, es claro que las mismas incorporan un derecho de participación en un determinado crédito hipotecario, y el derecho de ejecutar dicho crédito, afirma el autor citado, está perfectamente regulado en la legislación específica del mercado hipotecario, de forma que si bien la ejecución corresponde a la entidad emisora, el titular de la participación —en su calidad de cesionario parcial del crédito hipotecario— puede ejercitar subsidiariamente la acción si el emisor no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días naturales desde la diligencia notarial del requerimiento de pago de la deuda que el partícipe debe efectuarle (*vid.* arts. 65 y 66 RMH de 17 marzo de 1982, reformado por RD 1289/1991, de 2 de agosto).

Por el contrario, es criterio doctrinal mayoritario el de admitir la aplicación del procedimiento extrajudicial en relación con los siguientes grupos de hipotecas:

- a) Hipotecas en garantía de obligaciones futuras o condicionales, ya que aun cuando nacen bajo el signo de la indeterminación en cuanto a su efectiva existencia, puesto que cumplido el plazo o la condición y hecho constar registralmente este dato por nota marginal (arts. 143 LH y 238 RH) la hipoteca se consolida y deviene de modalidad ordinaria. Y ello únicamente sometido al requisito de que dicha conversión o consolidación opere antes de la iniciación de la ejecución;
- b) Hipotecas en garantía de una obligación cifrada en moneda extranjera, en cuyo caso aun cuando la cantidad equivalente en signo monetario nacional por la que en efecto se haya de despachar la ejecución se encuentre sometida a la fluctuación del tipo de cambio oficial de la divisa, la determinación de la equivalencia al día del vencimiento de la obligación garantizada se puede acreditar por el simple medio previsto para el caso del procedimiento ejecutivo ordinario por el artículo 1.436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, mediante aplicación del cambio oficial, según precio vendedor, del día del vencimiento publicado en el *Boletín Oficial del Estado*;
- c) Hipotecas de amortización, puesto que si bien es cierto que su funcionamiento se aproxima al de las hipotecas de seguridad en el sentido de que la cuantía reclamable por el acreedor dependerá de la cantidad ya amortizada a través de los pagos de cuotas periódicos.

cas, sin embargo la justificación de tal extremo es de sencilla constatación documental, diferenciando las cuotas devengadas y amortizadas de las impagadas y, dentro de cada cuota, diferenciando la parte de capital y de intereses. Por lo demás, sostener una tesis negativa respecto de estas hipotecas, dada su extensión en la práctica, equivaldría a dejar de nuevo inoperante el procedimiento extrajudicial, en esta ocasión por lo exiguo de su campo de aplicación.

4. Por otro lado, en lo que se refiere a los *intereses garantizados por la hipoteca*, los mismos gozan de la cobertura del procedimiento extrajudicial en sus diversas modalidades, esto es, tanto los ordinales o remuneratorios, aun en el caso de que sean variables, y los de demora, ya que en todo caso se trata de cantidades accesorias de la propia obligación principal garantizada. La ejecutabilidad de estos intereses por la vía del extrajudicial, sin embargo, ha despertado ciertas críticas por cuanto que, sin perjuicio de las limitaciones que veremos, el postulado general aplicable a las obligaciones conforme el artículo 235.1 RH de encontrarse determinadas inicialmente en su cuantía (es decir, dar lugar a hipotecas de tráfico) no se extiende paradójicamente a las cantidades accesorias devengadas en concepto de intereses. Así resulta del hecho de que tanto los intereses ordinarios, en caso de haberse pactado cláusula de variabilidad, como los intereses moratorios dan lugar a hipotecas de máximo, según las ha conceptuado en numerosas ocasiones la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.* Resoluciones de 26 de octubre de 1984, 23 de octubre de 1987, etc.).

Desde un punto de vista práctico, destaca esta incongruencia REY PORTOLÉS indicando que la liquidación de una obligación de cuantía inicialmente determinada, pero sujeta al propio tiempo a amortización según fórmulas financieras divergentes, o la de una obligación por razón de intereses variables, no es más simple que la de una cuenta corriente.

El contrasentido es particularmente llamativo en el caso de los intereses de demora, ya que por su propia naturaleza no constituyen remuneración a la presentación del acreedor, sino sanción a la conducta de incumplimiento o cumplimiento tardío del deudor. Destaca este carácter de sanción, en términos civiles, PEDRO AVILA, quien infiere dicha caracteriología de la práctica bancaria extendidísima de fijar unos intereses de demora muy superiores a los ordinarios del préstamo y que, por tanto, no buscan la mera compensación o retribución por el lapso de tiempo en que se ha producido el retraso en la restitución del capital prestado. El siguiente paso en este camino argumental es el de la consideración de los intereses de demora como cláusula penal y por tanto sujeta a la facultad de moderación judicial prevista por el artículo 1.154 CC, de forma que aunque el devengo de los intereses sea claro por no haber duda en el plazo y en el tipo aplicable, no

pueden considerarse como deuda líquida hasta que medie el reconocimiento del deudor o la confirmación o moderación del Juez.

Mejor defensa tiene el caso de los intereses variables, ya que respecto de éstos se imponen obligaciones documentales y límites que en la práctica vienen a suavizar el problema. En efecto, el acreedor que inste el procedimiento del Notario ha de aportar los documentos que permitan determinar con exactitud el interés, bien directamente, bien a través de simples operaciones aritméticas [cfr. art. 236.a).2.b)]. Además de ello, contribuye a eliminar dudas respecto de los intereses de demora el dato de que la calificación registral ha venido exigiendo, a los efectos de su inscribibilidad, que tales intereses presentasen carácter objetivo, de forma que las oscilaciones que se pudieran producir en los mismos de aplicar la cláusula de variabilidad no incidiese en una infracción del artículo 1.256 CC por su puesta en práctica unilateral. Este requisito ha sido incluido con toda precisión en la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyo artículo 6 declara que las entidades financieras únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia en sus cláusulas de intereses variables aquellas que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito ni sean susceptibles de ello en virtud de acuerdos o prácticas consistentemente paralelas con otras entidades.

5. Parece claro, incluso, que podrán llevarse a la ejecución notarial los *intereses ordinarios devengados con posterioridad al vencimiento de la obligación garantizada*, según se infiere «a sensu contrario» del artículo 236.5.j) RH, según el cual, siendo el propio acreedor ejecutante el rematante o adjudicatario, de no consignar la diferencia entre el precio del remate o de la adjudicación y el importe del crédito y de los intereses asegurados en el plazo reglamentario, se declarará sin efecto el remate, pero responderá el acreedor de los gastos producidos por las subastas posteriores «y no tendrá derecho a percibir intereses de su crédito durante el tiempo que se emplee en verificarlos».

6. Por último, en cuanto al capítulo de las *costas y gastos*, el artículo 235.1 RH se refiere a los gastos de ejecución previstos por el artículo 236.K RH, es decir, «exclusivamente los honorarios de su actuación [del Notario] y los derivados de los distintos trámites seguidos». Dentro de estos gastos se entienden comprendidos los honorarios devengados a favor del Notario actuante por razón del procedimiento, así como los devengados a favor de los restantes Notarios que hayan realizado alguna actuación en el marco del procedimiento (por ejemplo, requerimientos dirigidos a personas residentes fuera del distrito notarial del Notario ante el que se sigue el procedimiento), así como los gastos generados por los diversos trámites seguidos, como publicación de edictos, celebración de subastas, información registral, etc.

Por el contrario, quedan fuera del procedimiento los gastos de otorgamiento de la posterior escritura de venta a favor del rematante o adjudicatario —*vid.* art. 236.L— (aun cuando algún autor como LANZAS GALVACHE sostiene que quedarían incluidos los honorarios devengados por la autorización de la escritura, no los de las copias), los honorarios registrales devengados por la inscripción de la escritura de venta, así como los generados por la cancelación de la hipoteca ejecutada y de las cargas posteriores.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Letrado en Comisión de la Dirección
General de los Registros y del Notariado

II. SEGUNDA PARTE

8. SEGUNDA INTRODUCCION: JUSTIFICACION DEL INTERES DE LOS JUECES EN EL CONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

El procedimiento de ejecución extrajudicial se caracteriza, como su propio nombre indica, por carecer de la figura del Juez a lo largo de su tramitación; de ahí que sólo pueda hablarse del mismo como procedimiento en un sentido no procesal.

A primera vista, el interés que para los Jueces pueda tener un procedimiento que no están llamados a dirigir debe ser bastante escaso, pero se trata sólo de una apreciación apriorística, pues en cuanto llamados como poder del Estado a hacer justicia y dada la especialísima naturaleza del procedimiento en cuestión, tendrán que resolver en todas aquellas cuestiones relativas a la impugnación del procedimiento y sus consecuencias.

La relación de los Jueces con el procedimiento no se limita exclusivamente a la revisión jurisdiccional del mismo, sino también se proyecta en determinados puntos en los que, por carecer de jurisdicción la persona encargada de llevarlo a cabo, es preciso acudir al Juez competente. Incluso habrá, como veremos, algún supuesto no previsto en el Reglamento que no podrá llevarse a cabo sin la intervención del Juez.

Aunque no es objeto de la presente el estudio detallado del contenido del RD 290/1992, de 27 de marzo, considero de ineludible interés hacer un breve repaso de su contenido con el fin de fijar la cuestión y hacer más fáciles las remisiones que posteriormente se puedan realizar.

9. BREVE ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

9.1. REQUISITOS

Para que el procedimiento extrajudicial pueda llevarse a cabo es preciso que concurren una serie de circunstancias, algunas de las cuales afectan a la propia inscripción de la hipoteca y otras sólo al momento de iniciación del procedimiento:

9.1.1. Pacto expreso de sometimiento al procedimiento extrajudicial, sin el cual no constará en la correspondiente inscripción y, por tanto, dada la naturaleza sumaria del procedimiento, no podrá llevarse a cabo.

9.1.2. Necesidad de que el pacto de sujeción contenga las menciones relativas al tipo de subasta y al domicilio para la práctica de notificaciones (que no pueden diferir de los establecidos para el procedimiento sumario)

y mención relativa a la persona que en nombre del propietario deba otorgar la escritura de adjudicación.

9.1.3. Que el Notario tenga competencia territorial para dirigir el procedimiento. Es de tener en cuenta que el Reglamento no permite sumisión alguna más que cuando haya varias fincas hipotecadas, en cuyo caso se permite pactar cuál de ellas determinará la competencia territorial, sin que alcance, empero, a la designación del Notario. Se trata de un requisito que pondrá de manifiesto en el momento de iniciación del procedimiento.

9.1.4. La obligación garantizada con la hipoteca ha de ser de las previstas reglamentariamente como hábiles para poder ser ejecutadas extrajudicialmente. Es un requisito que debe ser apreciado por el Registrador en el momento de inscripción de la hipoteca, de modo que de no ser uno de los supuestos permitidos se considere como no válido el pacto de sumisión al procedimiento extrajudicial y, en consecuencia, no inscribible. Dada la enorme trascendencia de este requisito, merece la pena que nos detengamos en él, siquiera someramente. Dice el artículo 235 que la ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236.k).

En consecuencia, es la determinación inicial de la cuantía de la obligación la que permite o no la sujeción al régimen del procedimiento extrajudicial, exigencia que excluye todas las hipotecas de máximo por ser indeterminadas inicialmente en cuanto a su cuantía, y dentro de las cuales podemos situar las hipotecas en garantía de cuenta corriente o en garantía de cuenta de crédito, las hipotecas en garantía de aval, las hipotecas en garantía de obligaciones de hacer o no hacer, etc.

Por el contrario, serán ejecutables por este procedimiento aquellas hipotecas que aun determinadas inicialmente en cuanto a su cuantía no lo están en cuanto a la obligación misma. Así ocurrirá en cuanto a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, en garantía de obligaciones sujetas a condición, etc. En todas ellas la cuantía de la obligación no ofrece dudas y por ello no está sujeta a máximo, por lo que una vez hecho constar en el Registro la existencia de la obligación o la consolidación de la misma podrá ejecutarse extrajudicialmente la hipoteca.

Del mismo modo podemos considerar de cuantía inicialmente determinada la hipoteca en garantía de obligación expresada en moneda extranjera, pues aun cuando deba fijarse un máximo para evitar que las oscilaciones del tipo de cambio puedan causar un perjuicio indeterminado al tercero, la cuantía inicial está determinada y solamente pendiente de su conversión a pesetas.

9.2. FASE DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

9.2.1. El procedimiento comienza con el requerimiento practicado por el acreedor o su representante (aunque no lo exprese así el Reglamento) por medio de Notario hábil por razón del territorio. El requerimiento deberá comprender las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación, especificando el importe de cada uno de los conceptos. Sólo llamar la atención sobre la correcta redacción del precepto que exige la determinación de cada partida reclamada para evitar que se reclame, por ejemplo, por capital más de lo garantizado con la hipoteca porque cabe en los intereses.

9.2.2. El Notario examinará la documentación y si considera reunidos los requisitos necesarios solicitará del Registro de la Propiedad certificación de dominio y cargas, de la cual quedará reflejo en el Registro por medio de nota marginal.

9.2.3. A continuación el Notario practicará el requerimiento de pago al deudor en el domicilio que conste en el Registro y si transcurrido el plazo no es atendido notificará la iniciación de actuaciones al que resulte titular del dominio según el Registro y a los titulares de derechos posteriores a la hipoteca.

9.2.4. Practicadas las notificaciones y publicados los anuncios correspondientes comienzan las subastas, que pueden ser hasta tres. Si todas ellas quedan desiertas y el acreedor no hace uso del derecho que le concede el Reglamento a adjudicarse la finca en las dos primeras, el Notario dará por cerrado el procedimiento.

9.2.5. Caso de haber postores o de utilizar el acreedor su derecho en las dos primeras subastas se practicará la liquidación de la subasta, momento especialmente crítico como veremos, pese al intento del Decreto de darle una regulación más o menos completa.

9.3. FASE DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

9.3.1. Se verifica con el cierre del acta notarial y con el otorgamiento de la escritura pública de transmisión derivada de la adjudicación. La escritura es considerada título hábil no sólo para la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad, sino también para la purga de los asientos posteriores, con la siguiente excepción: se exceptúan aquellos asientos ordenados por autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca. En esta fase el Reglamento concede al adjudicatario el derecho a pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen.

9.3.2. El Reglamento cierra la regulación con dos normas directamente relacionadas con el ámbito judicial: Primera, señalando que el Notario no suspenderá el procedimiento salvo que se le acredite la presentación del título de cancelación de la hipoteca en el Registro o, cuando se acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal, por falsedad del título hipotecario en virtud del cual se proceda, en que se halla admitido querella, dictado auto de procesamiento o formulado escrito de acusación [art. 236.ñ)]. Segunda, afirmando que en cuanto a las demás reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, se estará en cuanto sea de aplicación en los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria [art. 236.o)].

10. CONEXIONES CON LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES SEGUN LA REGULACION DEL REGLAMENTO

10.1. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR FRUSTRACIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR

El artículo 236.b).4 dice lo siguiente: Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda.

Los Notarios, en los primeros momentos de vigencia de la modificación del Reglamento y por medio de diversos artículos publicados en su Revista *La Notaría*, editada por el Colegio Notarial de Barcelona, mostraron reiteradamente su temor a que este trámite inicial del procedimiento fuera causa de impugnación e incluso de exigencia de responsabilidad civil. El Notario de Barcelona JOSÉ JAVIER CUEVAS CASTAÑO llegó a hacer la siguiente afirmación: Mucho me temo que nuestro talón de Aquiles como ejecutores hipotecarios va a ser sistemáticamente buscado en este momento crucial del requerimiento de pago. El temor notarial está determinado por las siguientes razones:

1.^a A diferencia del procedimiento sumario el requerimiento notarial es un trámite esencial sin el cual todo el procedimiento carece de base. No hay aquí la posibilidad de que una instancia superior, el Juez, acuerde a falta de requerimiento notarial, que se practique el requerimiento al deudor por los medios ordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil (así lo dispone el art. 131.4.^a). Es decir, toda la responsabilidad recae en el propio Notario que realiza el requerimiento.

2.^a La segunda causa es que el Notario ha de emitir un juicio de valor relativo a si puede o no considerar cumplida la diligencia de requerimiento

y, en consecuencia, seguir adelante con el procedimiento, decisión trascendental pues una vez tomada seguirá su curso sin que ninguna alegación posterior del deudor pueda tenerlo y sin que el Notario tenga el recurso legal que para los Jueces contempla el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consistente en poder declarar *ex officio* la nulidad de actuaciones antes de haber recaído sentencia definitiva.

Evidentemente, se trata de una decisión personal del Notario que debe tomar bajo su responsabilidad, pero se trata de una decisión cuyas bases no están claras en la regulación del Reglamento. Y esto es así porque las normas del citado Reglamento y las del Reglamento Notarial que regula la actuación notarial no son del todo concordantes. Por un lado, el Reglamento Notarial en su artículo 206 dispone que «las notificaciones o requerimientos previstos por las Leyes o Reglamentos sin especificar sus requisitos o trámites se practicarán en la forma que determinan los artículos precedentes. Pero cuando aquellas normas establezcan una regulación específica o señalen requisitos o trámites distintos en cuanto a domicilio, lugar, personas con quien deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas, sin que sean aplicables las reglas del artículo 202 y concordantes de este Reglamento». Por otro lado, la regulación del Reglamento Hipotecario en su artículo 236.c).2 y 3 se limita a determinar el contenido del requerimiento de pago, el domicilio y las personas con quien puede entenderse la diligencia, pero sin hacer expresión de las causas por las que el requerimiento puede considerarse incumplido.

Y esto es esencial en la medida que no todo requerimiento notarial por el hecho de no poder llevarse a cabo la diligencia con perfecto conocimiento del requerido puede considerarse frustrado. El Reglamento Notarial en su artículo 202 dispone lo siguiente: si la persona con la que se hubiere entendido la diligencia se negare a dar su nombre, a indicar su relación con el destinatario o a hacerse cargo de la cédula, copia o carta, se hará constar así... En cualquier de las formas expresadas en este artículo quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos la notificación o requerimiento. Esta regulación es plenamente coherente con el principio de la buena fe del cual se deriva que la actuación diligente del requirente no puede quedar a las resultas de una actuación no diligente o incluso claramente entorpecedora del requerido.

La cuestión se centra, por tanto, en si puede o no considerarse practicada la diligencia en aquellos supuestos en que personado el Notario en el domicilio registralmente señalado al efecto no puede entregarse la cédula de requerimiento por concurrir negativa del deudor o de otra de las personas que allí encontrare o por no encontrar a persona hábil para entregarla.

El Notario antes citado entiende que sólo puede considerarse el requerimiento practicado cuando habiendo sido hallado el deudor se niegue a

recibirlo, y no considerándolo realizado cuando la negativa provenga de otra de las personas a que se refiere el Reglamento Hipotecario.

A mi modo de ver tal solución es inviable, pues deja en manos del deudor, que no olvidemos ha incumplido su contrato y por tanto ha permitido el despliegue de toda la fuerza del procedimiento de ejecución, la viabilidad del mismo.

Es importante recordar que técnicamente no estamos ante un proceso, que el deudor no es parte y que el requerimiento de pago tiene una finalidad bien concreta: poner en conocimiento del deudor que su acreedor ha comenzado un procedimiento de ejecución, su causa, el importe reclamado y el plazo para pagar, única actuación del deudor que pondrá fin al procedimiento.

Conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (especialmente la Sentencia de 23 de octubre de 1992) y del Constitucional (SSTS de 1 de octubre de 1990, 12 de noviembre de 1990, 17 de enero de 1991...), en materia de notificaciones en el procedimiento sumario no cabe alegar indefensión cuando la situación viene producida por una actitud voluntaria del interesado o por una falta de la precisa diligencia.

Creo, por tanto, que si el requerimiento practicado por el Notario cumpliendo los requisitos de contenido, domicilio y personas no consigue la finalidad de conocimiento por parte del deudor porque el mismo o alguna de las personas con quien se entendió la diligencia no quiso atenderlo, la diligencia está bien practicada y el procedimiento puede seguir adelante. Si el Notario ha hecho saber el motivo de su presencia a una de las personas señaladas en el Reglamento Hipotecario y el objeto de su visita y se le impide continuar el requerimiento, la notificación se da por hecha sin perjuicio del especial supuesto de que haya concurrido mala fe del acreedor, circunstancia que raramente podrá apreciar el Notario actuante.

Uno de los grandes especialistas en materia de actas, el Notario RODRÍGUEZ ADRADOS, considera de forma coincidente con lo hasta ahora dicho que la existencia de deudores especializados en no dejarse notificar no puede frustrar el requerimiento. Llega incluso a afirmar que basta que la persona con la que se entienda la diligencia quede enterada, aun de palabra, del contenido del requerimiento sin que a ello obste el hecho de que se niegue a identificarse. Considera que las exigencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a que en la cédula de notificación, practicada conforme a sus reglas, conste el nombre, estado y ocupación de la persona que reciba la cédula y su relación con la que deba ser notificada, no son aplicables a la actuación notarial, pues tales datos no pueden conseguirse sin la colaboración del destinatario que no es rogante del Notario ni éste puede imponerle colaboración alguna; más bien al contrario, su interés radicará en el fracaso de la diligencia. Y es que, en definitiva, es el lugar de práctica de requerimiento lo realmente importante, como demuestra la regulación notarial e

hipotecaria que contemplan el lugar como destino del mismo restando importancia al aspecto personal.

RODRÍGUEZ ADRADOS llega aún más lejos al considerar que, frustrado el requerimiento, el Notario puede y debe notificar por edictos, pues tal es el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 269), el del procedimiento sumario (art. 131.4.^a Ley Hipotecaria) y el de la antigua relación del procedimiento extrajudicial, regulación que entiende no debe entenderse derogada en este punto considerando que la finalidad de la reforma ha sido dotar de eficacia al procedimiento como alternativa al procedimiento-sumario.

Distinto es el caso de los requerimientos frustrados porque el domicilio que consta en el Registro no existe o es de imposible localización, o no le es permitida la entrada al Notario o ninguna persona se hace cargo de la cédula respecto de los cuales ya el Reglamento Notarial considera impracticable la diligencia. El carácter lectivo del domicilio no es suficiente para justificar que el requerimiento se entiende practicado cuando no hay domicilio o es de imposible localización. Esto no significa tampoco cerrar las puertas al acreedor, pues si conoce el domicilio real en él deberá hacerse el requerimiento, siendo doctrina reiterada de la jurisprudencia desde la Sentencia de 30 de mayo de 1947 que el requerimiento practicado en el verdadero domicilio es válido.

Por otro lado, la misma doctrina constitucional que afirma que no existe indefensión material cuando el interesado ha conocido por cualquier medio, incluso ajeno al proceso, su existencia debe despejar las dudas notariales sobre la posibilidad de practicar el requerimiento fuera del lugar designado. La regulación notarial sólo exige que el deudor no se oponga.

Finalmente, el deudor podrá tener conocimiento del estado de la ejecución en cualquier momento posterior al requerimiento acudiendo a la Notaría y solicitando la información que desee. Ciertamente, tal trámite no está previsto en el Reglamento, pero es evidente que personándose en el despacho del Notario se le proporcionará la información a la que indudablemente tiene derecho y de la cual no sólo resultará despejada la duda sobre su efectivo conocimiento de la existencia del procedimiento, sino que podrá resultar la satisfacción del débito, lo que, lejos de perjudicar, beneficiará a las diversas partes interesadas (siempre, claro está, que se produzca antes de la celebración de la subasta).

Es de desear que una actitud temerosa por parte del mundo notarial no desemboque en una sistemática frustración de los procedimientos extrajudiciales por las causas que hemos analizado, pues hemos de recordar que el Notario será responsable no sólo de la continuación del procedimiento si considera que el requerimiento está cumplido, sino también de su cierre si inadecuadamente lo considera incumplido.

El efecto directo de la frustración del requerimiento de pago es la conclusión del acta y dejar expedita la vía judicial que corresponda conforme al artículo 236.c).4. La dicción del precepto ha llevado a algún autor a sostener que fracasado un procedimiento extrajudicial, ya no cabe intentar otro. Creo que es llevar demasiado lejos la literalidad del precepto, que se limita a decir algo evidente: terminado el procedimiento extrajudicial el interesado podrá acudir a los procedimientos judiciales. Pero no dice que no pueda reiterarse un procedimiento extrajudicial, lo cual, además, iría en contra de la finalidad de la reforma. Pensemos en el caso de que el procedimiento ha fracasado porque el domicilio registral para notificaciones está cerrado y el Notario no tiene acceso al mismo (supuesto extraordinariamente frecuente en aquellas hipotecas en garantía de préstamos destinados a la adquisición de segundas residencias en los que se fija la propia finca hipotecada, a la que los prestatarios sólo acuden esporádicamente, como domicilio a efectos de requerimientos). Si posteriormente el acreedor averigua el domicilio real, no creo que haya justificación alguna para que no pueda acudir al Notario de turno para iniciar un nuevo procedimiento extrajudicial con un domicilio real que permita el éxito del requerimiento si el deudor acepta la práctica de la diligencia.

10.2. LAS SUBASTAS DESIERTAS

Dispone el artículo 236.n): Si quedaren desiertas las subastas celebradas y el acreedor no hiciere uso del derecho de adjudicarse los bienes ejecutados, el Notario dará por terminada la ejecución y cerrará y protocolizará el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda. Directamente relacionado con el supuesto anterior, vemos cómo el Reglamento nuevamente abre la vía judicial cuando el procedimiento se frustra, esta vez por la falta absoluta de postores y por la falta de voluntad del acreedor de adjudicarse la finca en pago de su crédito. En realidad el artículo expresado recoge mal el *iter* de sucesos que llevan al cierre del acta y a la finalización del procedimiento: el actor sólo tiene derecho a adjudicarse la finca si no hay postores en la primera o en la segunda subasta, pero no en la tercera. En consecuencia, la finalización del procedimiento vendrá determinada por la falta de postores en la tercera subasta. No lo entiende así RODRÍGUEZ ADRA- DOS, para quien el acreedor también tiene este derecho en la tercera subasta.

10.3. ENTREGA DE LA POSESIÓN AL ADJUDICATARIO DE LA SUBASTA

El artículo 236.m) dispone que el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde

radiquen. A diferencia del procedimiento sumario el Notario carece de jurisdicción, por lo que no es persona hábil para entregar la posesión de la cosa objeto del procedimiento, ni durante el mismo (fase durante la cual no existe en absoluto esta facultad que, por tanto, tampoco puede conceder el Juez ni siquiera con carácter transitorio como en el art. 131 de la Ley Hipotecaria) ni tampoco al final del mismo. El propietario de la finca objeto de ejecución conserva su posesión material durante toda la tramitación del procedimiento y aun cuando la misma sea objeto de adjudicación; sólo si la entrega voluntariamente el adjudicatario satisfará su interés, pero como tal cosa no tiene por qué ocurrir, corresponde al Juez hacerlo en su lugar a petición de quien ya será propietario civil del bien subastado en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.462 del Código Civil.

Nada dice el Reglamento sobre cuál será el procedimiento concreto que el adjudicatario haya de seguir para conseguir la posesión material del inmueble, pero la mayoría de tratadistas consideran que, en sede de procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, los trámites a seguir han de ser los contemplados en los artículos 2.056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (así, GUASP, ROCA, GONZÁLEZ ALEGRE y la práctica totalidad de la doctrina). RODRÍGUEZ ADRADOS y DE CASTRO FERNÁNDEZ consideran que, igualmente, deben aplicarse estos trámites para el procedimiento extrajudicial. Tal solución es la correcta sin duda, pues se enmarca perfectamente en el supuesto legal (que exige que no se haya adquirido por título hereditario), sino también porque la entrega de posesión por los citados trámites está basada en un principio hipotecario esencial: el principio de legitimación recogido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual: A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo, quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

Siguiendo a GARCÍA GARCÍA, hemos de tener en cuenta que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece una presunción de posesión civilísima en favor del titular registral, opinión que ya apuntó ENCARNA ROCA en el sentido de que no es tan importante que el titular registral tenga la posesión material, que es una cuestión de hecho, como la circunstancia de que se le reconozca la legitimación para el ejercicio de las acciones posesorias, ya sea la del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la del artículo 35 sobre usucapión conforme al Registro o la acción de desahucio frente al precarista sin título.

Esta posesión es además presumida conforme al Registro, esto es, en los términos que resulte de la inscripción, como dice el propio artículo. LACRUZ entiende que la presunción posesoria es en concepto de titular

conforme al Registro y por eso su amplitud dependerá del contenido de la inscripción.

Pero, además, la presunción de la Ley Hipotecaria es de una posesión material, presunción fácilmente destruible en la medida que la posesión natural se tiene o no se tiene. Pues bien, si el titular inscrito tiene a su favor la presunción de posesión civilísima y civil y quiere además tener la posesión material o natural, el ordenamiento le reconoce, en ejercicio de esas presunciones, el derecho a obtenerla.

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil está basada, por tanto, en el principio de legitimación del Registro y por ello su artículo 2.056 exige que se ha de presentar al Juez el título en que se funde la petición inscrito en el Registro de la Propiedad y un certificado del Registro expedido por el Registrador del cual resulte que el solicitante tiene el carácter con que solicita la posesión. GARCÍA GARCÍA entiende que no será necesaria la presentación de la certificación registral, pues ya en la escritura constará la nota de despacho del Registro correspondiente. Sólo si entre la fecha del título y el momento en que se solicita la posesión judicial media un largo período de tiempo estaría justificado que el Juez exigiera también una certificación registral, supuesto que, según él, es el contemplado por la norma.

Nótese que la Ley procesal no exige la constancia de la condición de dueño como no podía ser de otro modo, pues la hipoteca ejecutada puede ser de usufructo, derecho de superficie u otro cualquiera de los que confieren la posesión. Por tanto, la posesión que adquiera el adjudicatario deberá estar en consonancia con su título y con el contenido del Registro que sirve de base a la entrega.

La entrega de la posesión es de posesión material, pues la civil y/o civilísima ya la tenía el adjudicatario desde que inscribió en el Registro de la Propiedad y por eso la Ley procesal en su artículo 2.058 dispone que la posesión se dará por medio de un Alguacil del Juzgado, asistido del Actuario (que parece se refiere al Secretario).

La entrega de la posesión por el Juez supone la eventual desposesión material de quien ocupe la finca, pero no afecta a los eventuales derechos de terceros, derechos que tendrán que hacer valer en el procedimiento judicial que corresponda.

Por eso, el artículo 2.057 de la Ley afirma que si el Juez estima suficiente el título presentado dictará auto mandando dar la posesión sin perjuicio de tercero de mejor derecho. El artículo 2.059 permite al que obtenga la posesión designar los inquilinos, colonos o administradores a quienes el Actuario haya de requerir para que le reconozcan como poseedor.

La justificación de un efecto tan devastador en el procedimiento extrajudicial es que la puesta en posesión al adjudicatario es un trámite más de

la ejecución de la hipoteca y por esa razón no puede detenerse por la oposición de terceros, que habrá de ventilarse en el juicio declarativo que corresponda.

Así, RODRÍGUEZ ADRADOS pone de relieve cómo la entrega de la posesión, en cuanto trámite adicional del procedimiento de ejecución de la hipoteca, sólo será improcedente cuando se oponga a ella el poseedor en virtud de un derecho inscrito con anterioridad a la hipoteca ejecutada.

Hasta aquí el sistema parece traslucir una gran coherencia; sin embargo, la importantísima y conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992 va por otros derroteros: en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria el Juez ordena poner en posesión de la vivienda ejecutada al acreedor que se había adjudicado la misma por falta de licitadores y en pago de su deuda. El arrendatario solicita el amparo del Tribunal Constitucional, el cual se lo concede por entender que el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución impedía el lanzamiento de un arrendamiento que no había sido parte en el procedimiento y sin perjuicio de que el adjudicatario lo consiguiera en el procedimiento declarativo correspondiente. Es decir, se llega a una conclusión completamente contraria a la que hasta aquí ha quedado expuesta, invirtiendo la carga procesal desde el poseedor al titular registral.

Aunque el Alto Tribunal afirma que la cuestión de fondo, la subsistencia o no del arrendamiento como consecuencia de la ejecución hipotecaria, no es materia del recurso, parte de la base de la subsistencia de los arrendamientos posteriores a la hipoteca y sugiere la oportunidad de que se reforme el procedimiento de ejecución a fin de que se dé audiencia, de un modo u otro, al arrendatario de la finca. Con independencia de cuál debe ser el juicio que merecen los pronunciamientos de la sentencia, lo cierto es que la existencia de un gravamen extrarregistral como es el arrendamiento de finca urbana deja en entredicho la eficacia del propio procedimiento, pues al postor no le basta con cumplir escrupulosamente las exigencias de seguridad, leer el contenido de los edictos, leer la certificación registral, sino que debe indagar la existencia de posibles arrendatarios y demandarles en un procedimiento declarativo.

Lo cierto es que el legislador ha desoído las recomendaciones del Tribunal Constitucional, quizá porque en un procedimiento sin fase de cognición no es dable prever una diligencia de audiencia y el artículo 131 de la Ley Hipotecaria no ha sido modificado ni tampoco el procedimiento extrajudicial, aunque la fecha de la sentencia sea suficientemente anterior a la reforma del procedimiento hipotecario. Ciertamente, era demasiada reforma para un simple Reglamento.

La nueva regulación de los arrendamientos urbanos sí que ha sido modificada, pero de poco nos sirve ya que se regula la extinción del arren-

damiento de vivienda en caso de ejecución de la hipoteca cuando, pactado el arrendamiento por un plazo superior a cinco años, al tiempo de la transmisión ya hubieran transcurrido cinco años, con la única excepción siguiente: aunque la duración sea mayor si el arrendamiento está inscrito en el Registro de la Propiedad antes que la hipoteca, subsiste durante todo el tiempo pactado. Si el arrendamiento se concertó por plazo inferior a cinco años, el adjudicatario debe pasar por el mismo hasta que se cumpla dicho plazo (art. 13 de la nueva LAU).

Tratándose de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, el artículo 29 determina que el adquirente se subrogará en los derechos y obligaciones del arrendador salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (aunque en realidad debería decir art. 32).

La nueva regulación no resuelve el problema en absoluto, en primer lugar porque sólo es aplicable a los arrendamientos concertados con posterioridad al 1 de enero de 1995, y en segundo lugar porque dejan sin resolver la cuestión principal: Si al tiempo de la adjudicación existe un ocupante en la finca que se opone a la entrega de la posesión con título, no será de aplicación el procedimiento de entrega de la posesión material de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que habrá que acudir a un procedimiento declarativo, pues aunque por aplicación de la Ley el adjudicatario alegue la extinción del arrendamiento por transcurso de los plazos legales o por su condición de tercero, los trámites de dicho procedimiento no permiten a las partes contender sobre tales extremos.

GARCÍA GARCÍA recoge unas afirmaciones de GIMENO BAYÓN relativas al problema que estudiamos que, sin duda, son de gran interés: No cabe ignorar la posibilidad de que el arrendamiento sea vehículo para el fraude. Con independencia de aquellos supuestos en los que la apariencia de veracidad del contrato exija acudir a la rescisión del contrato por vía declarativa y al amparo de la previsión contenida en el artículo 1.291 del Código Civil, es posible rechazar la oposición al lanzamiento por medio de resolución fundada en Derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, que manda a los Juzgados y Tribunales rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de enero de 1995 considera, sin embargo, nulas la diligencia de entrega de posesión derivadas de un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en las que ante la pretensión de un actor de oponerse a la misma alegando su condición de arrendatario el Juez rechazó su argumentación negándole tal condición por no acreditar debidamente la existencia del contrato (el interesado sólo presentó una fotocopia de un contrato privado) y remitiéndole al procedimiento declarativo correspondiente. El Tribunal Constitucional rechaza la actua-

ción del Juez reiterando los argumentos de su Sentencia de 1992 relativos a la vulneración del artículo 24 de la Constitución y concediendo amparo al actor desposeído.

10.4. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 236.º)

Dispone dicho artículo que el Notario sólo suspenderá las actuaciones cuando se acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal, por falsedad del título hipotecario en virtud del cual se proceda, en que se halla admitido querella, dictado auto de procesamiento o formulado escrito de acusación.

Verificada la circunstancia prevista en el apartado anterior, el Notario acordará la suspensión de la ejecución hasta que termine el procedimiento criminal. La ejecución se reanudará, a instancia del ejecutante, si no se declarase la falsedad.

Junto con la suspensión, en caso de presentar en el Registro documento cancelatorio de la hipoteca en ejecución éste es el único supuesto de suspensión del procedimiento extrajudicial, supuesto que también existe en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria con algunos matices.

Nos interesa destacar que sólo procede la suspensión del procedimiento cuando se trata del ejercicio de una acción penal por delito de falsedad, entendiéndose por tal, al decir de la doctrina, no la simple concurrencia de manifestaciones falsas en el documento público, sino de actos de falsificación del mismo por manipulación de su contenido. El simple hecho de contener manifestaciones de las partes o del Notario autorizante de contenido falso puede dar lugar al correspondiente ejercicio de la acción civil de nulidad por falta de requisitos esenciales o contravención de la Ley, pero no abre la vía penal. La parte que alegue el vicio debe interponer la oportuna demanda, que tendrá las consecuencias que veremos a continuación al estudiar las referencias al artículo 132 de la Ley Hipotecaria, pero sin suspender la tramitación del procedimiento.

El Reglamento Hipotecario sólo exige que se halla admitido querella, auto de procesamiento o formulado escrito de acusación. No es, sin embargo, el Juez el que debe dar conocimiento al Notario, no sólo porque no tiene por qué conocer la existencia del procedimiento extrajudicial, sino porque debe ser el interesado el que advierta al Notario la existencia de causa criminal mediante la aportación de la documentación oportuna.

Desde el punto de vista del Notario es especialmente importante que la prueba documental a que se refiere este artículo contenga todos los datos

necesarios para la perfecta identificación del título cuestionado por falsificación. Piénsese que no es extraño en absoluto que ante el mismo Notario y en el mismo día se constituyan dos o más hipotecas entre los mismos acreedores y deudores, con números correlativos o no. El Notario debe exigir una perfecta identidad entre el título objeto de acción penal y aquel cuya ejecución dirige, por lo que parece meridianamente claro que podrá negarse a la suspensión del procedimiento si no está seguro de su identidad.

El efecto suspensorio del procedimiento debe afectar a cualquier diligencia a practicar por el Notario desde el momento en que considere acreditada la causa de suspensión, pero entiendo que no debe suspender los plazos que ya hayan empezado a correr para practicar diligencias determinadas. Así, si la suspensión se acuerda cuando restan cinco días para la celebración de la primera subasta y posteriormente es reanudado el procedimiento, debe iniciarse de nuevo el trámite de convocatoria de subasta y no entender que se celebrará sin más a los cinco días; y esto debe ser así porque la suspensión afecta al procedimiento como tal y no a los plazos concretos para practicar diligencias, amén que la protección de los derechos de los interesados en el procedimiento aconseja sin duda seguir esta postura.

10.5. LAS DEMÁS RECLAMACIONES QUE PUEDAN FORMULARSE

Cierra el Reglamento Hipotecario la regulación del procedimiento extrajudicial con el artículo 236.o), que reza lo siguiente: En cuanto a las demás reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, se estará a lo dispuesto, en cuanto sea de aplicación, en los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria.

Sabido es que el citado artículo de la Ley, tras regular la suspensión del procedimiento judicial sumario del artículo 131, se limita a reconocer la posibilidad de ejercicio de la acción declarativa que corresponda con solicitud, en su caso, de retención del importe de la subasta. Se trata de uno de los aspectos menos estudiados del procedimiento sumario y, por tanto, del procedimiento extrajudicial.

Y si en el procedimiento sumario está plenamente justificado el derecho de las partes a iniciar un declarativo por carecer del efecto de la cosa juzgada, en el procedimiento extrajudicial tal consecuencia se hace evidente por carecer siquiera del carácter de procedimiento judicial. Sin embargo, los efectos son los mismos en ambos casos: la continuación del procedimiento.

Como no suspende el procedimiento nada hay que comunicar al Notario que dirija el procedimiento extrajudicial, que podrá continuar con los trámites propios de éste hasta su final. No obstante lo anterior, hemos dicho que el procedimiento declarativo instado al margen del extrajudicial puede

acarrear la retención del precio del remate, el cual, por tanto, no seguirá el destino previsto en el artículo 236.K) (pago al acreedor, consignación en favor de acreedores y entrega en su caso al dueño). Si el Notario desconoce la incoación del procedimiento dispondrá, en la medida que veremos, del precio de remate, con lo que pueden quedar frustradas las expectativas del actor de la acción civil. Es por tanto esencial que el Notario conozca y aplique la consecuencia inmediata de su conocimiento, que es la dejación de la potestad que le atribuye el Reglamento Hipotecario para disponer el destino del precio del remate en beneficio del Juez que conoce del caso. Nada dice el Reglamento de este supuesto y por tanto de cuáles deban ser los trámites a seguir, lo que hace precisa la aplicación de las normas generales. En primer lugar, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone en su artículo 17 que todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto... Más concretamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en su artículo 297 que se utilizará la forma de mandamiento para... la práctica de cualquier diligencia judicial cuya ejecución corresponda a... Notarios; y más adelante el artículo 299 dispone que los mandamientos, oficios y exposiciones se cursarán, para su cumplimiento, directamente por el Juez o Tribunal que los hubiere librado. Podrán, en su caso, utilizarse los medios de comunicación a que se refiere el artículo 288. El destinatario acusará recibo inmediatamente y dicho artículo permite que en caso de urgencia la petición se haga por télex, telégrafo, teléfono o por cualquier otro medio bajo la fe del Secretario, sin perjuicio de confirmarla en despacho ordinario.

Pensemos en el supuesto de que un acreedor posterior haya entablado una tercería de mejor derecho frente al titular ejecutante de la hipoteca. Lógicamente, el procedimiento extrajudicial sigue su curso hasta el remate, por lo que si no se quiere que se frustre por completo el objeto de la tercería debe ordenarse al Notario la retención (es decir, la consignación) del precio del remate por los trámites que acabamos de ver para que el Juez que conozca de la tercería, en trámite de ejecución de sentencia, disponga sobre la misma.

El problema surge cuando, como expone Roca, el acreedor ejecutante se adjudica la finca en pago de su crédito sin que medie entrega alguna de dinero, para cuyo supuesto entiende que la vía adecuada es la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, pero no añade nada más a esta consideración.

Lo cierto es que la anotación preventiva no puede practicarse en el Registro hasta terminado el procedimiento, pues hasta entonces ni el titular registral es el acreedor adjudicatario ni en realidad se puede saber si lo va

a ser o no. Y es que la propuesta de ROCA parte de un momento procesal posterior al previsto por la Ley Hipotecaria. En ésta la acción se entabla antes de hacer la entrega de cantidad, por lo que no hay inconveniente en pedir retención del futuro importe de la subasta. Sin embargo, cuando la finca se entrega al acreedor en pago de su crédito ya existe una resolución judicial frente a la cual no cabe más que su impugnación y su anotación en el Registro, con las consecuencias que posteriormente veremos.

10.6. LA PURGA DE ASIENTOS POSTERIORES

Dispone el artículo 236.1.3 lo siguiente: La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca.

En el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no existe nada igual al último inciso. El artículo 132 expresamente dice que aun cuando la pretensión verse sobre la nulidad del título el demandante no tiene más derecho que solicitar la retención del sobrante como ha quedado dicho.

Ahora bien, en la medida que la acción tenga por objeto la nulidad de la hipoteca y tenga un alcance real debe anotarse en el Registro de la Propiedad. Además la anotación debe practicarse, pues puede darse el caso de que el procedimiento, sin llegar a su fin, finalice por desestimiento del actor, nulidad de actuaciones decretada *ex officio* por el Juez u otra causa cualquiera, con lo que la anotación dejaría a salvo los efectos del procedimiento frente a ulteriores adquirentes de derechos sobre la finca. Tomada la anotación, no resuelve el artículo 132 si deberá ser objeto de purga en caso de ejecución de la hipoteca.

La regulación del procedimiento extrajudicial tampoco prevé la suspensión del procedimiento, pero, y esto es lo importante, con la anotación de demanda no cancelable, que admite expresamente, se llega a una limitación de sus efectos que distorsiona por completo el funcionamiento del procedimiento en su fase final.

El artículo 236.1 del Reglamento Hipotecario excluye de la cancelación por purga aquellos asientos que reúnan dos características: Han de ser ordenados por autoridad judicial y de los mismos debe resultar estar en litigio la vigencia misma de la hipoteca. Estos requisitos constriñen a la anotación preventiva de demanda dirigida contra el acreedor hipotecario los

posibles supuestos a que el Reglamento se refiere. Es preciso añadir un requisito más derivado de la legislación hipotecaria: es preciso que el mandamiento llegue al Registro antes de que se halla practicado la cancelación de la hipoteca como consecuencia del procedimiento, pues si ha sido así ya no hay tracto para anotar, y con la excepción de que la demanda se presente después de finalizado el procedimiento de ejecución cuyas consecuencias veremos más adelante.

La deficiente técnica de la norma hace surgir la primera duda relativa a qué debemos entender por estar en litigio la vigencia misma de la hipoteca. RODRÍGUEZ ADRADOS señala que estos asientos son las anotaciones preventivas de demanda de nulidad, resolución, extinción y cualquier otra causa de ineficacia, inicial o sobrevenida, del derecho real de hipoteca que se pretende ejecutar; incluido el litigio sobre el vencimiento anticipado de la misma.

VÍCTOR MAGARIÑOS BLANCO y LÓPEZ LIZ entienden que también se comprenden los litigios que versen sobre el pago de la deuda, validez del procedimiento extrajudicial o vencimiento anticipado.

Realmente, si todo esto puede paralizar la efectividad del procedimiento de ejecución más vale no hablar del mismo como procedimiento sumario, pues cualquier pretensión sobre la deuda puede afectar a sus efectos. Sencillamente no puede ser así.

Debemos dejar fuera, en primer lugar, cualquier pretensión que verse sobre la certeza o cuantía de la deuda por cuanto se trata de cuestiones personales, extrarregistrales, respecto de las cuales sólo existe el derecho a exigir la retención del precio de subasta, conforme el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, pero que no detienen de ninguna manera la efectividad del procedimiento.

Pero tampoco es admisible considerar, como hace RODRÍGUEZ ADRADOS, que la disputa sobre la causa de vencimiento anticipado cae dentro del ámbito de las anotaciones no cancelables y ello porque no afectan en absoluto a la validez de la hipoteca, sino sólo a los presupuestos de su ejecución, exactamente igual que la pluspetición del acreedor, la disputa sobre una compensación de créditos, etc.

Queda, por tanto, acotado el campo de esta anotación preventiva no cancelable a aquella que publique la existencia de un litigio sobre la no validez de la hipoteca o nulidad de actuaciones, y aun así rechinan los principios hipotecarios. En efecto, la consecuencia de la anotación preventiva de demanda es publicar la existencia de un litigio frente a terceros que se verán afectados por la misma en función de cuál sea la sentencia; es decir, asegurar la resultas de un juicio congelando la situación registral. Por contra, la finalidad del procedimiento de ejecución es que ésta se produzca sin dilación ni suspensión de sus efectos. Se trata de finalidades antitéticas

de imposible coordinación, sólo susceptibles de relaciones de supeditación de una a otra, que es precisamente lo que hace el artículo 236: supeditar la pretensión del procedimiento sumario a la eficacia del declarativo.

La anotación preventiva no suspende el procedimiento, como queda visto, y reconoce implícitamente el artículo 236.1, que analizamos al excluirla de la purga: por tanto, habrá una ejecución, un adquirente y una cancelación de cargas posteriores a la hipoteca, con excepción precisamente de esta anotación preventiva.

Pero si la acción prospera y es declarada la nulidad de la hipoteca, ¿qué ocurre con el adjudicatario?, ¿qué ocurre con los derechos posteriores que ya han sido cancelados y que tendrían que haber subsistido de no existir la hipoteca?

Respecto del adjudicatario, su situación registral quedaría como sigue: sería el titular registral de una finca en la que consta una anotación preventiva de demanda de nulidad del título en el que basa su adquisición. Como al tratar de inscribir la escritura de adjudicación y cancelación el Registrador pondrá nota al pie de la misma expresiva de quedar hecha la inscripción pero no la de cancelación, podrá tomar conocimiento de la existencia de la anotación y del litigio del que ésta deriva, personarse en el mismo y mantener la vigencia de la hipoteca. Se persone o no, si prospera la acción de nulidad y el Juez ordena la cancelación de su asiento así se hará por aplicación de la regla del artículo 198 del Reglamento Hipotecario al ser posterior a la anotación de la demanda y sin que pueda alegar, como le permite el citado artículo, que su derecho proviene de una inscripción anterior a la demanda, pues ésta tiene precisamente por objeto la destrucción de dicho asiento.

En cuanto a los acreedores posteriores su situación es igualmente mala, pues si sus asientos se cancelan como consecuencia del procedimiento extrajudicial, el Registrador de la Propiedad, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, notificará al Juez que ordenó practicar la anotación la cancelación de la misma, lo que supondrá la finalización del procedimiento ejecutivo en cuanto a tales bienes.

Si en vez de un acreedor posterior es un tercer adquirente, la situación es la misma: se cancela su asiento en virtud de una hipoteca que puede ser declarada nula.

Veamos cuáles son las situaciones concretas que pueden producirse:

Primer caso: Si la demanda se interpone antes de la ejecución de la hipoteca, antes de que nada conste en el Registro, se podrá anotar con toda normalidad, pues todo derecho inscrito es susceptible de contradicción.

Si posteriormente se lleva a ejecución la hipoteca, una de dos: si la sentencia declara la nulidad antes de finalizar el procedimiento extrajudicial y se presenta en el Registro el testimonio de la misma, se suspende el

procedimiento por aplicación del artículo 236.ñ) y, en su caso, se pondrá fin al mismo una vez inscrita la cancelación de la hipoteca. No existirá ningún perjudicado, como tampoco lo habrá si la sentencia es desestimatoria y se verifica la cancelación de la anotación de demanda.

Si la sentencia declarativa de la nulidad se produce después de finalizado el procedimiento, el adjudicatario habrá podido conocer la existencia del procedimiento por venir recogida la anotación en la certificación del Registrador, por lo que debe personarse en el mismo aunque sólo sea para solicitar la retención del precio de adjudicación, pues de declararse la nulidad de la hipoteca y cancelarse su derecho sólo tendría acción personal contra el acreedor para reclamar la restitución de aquél.

Ante esta situación caben dos posturas desde el punto de vista del Registro:

La primera, que es la que recoge el artículo 236.1, consiste en cancelar todo lo que haya después de la hipoteca salvo la anotación preventiva de demanda. Tal solución respeta, desde luego, la sumariedad del procedimiento pero deja puntos oscuros: Se tendría que cancelar la propia hipoteca ejecutada dejando sin base de referencia registral a la anotación de demanda. Más importante, se cancelan derechos posteriores a la hipoteca a pesar de que en el Registro consta la propia discusión de la hipoteca y de sus efectos. Pensemos que si la sentencia es declarativa de nulidad de la hipoteca la cancelación de ésta supondría el avance de rango de las cargas posteriores existentes. Es difícil de justificar que puedan cancelarse estos derechos posteriores en virtud de una hipoteca cuya nulidad está pendiente de resolución y constando el litigio en el Registro. En realidad no hay más justificación que el derecho del adjudicatario a que la finca se encuentre libre de cargas, aunque pesará sobre su adquisición la espada de Damocles de la demanda de nulidad.

Si la sentencia es desestimatoria se cancelará la anotación de demanda y nada habrá ocurrido. Pero si la demanda es estimatoria y decreta la nulidad de la hipoteca o de las actuaciones, ¿qué ocurrirá con esas cargas posteriores canceladas y cuyos procedimientos quizás se habrán sobreesido al notificar el Registrador a los Jueces que los llevaban que las anotaciones de embargo habían sido canceladas como consecuencia de la ejecución de la hipoteca sin que los acreedores pudiesen señalar otros bienes? ¿Cómo explicarles a esos terceros que en el Registro resucitarán unas anotaciones de embargo que en realidad ya no reflejan la existencia de un procedimiento ejecutivo?

La segunda postura posible habría sido entender que debe compaginarse la sumariedad del procedimiento con los efectos propios de la demanda de nulidad. Desde este punto de vista, si anotada la demanda llega al Registro la escritura de adjudicación no debe cancelarse derecho alguno posterior a

la hipoteca, sino que es preciso esperar al resultado del litigio, de forma que si la demanda se desestima pueda, ahora sí, sin perjuicio para nadie, cancelarse todo lo que exista detrás de la hipoteca. Si la sentencia es estimatoria su efecto esencial será la nulidad del derecho real y la subsiguiente cancelación de la hipoteca, con lo que los derechos posteriores a ésta seguirán subsistiendo al no quedar afectados ni por la hipoteca cancelada ni por una demanda en la que no son parte. El legislador ha preferido, como queda dicho, la primera posibilidad a esta última.

Segundo caso: Si la demanda se interpone después de que conste en el Registro la iniciación del procedimiento extrajudicial mediante la nota marginal a que se refiere el artículo 236.b), ya no se recogerá en la certificación expedida por el Registrador, ni en los edictos que anuncien las subastas. Pensemos en el adjudicatario de la subasta que ha sido absolutamente diligente y ha leído los anuncios de subasta, ha consultado la certificación registral de la que no resultará la existencia de la anotación preventiva por ser posterior, que ha acudido a las diversas subastas, que ha realizado el depósito previo, que tras la adjudicación ha completado la diferencia entre el depósito y el precio, que ha acudido al Notario a otorgar la escritura de adjudicación, que ha pagado los impuestos a Hacienda... ¿Cómo explicarle que su adquisición está a las resultas de un procedimiento del cual no sabe nada? ¿Cómo decirle que la fe pública del Registro no sirve para nada? ¿Cómo explicarle que su máxima diligencia no tiene efectos? La única respuesta es que el tercero perjudicado por la hipoteca o por la nulidad del procedimiento también tiene derecho a la tutela judicial.

En este caso los efectos serán similares a los antes vistos: Si la sentencia declarativa es anterior a la finalización del procedimiento o es desestimatoria nada ocurrirá: se cancelará la hipoteca o la anotación preventiva alternativamente. Si por el contrario la sentencia no ha recaído al tiempo de la finalización del procedimiento sólo cabe seguir la literalidad del precepto y cancelar todo salvo la anotación.

La situación del adjudicatario es mucho peor en este supuesto, pues al no recoger la certificación la existencia de la anotación preventiva puede desconocer la existencia del procedimiento, con lo que si la demanda prospera y se decreta por el Juez la nulidad de la hipoteca y de su inscripción de adjudicatario sólo tendrá acción personal, sin que haya tenido oportunidad de solicitar del Juez la retención del precio del remate.

Tercer caso: La demanda se interpone y anota después de finalizado el procedimiento extrajudicial. Sólo puede practicarse la anotación si el adjudicatario y cualquier otro titular registral cuyos derechos puedan ser afectados son demandados. El adjudicatario tiene la máxima defensa, pues desde el principio tiene la consideración de parte y puede litigar en absoluta igualdad de condiciones. Si la sentencia es desestimatoria no habrá proble-

ma alguno, pero si la sentencia estima la demanda de nulidad se producirá la cancelación de la inscripción del adjudicatario y la cancelación de las cancelaciones practicadas en su día. Si la nulidad es de actuaciones se retrotraerán los autos a la fecha que la sentencia determine, lo que supondrá la cancelación de la inscripción del adjudicatario, la cancelación de la cancelación de la hipoteca y la cancelación de la cancelación de las cargas posteriores. En la práctica, desde el punto de vista del Registrador tales operaciones sólo se pueden llevar a cabo si se acreditan que se han respetado los efectos propios de la nulidad, es decir, la restitución de las prestaciones, que si por parte del adjudicatario se lleva a cabo mediante la destrucción de su título de propiedad, desde el punto de vista del acreedor supondrá la restitución del precio recibido en pago del crédito, sin cuya justificación no se podrán reflejar en el Registro las operaciones citadas. Piénsese que el adjudicatario pagó en su día el precio de remate y que éste ya se habrá entregado al acreedor, a los acreedores posteriores e incluso al propietario desposeído. La situación puede complicarse hasta extremos increíbles, pues en un incidente de nulidad como el que comentamos no será extraño que hayan transcurrido dos o tres años o incluso más si la demanda ha llegado a la superior instancia del Tribunal Supremo.

¿Qué conclusiones podemos sacar de todo esto? En primer lugar, que la nulidad de la hipoteca o del procedimiento producen situaciones tremendamente traumáticas en la medida que la restitución de las cosas a su estado original es difícil, dificultad que aumenta progresivamente con el paso del tiempo, de modo que cuanto más alejada está la demanda de nulidad del procedimiento más complicada es la situación.

Pensemos que la nulidad entre partes no tiene especiales dificultades, pero en la medida que aparecen terceros la complicación aumenta. Si el acreedor ha cobrado con el precio del remate, ¿qué interés pondrá en restituirlo? Si los acreedores posteriores a la hipoteca anulada han cobrado todo o parte de sus créditos del sobrante, ¿qué interés tendrán en restituirlo?

La segunda e inmediata conclusión es que hay que hacer todo lo posible para evitar situaciones como ésta, lo cual implica un reforzamiento de los controles de legalidad a tres niveles:

A un primer nivel, el director del procedimiento debe extremar el cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas de procedimiento, especialmente en materia de notificaciones, de modo que no pueda alegarse indefensión por posibles terceros, causa principal de impugnación de los procedimientos sumarios.

A un segundo nivel, la calificación registral de la escritura de adjudicación y cancelación debe ser igualmente rigurosa. El artículo 236.1.2 determina: En la escritura se harán constar los trámites y diligencias esen-

ciales practicados en cumplimiento de los artículos anteriores, y en particular que se practicaron las notificaciones prevenidas en los artículos 236.c) y 236.d)... Es preferible que el rigor de una calificación estricta pueda llevar a la anulación de unas actuaciones en un momento inmediato a la finalización de procedimiento, que la posibilidad de que la nulidad se plantee al cabo de un tiempo más o menos largo.

A un tercer nivel, han de ser los Jueces, mediante el ejercicio de su jurisdicción, los que deben sentar los criterios de actuación que impidan el abuso de la demanda de nulidad como medio de impedir la plena eficacia de los procedimientos ejecutivos en aplicación de la doctrina sobre indefensión establecida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

11. OTRAS POSIBLES INTERVENCIONES JUDICIALES NO CONTEMPLADAS EN EL REGLAMENTO

Las seis menciones del Reglamento a la intervención judicial dan mucho de sí, desde luego, pero no agotan las posibilidades de intervención de los Jueces en el procedimiento extrajudicial. Vamos a ver algún supuesto, sin perjuicio de que puedan existir otros que en este momento se me escapan:

11.1. EL SOBRANTE DE LA SUBASTA

El artículo 236.k) determina que el sobrante, si hubiera acreedores posteriores, se consignará en el oportuno establecimiento público, quedando afecto a las resultas de dichos créditos. Esta circunstancia se hará constar en el Registro por nota marginal. Si no hubiere acreedores posteriores el sobrante se entregará al dueño de la finca.

Así como en el procedimiento sumario el Juez, en uso de su jurisdicción, dispone el destino del sobrante con arreglo a la Ley Hipotecaria y puede incluso distribuirlo entre los acreedores posteriores (aunque no es una postura resuelta a nivel legal ni doctrinal), en el procedimiento extrajudicial no hay ejercicio alguno de potestad, por lo que desde el primer momento surgieron importantes dudas sobre cuál sería la actuación correcta del Notario.

Tales dudas llegaron a provocar una consulta del Notario de Barcelona don ENRIQUE ROBLES PEREA a la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual contestó mediante Resolución de 17 de marzo de 1993 en los términos siguientes:

- a) El sobrante del precio de remate debe consignarse por el Notario en la Caja General de Depósitos a disposición de quien corresponda,

según las determinaciones que en su día harán el Notario o la autoridad competente.

- b) Como el Notario no puede tener conocimiento de todas las posibles cargas que hayan accedido al Registro después de la expedición por éste de certificación de cargas a efecto de iniciar el procedimiento, no puede autorizar reparto del sobrante hasta que el interesado le adjunte nueva certificación del Registro de la que resulte el estado de cargas hasta el momento inmediatamente anterior a la inscripción de la adjudicación.
- c) Si de la certificación no resultan cargas posteriores el Notario determinará que el sobrante se entregue al dueño del inmueble (debería decir al dueño desposeído por la ejecución).
- d) Si hay cargas posteriores y los titulares posteriores llegan a un acuerdo, el Notario determinará que la Caja General lo entregue en los términos que resulten del acuerdo.

Por tanto, la actuación del Notario se limita al caso de que no existan acreedores posteriores o al que, existiendo, estén de acuerdo sobre el reparto. Fuera de estos casos la actuación judicial es insoslayable, como reconoce la propia resolución al afirmar que el depósito se hará a disposición de quien corresponda según las determinaciones del Notario o autoridad competente, que no puede ser otra que la judicial.

Al no haber acuerdo de reparto el sobrante queda depositado y afecto, por subrogación real, a los créditos posteriores. Cualquiera de los interesados podrá instar el procedimiento que corresponda para que, con citación de los demás interesados, el Juez le reconozca su derecho al sobrante.

El problema es que nada hay en el Reglamento que nos indique cuál puede ser el procedimiento para que el Juez reparta el sobrante, produciéndose una laguna que estimo muy perjudicial. Efectivamente, en el procedimiento sumario aunque haya sobrante el Juez (aunque ya he dicho que doctrinalmente no es una situación superada) hace el reparto del sobrante, aunque tampoco el artículo 131 determine los trámites precisos para hacerlo. ¿Es asimilable esta situación a la que se produce en el extrajudicial?, ¿pueden los terceros acudir al Juez de Primera Instancia del lugar donde esté demarcada la finca para solicitarle el reparto del sobrante? Francamente, no veo cómo.

Hubiera sido deseable que el Reglamento Hipotecario hubiera previsto esta situación, pues no es en absoluto imposible la intervención judicial como complementaria de un procedimiento que se ha tramitado ante Notario. Pensemos en el artículo 280 del Reglamento Notarial que regula el procedimiento de reconstrucción de protocolo destruido en el que interviene el Juez de Primera Instancia con el fin de revisar todo el expediente rea-

lizado hasta entonces. De forma muy similar el artículo 203 de la Ley Hipotecaria regula la intervención judicial en el acta de notoriedad autorizada con el fin de reanudar el tracto interrumpido en el Registro o con el fin de inscribir excesos de cabida.

Lo cierto es que ante el silencio del Reglamento y a falta de una remisión concreta a una norma que permita la intervención judicial, no veo otra posibilidad que la del juicio declarativo ordinario instado por cualquiera de los acreedores posteriores a la hipoteca ejecutada para, con citación de los otros acreedores, contender sobre el reparto del sobrante.

Ahora bien, la oposición al reparto no tiene por qué ser posterior a la finalización del procedimiento de ejecución, puede haberse producido antes mediante la interposición de la correspondiente tercería de mejor derecho ante el Juez competente, tercería que sólo puede interponerse antes de haberse hecho el pago al acreedor ejecutante (art. 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Como la tercería va dirigida contra el acreedor ejecutante el objeto será el mismo precio de la subasta, no el sobrante al que se refiere la Dirección General, lo que incide en un momento anterior del procedimiento que impedirá al Notario hacer la entrega del mismo como recoge el artículo 236.k).1. No está previsto en el procedimiento una situación similar, por lo que el interesado que inste la tercería, si no quiere que se haga la entrega, debe solicitar del Juez que conozca de la misma que oficie al Notario en tales términos, en cuyo caso dicho Notario debe consignar el precio total obtenido a las resultas del procedimiento de conformidad con lo que establece el artículo 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por analogía, a lo que dispone el artículo 739 para el procedimiento verbal: «Si resultare competente un Juez distinto del que conociere de la ejecución, entablada la tercería se ordenará al inferior... si fuere de mejor derecho que consigne en la Caja de depósitos el importe de los bienes si se enajenaren».

A diferencia del supuesto anterior existe un procedimiento perfectamente establecido por el que el sobrante se repartirá en la forma que determine el Juez en su sentencia.

Caso especial y que tampoco entra en las previsiones de la resolución de la Dirección General es el supuesto previsto en el artículo 113 de la Ley Hipotecaria, que dice «el dueño de las acciones o mejoras que no se entiendan hipotecadas, según lo dispuesto en el artículo anterior, podrá exigir su importe en todo caso o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiere hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca».

Si exigiere su importe no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá

de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito.

Si las accesiones o mejoras no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario; mas si pudieran ser separadas sin dicho menoscabo y aquél hubiera optado, sin embargo, por no llevárselas, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan sólo, quedará a disposición de dicho dueño.

Resumiendo lo que dice el artículo, hay que distinguir dos situaciones: Si las mejoras son separables sin detrimento del inmueble, el tercer poseedor puede optar entre llevárselas o bien exigir su importe que se conseguirá enajenándolas por separado. En ambos casos se trata de una cuestión que cae fuera del procedimiento y que por tanto no altera la regulación hasta ahora analizada. Si por el contrario se trata de mejoras o accesiones no separables y que se han integrado en el inmueble en virtud del principio de accesión, el tercero sólo tiene derecho al importe que se detraerá del precio de la subasta con preferencia incluso al acreedor ejecutante.

No está previsto trámite alguno para esta detracción, con el agravante de que la existencia de estas mejoras o accesiones no constará del Registro de la Propiedad salvo en el caso de edificaciones llevadas a cabo por tercer poseedor. Creo, sin embargo, que las reglas antes analizadas, *mutatis mutandi*, pueden ser de aplicación de la siguiente forma: Si de la certificación del Registro resulta la existencia de construcciones verificadas por tercero, el Notario sólo hará entrega del precio al acreedor si existe acuerdo entre ambos, pues frente al tercero tiene la condición de acreedor posterior. Sólo si de la certificación no resulta derecho alguno en favor del tercero podrá el Notario, sin más, hacer entrega al acreedor.

El problema surge porque la resolución de la Dirección General está pensada para un caso distinto cual es la entrega del sobrante una vez satisfecho el acreedor, y aquí estamos hablando de un período anterior similar al que antes hemos planteado respecto de la tercería de mejor derecho. Considero por la misma razón que sólo si de la primera certificación resulta el derecho del tercer poseedor deberá el Notario paralizar la entrega al acreedor por cuanto corresponde al tercer poseedor hacer valer la preferencia que le reconoce la Ley Hipotecaria.

Si resulta que se hace entrega al acreedor sin tener en cuenta la preferencia del tercer poseedor, bien porque no resulte del Registro o porque se entienda que el Notario debe pagar en todo caso al acreedor, el tercero no tendrá más remedio que acudir al declarativo correspondiente solicitando la retención del remate.

11.2 LA CONCURRENCIA DE OTROS PROCEDIMIENTOS

Para terminar, sólo decir que el Notario no está obligado a notificar a Juzgado alguno que tramite un procedimiento posterior en rango la iniciación del procedimiento extrajudicial. No lo impone el Reglamento Hipotecario y así expresamente lo reconoció la aludida Resolución de la Dirección General de 17 de marzo de 1993. La notificación se hace conforme al artículo 236.d) a los titulares posteriores, que serán los que, en su caso, iniciarán las tercerías correspondientes o bien los que ejerciten su derecho a pagar el importe reclamado que le reconoce el artículo 236.e) y a subrogarse o no en la situación del acreedor satisfecho. Por tanto, los procedimientos posteriores seguirán su curso siempre sin perjuicio de la ejecución extrajudicial.

Respecto de los procedimientos universales, la situación derivada del procedimiento extrajudicial no varía en nada a la del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pues al igual que en el mismo no se detiene el procedimiento ni hay acumulación de autos, como expresamente reconoce el artículo 135 de la Ley Hipotecaria.

Sólo diré, respecto de la quiebra, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es demasiado cambiante en este tema, pues si bien hay Sentencias como las de 11 de octubre de 1985 y la de 20 de septiembre de 1993 que protegen la seguridad del tráfico inmobiliario aclarando que la quiebra no produce *ipso iure* la nulidad de la hipoteca anterior que debe ser declarada en el procedimiento declarativo correspondiente en el que sea parte su titular, existen otras sentencias contradictorias que, interpretando literalmente el artículo 858.2 del Código de Comercio, aplican sin más la nulidad a los contratos realizados en período de retroacción. Personalmente considero que la doctrina acertada es la recogida en las primeras sentencias citadas.

Por su parte, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, expresada en sus Resoluciones de 7, 8 y 14 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1991, considera que la inscripción de la quiebra practicada después de la hipoteca no puede ser cancelada por la ejecución de la misma, doctrina muy criticable por contraria al artículo 132 de la Ley Hipotecaria y porque correspondería a los Síndicos de la quiebra instar la nulidad de la hipoteca y no al adjudicatario instar la cancelación de la quiebra, pues, como acabamos de ver, la hipoteca sólo deberá ser considerada nula si se demuestra en el declarativo correspondiente, lo cual nos lleva, nuevamente, al artículo 236.1 del Reglamento Hipotecario.

FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO
Registrador de la Propiedad y Mercantil.
Notario excedente

Algunas consideraciones en torno al *lease-back* en su conexión con el derecho de superficie urbano

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. MARCO EN QUE TIENE LUGAR LA CONEXION: EL DERECHO DE SUPERFICIE Y EL CONTRATO DE *LEASE-BACK*: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SITUACIÓN EN LA QUE PUEDE ENCONTRARSE EL BIEN INMUEBLE: A) *Inmueble futuro objeto del contrato de leasing en proyecto o en construcción*: a) Solar propiedad del futuro arrendatario-usuario que concede a la sociedad de *leasing* un derecho de superficie, cediéndose posteriormente lo edificado o propiedad superficiaria de la sociedad en arrendamiento financiero al usuario. b) Concesión administrativa del derecho de superficie al usuario del suelo, y utilización del *leasing* para la financiación de la obra realizada por la compañía de *leasing*. c) *Leasing* inmobiliario a través de la figura de los derechos de sobreedificación o subedificación superficiaria, sobre un edificio ya construido. d) Solar propiedad de la sociedad de *leasing* (previa compra al usuario) que concede al usuario un derecho de superficie, edificando éste por su cuenta.—B) *Inmueble ya construido*.—III. PROBLEMAS ACTUALES MAS FRECUENTES QUE PUEDE PLANTEAR LA UTILIZACION DE ESTA OPERACION DE *LEASING* INMOBILIARIO: 1. DURACIÓN DE LA OPERACIÓN DE *LEASING*: A) *Plazo*: a) Requisitos. b) Problemas relativos al plazo. c) *Prórroga*. d) Disminución del plazo.—B) *Plazo para realizar la edificación*.—2. OPCIÓN DE COMPRA Y REVERSIÓN DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA: A) *Introducción*. B) *Ejercicio de la opción*: a) En sentido positivo. b) En sentido negativo.—C) *Adquisición del suelo por la compañía de leasing*.—3. ONEROSIDAD DE LA OPERACIÓN DE *LEASING*. 4. TRANSMISIBILIDAD. 5. INSCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN DE *LEASING*: A) *Introducción*. B) *Requisitos específicos necesarios para su inscripción*.—IV. EFECTOS DE ESTA OPERACION DE *LEASING*. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INMUEBLE SIN CONSTRUIR. 3. INMUEBLE CONSTRUIDO.—V. CONCLUSIONES.—VI. INDICACION BIBLIOGRAFICA.

I. INTRODUCCION

Muchos han sido los estudios que se han realizado sobre el *leasing* en general, y también sobre el *leasing* inmobiliario. Nuestra intención con la realización del presente trabajo consiste en reflexionar sobre alguna de las cuestiones más problemáticas que se plantean en lo que se configura como un tipo especial de *operaciones de leasing*, concretamente en la conexión del *leasing* inmobiliario con el derecho de superficie (1).

A falta de regulación sustantiva (2) y tras exponer los problemas suscitados en la conexión señalada, nuestro interés se centra principalmente en analizar las soluciones que caben, o las que se están arbitrando en la práctica. Para ello es necesario partir de conceptos como el de *leasing* inmobiliario y derecho de superficie.

De todos es sabido que el *leasing inmobiliario* es una modalidad dentro del arrendamiento financiero, consistente en la compra y construcción (aunque como veremos, a veces ya está construido) por una sociedad especializada de un local de uso industrial o comercial, con el fin de cederlo en arrendamiento (a mi juicio sería más correcto señalar a cambio del pago de

(1) Según la información facilitada por la AEL (Asociación Española de *Leasing*) se ha estimado que la inversión total de las Empresas de *Leasing* en 1994 ha sido de 559.438 millones de pesetas, de los cuales 117.270 se han invertido en el sector del *leasing* inmobiliario, es decir, un 20,96% de la inversión total.

La evolución de la inversión en inmuebles ha ido en descenso desde 1991, año en que se alcanzó la cifra de 168.071 millones de pesetas, frente a los 117.270 millones de 1994 (la crisis ha supuesto un descenso del 30,23%).

En cuanto a nuestra situación con referencia a los demás países europeos hemos de señalar que en 1994, Alemania ocupó la primera posición en la inversión en *leasing* inmobiliario (5.715 millones de ECUS), seguida de Francia (3.694) y de Italia (1.988), siendo España la cuarta potencia europea con una inversión de 738 millones de ECUS.

Cabe señalar, en cuanto a la clasificación del *leasing* inmobiliario por tipo de edificio en 1994, que España ha destinado 331 millones de ECUS en edificios industriales (frente a los 1.143 de Alemania), 80 a estructuras e instalaciones (frente a los 1.429 de Alemania), 66 a oficinas (frente a los 2.286), 82 a hoteles (frente a los 114 de Alemania), 1 a servicios públicos (frente a los 286 de Alemania) y 178 destinados a otro tipo de edificaciones (frente a los 457 de Alemania).

Por último, indicar que España establece como plazo de duración genérico del *leasing* inmobiliario de ocho a dieciséis años, mientras que las inversiones alemanas crecen a la vez que se aumenta el plazo de duración de los contratos, siendo el plazo de dieciséis a veinte años el más utilizado (2.857 millones de ECUS) seguido del plazo superior a veinte años (de 1.715 millones de ECUS).

(2) En España toda la reglamentación del contrato de *leasing* está incluida en disposiciones de naturaleza jurídico-fiscal. El Real Decreto 15/77, de 25 de febrero era una norma típicamente fiscal referida a medidas fiscales, financieras y de inversión pública, e idéntica naturaleza tenía el Decreto 1699/80, de 31 de julio, referido a *leasing* sobre bienes inmuebles. Incluso la última regulación existente sobre esta figura es la contenida en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre Intervención y Disciplina de las Entidades de Crédito.

un canon —cuya composición debe determinarse—, porque considero que no es un arrendamiento), a un usuario con el compromiso de venta (como a lo largo del presente trabajo vamos a analizar, considero mejor señalar: con la opción de compra), lo cual permite al usuario, después de un periodo irrevocable, convertirse en propietario del bien o proseguir su arrendamiento (3).

La doctrina (4) ha distinguido dos modalidades básicas de *leasing* inmobiliario. Por un lado, el *leasing inmobiliario trilateral*, y, por otro, el *leasing inmobiliario bilateral*, también denominado «*lease-back*», *retroleasing*, *leasing de retorno*, o «*sale and lease-back*».

Dejando a un lado el primero de ellos (5) vamos a detenernos en el *lease-back*, como de ahora en adelante vamos a denominarlo, que es el

(3) La definición está tomada de AMORÓS GUARDIOLA («El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 774 y sigs.; y también en RCDI, 1985, págs. 863 y sigs.).

No obstante, quiero recoger la definición otorgada por la STS de 30 de junio de 1993 (R.A. 5336), que la califica en su Fundamento de Derecho segundo «como la operación realizada por una empresa, cediendo en alquiler bienes inmuebles para uso profesional, comprados por ella, o contruados a su cargo, cuando estas operaciones, cualquiera que sea su calificación permiten al arrendatario convertirse en propietario de todo o parte de los bienes adquiridos, lo más tarde a la expiración del arriendo, ya sea por cesión de la propiedad del inmueble, en cumplimiento de una promesa unilateral de venta, o bien por adquisición directa o indirecta de los derechos de propiedad del terreno sobre el cual se ha edificado el inmueble arrendado».

(4) GARRO («El *leasing* inmobiliario: Algunos problemas jurídicos que se plantean en el Derecho argentino», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 897 y 898); CASADO BURBANO («El *lease-back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 861 y sigs.); MENÉNDEZ («El *leasing* inmobiliario y sus repercusiones jurídico-fiscales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 894 y sigs.), y MANZANO SOLANO («La inscripción del *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad», en *Jornadas del leasing sobre inmuebles*, Consejo General del Notariado, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1991, págs. 177 y sigs.).

(5) El contrato de *leasing inmobiliario trilateral* es aquel por el cual la compañía de *leasing* cede a largo plazo, uno o varios inmuebles de uso profesional o industrial que adquiere por cuenta del usuario. En él, tanto una persona física como una persona jurídica, pueden acceder al disfrute de un determinado bien inmobiliario, concertando un contrato con una sociedad de *leasing*, la cual se compromete a adquirirlo del proveedor o vendedor del inmueble, o, a adquirir el solar y construir, y, ponerlo a disposición del cesionario-usuario en el plazo convenido, cediéndole el uso por un periodo único y mediante un precio global cuyo pago se efectúa en los plazos acordados,

contrato por el cual el propietario de un bien inmueble lo vende a otra persona, la cual se lo cede en arrendamiento al vendedor, concediéndole además un derecho de opción de compra a ejercitar transcurrido determinado periodo de tiempo (6).

La forma más usual es la compra por la sociedad arrendadora o de *leasing*, de un solar al cliente con vistas a realizar una construcción y posterior arrendamiento financiero del edificio al vendedor, aunque como veremos a continuación también es posible, al menos desde el punto de vista teórico, su concreción en otras modalidades.

Es aquí donde surge la conexión de este contrato con el derecho de superficie. Pues este tipo de *leasing* inmobiliario necesita una figura jurídica cuya finalidad sea la desmembración de la propiedad, en base precisamente a la venta para la concesión en *leasing* y su posterior recuperación. Y, recordemos como dicha finalidad se cumple con la institución superficiaria. Por «derecho de superficie» entendemos el derecho real sobre finca ajena por el cual el concedente otorga al titular superficiario el derecho de edificar y mantener la edificación superficiaria separada sobre su suelo.

De esta forma se consigue que el propietario de un terreno, conceda un derecho real sobre el inmueble —derecho de superficie— a cambio de un capital, derecho que lleva consigo facultades arrendaticias para que la sociedad de *leasing* lo transmita a su vez, pero *sólo* al usuario-dueño, en *lease-back*, de manera que el propietario en base al *leasing* lo disfruta en concepto de arrendatario —sin olvidar que continúa siendo el dueño del suelo que concedió un derecho de superficie— pudiendo readquirirlo posteriormente mediante una opción.

A efectos de nuestro estudio resulta interesante señalar como dentro de este derecho real de superficie podemos diferenciar dos modalidades, la *modalidad urbana común*, que surge de la mención del artículo 1.611 del Código Civil, de la derogación del principio de accesión, y, al amparo del *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento. Y, la *modalidad urbanística*, dirigida a la creación del derecho de superficie por la Administración, cuyas normas (recogidas por la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, en sus arts. 287 a 290) tienen el carácter de imperativas,

pudiendo el usuario al término del periodo de uso, devolver el bien o ejercitar opciones de prórroga, mediante la celebración de un nuevo contrato, o de compra del bien, mediante el pago del precio o valor residual.

(6) A juicio de FELIÚ REY («Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease-back* o “leasing de retorno”», en AC, núm. 23, 6/12 de junio de 1994, pág. 430), la finalidad del *lease-back* es «reparar los fallos financieros de programas anteriores que no han ido como se había planificado, de tal forma que esta fórmula se aproxima mucho al crédito puro». También es una figura que facilita la expansión de la economía, permitiendo a ciertas empresas efectuar nuevas inversiones, sin perder por ello la disposición de sus medios de producción existentes.

aplicables no sólo a los supuestos de constitución sobre suelo integrante del Patrimonio Municipal, sino a todos aquellos en que dicha constitución tenga como objeto bienes de pertenencia pública, cuya finalidad consiste en el fomento de la construcción o su utilización como instrumento de intervención en el mercado del suelo.

II. MARCO EN QUE TIENE LUGAR LA CONEXION: EL DERECHO DE SUPERFICIE Y EL CONTRATO DE *LEASE-BACK*

1. INTRODUCCIÓN

Tras esta breve exposición de conceptos necesarios para nuestro estudio, y como acertadamente señala GARCÍA SOLÉ (7), se debe diferenciar entre *operación de leasing* y *contrato de leasing*.

Pues bien dentro del primer concepto apuntado se producen una serie de actos y de negocios jurídicos donde precisamente tiene lugar el contrato de *leasing*, en su modalidad de *lease-back*, y el derecho de superficie, objeto del presente análisis (8).

(7) GARCÍA SOLÉ, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario», en AC, núm. 8, 21/27 de febrero de 1994, pág. 136.

(8) Con carácter general, y haciendo referencia al *leasing* inmobiliario, RICO PÉREZ (*Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra La contratación por leasing en España*, Reus, Madrid, 1974, pág. 43); CASADO BURBANO («El *lease-back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales»..., *op. cit.*, pág. 862), y AMORÓS («El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral»..., *op. cit.*, pág. 796) señalan los beneficios conseguidos por ambas partes.

En esta operación de *leasing* objeto de reflexión, además, podemos señalar que:

— El propietario del edificio o local, en el supuesto de cesión del derecho de superficie sobre inmueble construido, percibe al contado el valor del mismo, sin perder su utilización. O, en el caso de edificio por construir, percibe el valor del vuelo aumentando sus expectativas de utilización con el edificio que se construya.

Posteriormente, sólo tiene que pagar las cuotas previstas que pueden ser con cargo a los rendimientos que la empresa produzca, y podrá, a su vez, deducirse como gasto la totalidad de lo que pague a efectos fiscales, pudiendo optar al final del plazo por la adquisición del inmueble por un valor inferior al primitivo reservándose las expectativas de plusvalías (aunque en diez años la revalorización de los terrenos puede no ser muy grande). También se reimpulsa su actividad sin necesidad de ocupar sus líneas habituales de financiación.

— La financiera, que no transmite ni su derecho de superficie ni su propiedad superficiaria separada conserva la garantía que se deriva de los mismos, pudiendo calcular anticipadamente los rendimientos de la cantidad entregada, a través de las cuotas pactadas y del valor residual, además de las posibilidades de dar por extinguido el arrendamiento financiero al cumplirse el plazo pactado, siempre con anterioridad a la extinción del derecho de superficie

2. SITUACIÓN EN LA QUE PUEDE ENCONTRARSE EL BIEN INMUEBLE

A) *Inmueble futuro objeto del contrato de leasing en proyecto o en construcción*

A continuación vamos a exponer brevemente las combinaciones posibles, para un posterior análisis de los problemas que se suscitan.

- a) Solar propiedad del futuro arrendatario-usuario que concede a la sociedad de *leasing* un derecho de superficie para la construcción de un inmueble y la posterior cesión de la construcción edificada o propiedad superficiaria de la sociedad en arrendamiento financiero al usuario

En este supuesto, que es el más extendido, sólo se cede el derecho de superficie, y, por consiguiente, el derecho de construir la propiedad superficiaria separada. La sociedad de *leasing* se convierte en propietaria superficiaria pudiendo ceder la construcción en arrendamiento financiero a su concedente, titular de un derecho de propiedad sobre el suelo, y usuario del futuro edificio en *leasing* (9).

(9) DÍEZ MONTERO («Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de *leasing*, emitido a cargo de A., S. A.», en *RCDI*, núm. 560, enero-febrero 1984, págs. 153-177) afirma la posible «constitución de un derecho de superficie a favor de la compañía que puede hacerse de forma gratuita (art. 172 LS) y por un plazo determinado. El plazo de construcción no hace falta que se exprese ya que se deriva de las normas del planeamiento, salvo que las partes pretendan uno de inferior duración al señalado. Sería prorrogable por causa justificada y con autorización de los órganos urbanísticos».

De las palabras transcritas se deduce que el citado autor está pensando en lo que hemos denominado modalidad urbanística del derecho de superficie, pues se refiere al anterior art. 172 de la Ley del Suelo de 1975, actual art. 288 de la Ley del Suelo de 1992.

En concreto creemos que se refiere a la *posible constitución del derecho de superficie por la Administración en favor de una compañía de leasing*.

Consideramos oportuno detenernos en analizar, si cabe o no, esta posibilidad.

La figura del derecho de superficie estuvo pensada en un principio, como fomento de la construcción por la Administración municipal principalmente, pero hoy su finalidad es la de ser un instrumento de intervención en el mercado del suelo. Esto nos da la pauta para pensar que es difícil que en la práctica se dé el supuesto (de hecho no tenemos conocimiento de que se haya producido), y ello porque la sociedad de *leasing* es una Entidad de Crédito, sus intereses no se centran en la construcción de inmuebles, y, por consiguiente, nunca va a darse en la realidad.

Otra cuestión sería que la Administración municipal concediese el derecho de superficie a la sociedad de *leasing* con la finalidad de financiarse a sí misma, supuesto que puede resultar interesante como medida de financiación no sólo de viviendas de carácter social, sino para la ejecución de proyectos de interés social.

- b) Una subespecie de esta modalidad sería, a mi juicio, el supuesto de la concesión administrativa al usuario del suelo, y posterior utilización del contrato de *leasing* para la financiación de la obra

En este caso, habrá que tener en cuenta la posibilidad de la transmisibilidad de la concesión administrativa a la compañía de *leasing* y, sobre todo, su plazo de duración.

En el caso de que no hubiese ninguna limitación a la libertad de disponer, tan corriente en la concesión del derecho de superficie por el Ayuntamiento, y siendo por consiguiente, la concesión transmisible, o susceptible de constituir sobre ella derechos de titularidad ajena o cargas, si el plazo de duración de la misma es superior a diez años (que lo suele ser, pues imperativamente su plazo de duración máximo —que no mínimo— es de setenta y cinco años), es decir, al contrato de *leasing*, esta modalidad será posible.

- c) Considero que también es posible constituir una operación de *leasing* inmobiliario a través de la figura de los derechos de sobreedificación o subedificación superficiaria, sobre un edificio ya construido

En este supuesto hay que distinguir si el edificio pertenece al futuro usuario (ya sea en su totalidad, o ya sea propiedad de varios condóminos) o si el inmueble es propiedad de la sociedad de *leasing*.

No debe olvidarse que en ningún caso su destino puede ser el uso de viviendas, en base a la prohibición contenida en el Real Decreto 1699/80, de 31 de julio (10).

El fundamento de la coexistencia de ambos derechos reside en la posibilidad de levantar una o varias plantas y financiarlas a través del contrato de *leasing* (11) o de subedificar varias plantas de un edificio.

(10) No obstante, puede resultar ventajoso para la edificación de oficinas o empresas dedicadas a las viviendas de alquiler, o simplemente de plazas de garaje... pero en ningún caso podrán realizarse contratos de esta naturaleza sobre bienes destinados a vivienda o que no sean necesarios para ser afectados, durante toda la vigencia del contrato, a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales.

(11) También puede tratarse del supuesto en el que el mismo promotor del edificio se haya reservado estos derechos y los ceda a un tercero que será el usuario del contrato de *leasing* y quien los ceda a la sociedad de *leasing* para edificar.

- d) Solar propiedad de la sociedad de *leasing* (previa compra al usuario) que concede al usuario un derecho de superficie, edificando éste por su cuenta

En este supuesto la operación de *leasing* opera de diferente manera de las hasta ahora estudiadas, pues por un lado la sociedad de *leasing* concede un derecho de superficie sobre su propiedad, y por otro, el arrendamiento financiero queda circunscrito únicamente al solar, el cual es financiado por la sociedad de *leasing* pero sin pérdida de su titularidad dominical (12).

Una subespecie de esta modalidad sería el supuesto en el que la sociedad de *leasing* es dueña de un edificio (13) (ya sea por compra directa o de un inmueble que no ha sido recuperado por el usuario) y concede sobre él un derecho de superficie, de manera que la sociedad conserva la titularidad dominical del suelo y el superficiario se convierte en usuario del edificio.

Aquí debemos distinguir si el edificio no ha sido recuperado por un usuario en el momento de la opción de compra, de si es un bien inmueble propiedad de la sociedad de *leasing*. No cabe ninguna duda acerca de la posibilidad en la práctica del primer supuesto enumerado porque precisamente se trata de la excepción contemplada en el párrafo 2.º del apartado 1.º de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que mantiene que «en el supuesto de que el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario».

Por el contrario, el segundo supuesto no es utilizado en la práctica, como consecuencia de lo que puede parecer una rigurosa interpretación

(12) Supuesto recogido por BENAVIDES DEL REY («Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980», en *RCDI*, núm. 558, septiembre-octubre 1983, pág. 1210)

Según RUEDA PÉREZ («Aspectos sustantivos del *leasing* sobre inmuebles», en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, Consejo General del Notariado, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1991, pág. 99) se trata de un supuesto nada frecuente, pues por el valor de los inmuebles, lo normal es tratar de financiar la edificación con preferencia al solar. Además hay que tener en cuenta la imposibilidad de desgravación de las cuotas correspondientes al solar, habida cuenta de la condición de elemento no amortizable del solar que lleva al usuario a no contratar dicha operación.

Cuestión que en la actualidad está superada como veremos en la nota núm. 17.

(13) Aunque debería tratarse en el punto siguiente, cuando el derecho de superficie tiene como objeto una propiedad superficiaria ya edificada, consideramos oportuno que por la unidad con el tema objeto de reflexión, sea analizado en este momento.

literal del apartado 1.º de la citada Disposición la cual señala que el inmueble objeto del arrendamiento debe ser adquirido por la sociedad financiera según «las especificaciones del futuro usuario». No obstante esta interpretación tiene su lógica, pues desde la perspectiva del legislador las sociedades de *leasing* son únicamente Entidades de crédito, y no deben prevalecerse de su situación y finalidad para arrendar financieramente bienes inmuebles propios.

B) *Inmueble ya construido*

Partiendo de la consideración de la institución superficiaria como el derecho de mantener en terreno ajeno una construcción ya existente, ésta puede ser igualmente objeto de *leasing*.

Tras el análisis realizado de todos los supuestos, el más utilizado en la práctica es aquél en el que el futuro usuario es propietario del solar y de la edificación preexistente sobre el mismo (14). Al usuario puede interesarle cederla en superficie a la compañía de *leasing* para que ésta sea titular superficiaria (15) y, posteriormente se le ceda en arrendamiento financiero. De esta manera el usuario consigue la reconversión del bien inmueble (por ejemplo, la fábrica), amortizándose los gastos que ello originaría de una manera más pausada y dilatada en el tiempo, a través de las cuotas de la sociedad de *leasing*.

En principio podría pensarse que en este supuesto el problema radicaría, en que el carácter de la sociedad de *leasing* es más financiero (16), que una «empresa dedicada a la reconversión y al mantenimiento», por lo que tal vez no estaría dispuesta a hacerse cargo y soportar todas las incomodidades que dichas operaciones comportarían. No obstante, de hecho estos problemas se salvan a través del clausulado del contrato, eximiéndose de toda obligación y responsabilidad a la sociedad de *leasing*, en cuyo caso la cuestión se centra en resolver si todas esas cláusulas son válidas.

(14) Edificación cuyo objeto, por ejemplo, es una fábrica que necesita ser reconvertida totalmente para otro uso.

(15) Cuyas obligaciones consistirían en reconvertirla y mantenerla o conservarla como titular del derecho de superficie.

(16) No olvidemos lo que acertadamente señala REAL PÉREZ («El *leasing*: “Un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme”, en *PJ*, núm. 19, 1990, pág. 237) que «el *leasing* fue ideado como técnica de financiación; las empresas concedentes del *leasing* son financieras; los usuarios del *leasing* acuden a él en busca de una financiación que les reporta ventajas importantes... En suma, cualquier reflexión que hagamos sobre este contrato debe ser alumbrada por la realidad financiera en que éste busca su razón de ser».

GARCÍA SOLÉ, quien califica esta técnica como la máxima innovación que se ha producido en *tecnología jurídica financiera*, afirma que estas operaciones se han revitalizado «puesto que en estos casos al corresponder la integridad de la inversión a financiar la edificación y no destinarse ningún importe a financiar la adquisición del suelo, las cuotas tienen en su totalidad carácter de gasto fiscalmente deducible» (17).

Pese a lo cual parece que no ha tenido gran aceptación, ni utilización práctica la figura, aunque también debemos recordar (18) que en estos últimos años se ha producido una grave crisis económica que ha afectado al sector inmobiliario, lo que no significa que cuando el mercado se recupere la solución aportada no tenga mejor fortuna.

III. PROBLEMAS ACTUALES MAS FRECUENTES QUE PUEDE PLANTEAR LA UTILIZACION DE ESTA OPERACION DE *LEASING* INMOBILIARIO (19)

Una vez centrado el objeto de nuestro estudio, es necesario analizar los pormenores, cuestiones y problemas surgidos en torno a esta específica *operación de leasing*.

(17) GARCÍA SOLÉ («Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 141) comenta como la Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito estableció que el porcentaje de las cantidades destinadas a la recuperación del coste del bien que correspondía al suelo del edificio objeto de *leasing* no tendrían el carácter de gasto fiscalmente deducible en la imposición personal del usuario. De forma que hubo que desagregar en la cuotas, la parte destinada a la recuperación del coste del bien que correspondía a la construcción, de la parte destinada a la recuperación del coste del bien que correspondía al suelo, lo que constituía un procedimiento que además de reducir las ventajas fiscales de la operación, complicaba el tratamiento operativo y fiscal de estas cantidades. Por ello se intentaron buscar diversas soluciones para que la totalidad de la cuota tuviera el carácter de gasto fiscalmente deducible y así, la ASOCIACION ESPAÑOLA DE *LEASING* planteó consulta al Ministerio de Hacienda, en el sentido de si se podría hacer coincidir el coste de recuperación del bien relativo al suelo con el importe del valor residual. Consulta que fue respondida el 1 de febrero de 1990 en sentido favorable.

La cursiva del texto es mía debido a la novedosa expresión utilizada por el autor comentado.

(18) *Vid.* nota a pie de pág. 1.

(19) Con la finalidad de ilustrar todas las cuestiones que pueden surgir en esta compleja operación de *leasing* inmobiliario he recogido una serie de cláusulas de contratos en las notas a pie de página, con un afán ejemplificador o aclarador de los problemas tratados en el texto, las cuales han sido tomadas de UNILEASING, *Manual de operaciones de Leasing Inmobiliario*, Ed. Corporación Financiera Hispamer, 3.ª ed., 1992, Madrid.

1. DURACIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING

A) Plazo

a) Requisitos

La Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/88 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio establece una *duración mínima* de diez años para los arrendamientos financieros de inmuebles (20).

Estamos ante un plazo que podemos considerar como *elemento natural* del contrato, puesto que la finalidad de la figura requiere la existencia del mismo para la constitución de la cuota, los cálculos de las mismas y del valor residual del inmueble.

En principio resulta necesario analizar si el carácter del plazo es imperativo o dispositivo.

El apartado 2.º de la Disposición Adicional Séptima señala que «los contratos a que se refiere la presente disposición tendrán una duración mínima de... diez años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales...».

Parece ser, según se desprende del texto transcrito, que *la duración del plazo es de carácter dispositivo*, pues el legislador ha dispuesto la existencia de plazo en interés de ambas partes contratantes.

En cuanto al *límite mínimo de plazo* fijado legalmente tiene *carácter imperativo*. Pues ha sido fijado por el legislador en beneficio de los intereses generales y los de la comunidad (21). Con este plazo se prohíbe la existencia de una amortización excesivamente acelerada del bien inmueble que suponga demasiados beneficios fiscales.

Por otro lado, no hay duda de que al ser un límite mínimo se pueda pactar su duración por un plazo superior. Además expresamente señala el legislador, en el apartado 2.º *in fine* que «no obstante el Gobierno, para evitar prácticas abusivas, podrá establecer otros plazos mínimos de duración de los mismos en función de las características de los distintos bienes que pueden constituir su objeto».

(20) Plazo que se articula del siguiente modo: Fecha de finalización del arrendamiento: «El arrendamiento financiero se concierda por un *periodo unitario*, que termina el día....» (fecha nunca inferior a 10 años a partir de la fecha prevista para la finalización de la construcción).

(21) La Exposición de Motivos de la citada Ley 26/88 puntualiza la «... absoluta necesidad de someter las Entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soporta la mayoría de los restantes sectores económicos. Esas entidades captan recursos financieros entre un público muy amplio, carente en la mayor parte de los casos de los datos y los conocimientos necesarios para proceder a una evaluación propia de la solvencia de aquéllas».

El plazo de diez años señalado como duración mínima se debe a la necesidad de que coincida con la vida útil del inmueble o ser inferior a él, con objeto de hacer efectiva la amortización acelerada (22).

Por lo que respecta al derecho de superficie en relación con el plazo de duración, debemos señalar que la Ley del Suelo imperativamente establece en su art. 289-2.º su constitución con carácter temporal señalando expresamente plazos máximos de duración del mismo, no pudiendo exceder de 75 años en el concedido por Ayuntamientos o demás personas públicas, ni de 99 en el convenido entre particulares.

En cuanto a la modalidad urbana común, que es la que más nos interesa, su duración será libremente pactada por las partes pudiendo incluso acordarse su perpetuidad puesto que en esta figura la disociación o separación perpetua de las dos propiedades sobre objetos totalmente distintos puede resultar interesante (23).

b) Problemas relativos al plazo

La cuestión principal es coordinar ambos plazos (el del derecho de superficie, y el del arrendamiento financiero) dentro de la operación de *leasing*.

En la práctica, según las minutas y los contratos que hemos manejado (24), ordinariamente se pacta que la duración del derecho de superficie se extienda al menos a los seis meses siguientes a la terminación del

(22) RUEDA PÉREZ, «Aspectos sustantivos del leasing sobre inmuebles..», *op. cit.*, págs. 34 y sigs.

Aunque ya hemos señalado en la nota núm. 1 que según los datos estadísticos aportados por la AEL el plazo normal en nuestro país es de ocho a dieciséis años, mientras que las inversiones alemanas aumentan cuando el plazo de duración del contrato se sitúa entre dieciséis y veinte años.

(23) En la operación de *leasing* esta es la modalidad que se va a utilizar en la práctica. Su plazo de duración será de poco más de diez años, generalmente pactado con un duración de seis meses más que el contrato de *leasing*.

(24) Plazo de duración del derecho de superficie: «Se consignará una fecha posterior en al menos 6 meses de la prevista para el ejercicio de la opción de compra».

De esta manera una vez ejercitada la opción de compra, finalizará el derecho de superficie («el plazo de duración del derecho de superficie finalizará el día... de... de 2...», fecha en que lo edificado accederá *sin otro trámite* al dueño del suelo).

Lo que significa que las reglas de la accesión se revitalizan y el dueño del suelo vuelve a ser propietario del suelo. No es necesario por consiguiente nada más. Una vez extinguido el derecho, el efecto inmediato es la adquisición por parte del cedente del derecho, de lo que ha constituido la propiedad superficiaria, de forma automática sin que sea necesario esperar a la entrega del superficiario de la construcción, es decir, sin la *traditio* (no olvidemos que no es precisa la tradición porque la cosa está ya en posesión del adquirente).

periodo de arrendamiento financiero, por si se retrasa el cobro del *valor residual*.

No obstante, resulta interesante analizar los problemas que implica el plazo para los distintos supuestos que hemos expuesto.

Así, cuando se cede el derecho de superficie a la sociedad de *leasing* para la construcción del inmueble, ya sea sobre el suelo o como derechos de sobreedificación y subedificación, y, el posterior arrendamiento financiero al usuario (particular o administración pública), cabe señalar que la duración del derecho de superficie, o derechos de sobreedificación y subedificación superficiaria, no podrán ser inferiores en ningún caso al contrato de arrendamiento financiero, pues constituye precisamente el objeto de estos derechos.

Tampoco es conveniente que coincidan los plazos del *leasing* y el del derecho de superficie, por el posible retraso en el pago o cobro del valor residual.

Y, evidentemente, no cabe que el derecho de superficie se pacte por un plazo inferior al del *leasing* pues se perdería el valor o precio residual, ya que a la llegada a término del derecho de superficie se revitalizarían las reglas de la accesión y el usuario se convertiría en dueño de suelo y vuelo. La compañía de *leasing* siempre deberá adquirir el valor residual antes de la finalización del derecho de superficie.

Cabe preguntarse si es posible la constitución de un derecho de superficie por el breve plazo de diez años. Tras lo estudiado con anterioridad, en ambas modalidades creo que sí es posible porque las partes pueden señalar la limitación temporal que deseen al no establecerse plazo mínimo alguno; otra cosa es que cuando se concede el derecho de superficie se tienda a que su duración sea la más amplia posible, pero los supuestos que nos ocupan, debido a la finalidad con la que nace —introducido en la operación de *leasing*—, es lógico que se pacte por un plazo más corto que lo habitual.

En cuanto al supuesto donde la compañía de *leasing* es propietaria del solar o incluso de un edificio, que cede en derecho de superficie para su construcción y/o el mantenimiento del edificio por parte del usuario (o, es propietaria del solar y del edificio y cede derechos de sobreedificación y subedificación de carácter superficiario al usuario) es independiente la duración de uno u otro contrato, pues el contrato de *leasing* tiene como objeto el solar, no el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, por lo que es indiferente la duración de ambos contratos (fíjese que no hemos hecho mención a la operación de *leasing* sino a dos contratos independientes).

En este supuesto cabe puntualizar que llegado el momento de ejercitar la opción de compra del solar, su adquisición sí produce la extinción del derecho de superficie por consolidación.

Si se ha pactado la duración del contrato de *leasing* por un tiempo inferior al del derecho de superficie, ejercitada la opción, el usuario hará suya la construcción que está levantando, en el estado en que se encuentre, y el suelo. Si la opción no se ejercitase, el usuario continuará con los derechos y obligaciones del superficiario sobre su edificación, o el estado de la misma según como se encuentre el edificio, los cuales se extinguirán cuando llegue el término del derecho, salvo pacto en contrario (25).

c) Prórroga (26)

En principio se ha señalado por la doctrina que el plazo del contrato de *leasing* es *irrevocable* (27). La irrevocabilidad supone que ninguna de las partes puede apartarse voluntariamente del negocio durante el plazo pactado. Requisito en cierta medida lógico porque en base al mismo se pactan las cuotas y el valor residual del objeto.

Es cierto que una vez cumplido el plazo pactado en el *leasing*, y en ejercicio de la «triple opción», el usuario puede desistir del contrato, renovarlo o ejercitar la opción de compra. Lo que debemos analizar es si una vez pactado el derecho de superficie y durante la vida de esta operación compleja de *leasing* inmobiliario cabe la ampliación del *lease-back*, es decir, si es posible pactar su prórroga, pues al usuario puede interesarle la renovación del contrato abonando unas cuotas más reducidas; o su disminución.

(25) Teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad de las partes puede, como apunta BENAVIDES DEL REY (*op. cit.*, pág. 1211) que el *leasing* (tanto su vida como el incumplimiento de determinadas obligaciones establecidas en el mismo) se subordine o condicione a la conclusión de las obras.

(26) En el presente apartado vamos a hacer referencia al concepto de *prórroga definida*, entendiéndola como tiempo limitado de duración cuya extensión puede ser igual, menor o mayor que la primitiva operación de *leasing*.

Con esto queremos significar que la prórroga debe regularse con límites, los cuales podrían ser establecidos en periodos cortos y concretos de tiempo (diez o quince), realizados siempre que el usuario lo ponga en conocimiento de la sociedad superficiaria, con una antelación suficiente de tiempo a fin de que se pacten los nuevos caracteres de la operación en cuanto al plazo, cuotas, valor residual del contrato de arrendamiento financiero, y del plazo del derecho de superficie.

(27) REAL PÉREZ («El *leasing*: "Un contrato complejo y atípico...", *op. cit.*, pág. 237) mantiene al hablar del *leasing* en general que «la empresa de *leasing*, actuando a instancias del futuro usuario y siguiendo sus instrucciones, adquiere de un proveedor un bien elegido con anterioridad por dicho usuario, a quien lo cede inmediatamente a cambio de una contraprestación periódica y durante un plazo *irrevocable*, transcurrido el cual, el usuario podrá optar entre devolver la cosa, continuar en su uso o disfrute pagando una contraprestación inferior, o adquirirlo por su valor residual». (La cursiva es mía.)

La doctrina no es unánime en la admisión de la prórroga.

Por un lado, BENAVIDES DEL REY (28), no considera admisible la prórroga del contrato de *leasing*, en base a que «las relaciones de las partes quedan definidas y enmarcadas por la existencia de unos determinados elementos estructurales típicos». A su juicio al finalizar el periodo contractual, no caben alternativas distintas al ejercicio de la opción o a la restitución de la posesión del inmueble. A su juicio no puede haber prórroga, porque esta implica que continúen vigentes las mismas condiciones, precios y plazos, y que su inclusión daría lugar al nacimiento de una figura contractual distinta de la primitiva, sujeta a una normativa diferente.

Aunque es cierto el argumento señalado, no podemos olvidar que el sistema de intereses y las cargas financieras pueden preverse anticipadamente, de manera que la función económico-jurídica de la relación obligatoria de las partes, no implica necesariamente la extinción de la primitiva figura contractual y la creación de otra nueva, máxime si el contrato de *leasing* forma parte de una operación de *leasing* en donde se prevé la prórroga del derecho de superficie.

Por otro lado, GARCÍA SOLÉ, quien sí la admite, sigue rigurosamente el contenido del Reglamento Hipotecario, señalando la posibilidad de prórroga del derecho de superficie «hasta 50 años desde su constitución, de conformidad con el límite máximo de 50 años que permite el Reglamento Hipotecario» (29).

Cuando el citado autor recoge esta posibilidad realiza dos afirmaciones que consideramos conveniente puntualizar.

A nuestro juicio, la cuestión objeto de estudio debe analizarse desde dos perspectivas diferentes, desde el punto de vista financiero o fiscal, donde como acabo de exponer es posible, y precisamente por ello GARCÍA SOLÉ sí la admite; y, desde el punto de vista del derecho sustantivo donde la cuestión es más dudosa, de ahí la negativa de BENAVIDES DEL REY.

Debe entenderse por prórroga el plazo de tiempo de duración de la operación de *leasing* que se prolonga, lo cual supone el aplazamiento o retardo de la llegada de su término. Para ello, es necesario o, que el plazo inicialmente pactado finalice, es decir que llegue el término del *lease-back* —quedando subsistente el derecho de superficie—, no se ejerce la opción de compra y se pida prórroga, o, que se pacte la posibilidad de prórroga desde el mismo momento de constitución de la operación de *leasing*.

(28) BENAVIDES DEL REY (*op. cit.*, pág. 1230) señala la inadmisibilidad tanto de «la prórroga del primitivo contrato de arrendamiento, como la de uno nuevo pactado de modo presunto... por ser incompatible con la esencia del contrato de *leasing*».

(29) GARCÍA SOLÉ, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, págs. 141.

En el primer supuesto la prórroga del *lease-back* se pacta con un nuevo plazo de duración desde su finalización. Desde el punto de vista financiero sí es posible porque teniendo en cuenta que el contrato de *lease-back* comporta el cálculo de las cuotas a abonar por el usuario, el valor residual, las cargas financieras y demás cantidades, al pactarse una nueva prórroga, entiendo que, las cuotas mensuales sumarían los intereses de la cantidad que queda por abonar: el valor residual. Desde el punto de vista del derecho sustantivo, la prórroga así pactada sería una renovación del *lease-back* existente dentro de la primitiva operación de *leasing* inmobiliario.

En cuanto al segundo caso, cuando la prórroga se prevé desde el momento mismo de la realización de la operación de *leasing*, es lógico en primer lugar imponer «hasta... años desde su constitución», es decir tomar el *dies a quo* desde el nacimiento del derecho de superficie, es decir, desde su inscripción. Y ello, porque en base al citado derecho se posibilita la construcción y el mantenimiento del edificio en suelo ajeno que es precisamente el objeto del contrato de arrendamiento financiero.

En este supuesto, donde se prevé la posibilidad de prórroga desde que se pacta el contrato, y una vez comience la prórroga lo que en realidad se produce es el mantenimiento del primitivo contrato, señalándose por ejemplo un canon inferior a pagar, porque el primitivo contrato evidentemente no se puede prorrogar en las mismas condiciones, y ello en base a que ya se ha pagado lo que la cosa valía y carecería de causa pagarlo de nuevo. Lo que en definitiva significa que aunque desde la perspectiva financiera sí es posible, desde la perspectiva sustantiva su existencia es más bien dudosa.

En relación con la segunda afirmación realizada por GARCÍA SOLÉ, no consideramos acertado señalar, como se desprende de su comentario, que el Reglamento Hipotecario imponga un límite máximo de cincuenta años para el derecho de superficie. Pues el plazo de duración señalado en el citado Reglamento ha sido derogado por los plazos de setenta y cinco y noventa y nueve años contenidos en la Ley del Suelo (30). Sin olvidar además que en relación con la modalidad urbana común cabe pactar la prórroga definida del derecho (31).

(30) En la actualidad, la doctrina mayoritaria actual señala la inoperancia del precepto por encontrarse desfasado, bien porque el derecho de superficie regido por el Código Civil puede ser por tiempo indefinido y no puede derogar principios sustantivos, bien porque los plazos de la Ley del Suelo son diferentes, y, en consecuencia, debe entenderse modificado.

Sobre este punto ver mi trabajo «*El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*». Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. En imprenta.

(31) *Vid* nota a pie de pág. núm. 26.

En la práctica (32), hemos comprobado que si el usuario no ejercita la opción de compra se suele pactar expresamente que el derecho de superficie se prorrogue hasta 50 años desde la extinción en su momento pactada (33).

d) Disminución del plazo

En cuanto a si cabe la disminución del plazo de duración pactado de la operación de *leasing* creemos que es posible, siempre que se mantenga el límite mínimo, imperativamente marcado, de diez años del contrato de *leasing*.

Para ello deberán ajustarse los pagos de las cuotas a la recuperación del coste activo amortizable, a fin de no vulnerarse los apartados 3.º y 4.º de la disposición adicional séptima de la ley de disciplina (34). Ni tampoco la obligación imperativa contenida en su apartado 7.º, según el cual, la entidad financiera deberá amortizar el coste de los bienes adquiridos para el arrendamiento financiero, deducido el valor consignado en cada contrato para el ejercicio de la opción de compra, en el plazo de vigencia estipulado para el respectivo contrato. Pues aunque el plazo disminuya constando claramente las diferentes partidas (coste de recuperación del bien, opción de compra y carga financiera), estas podrán repercutirse en menor plazo de tiempo.

(32) UNILEASING: *Manual de operaciones de Leasing Inmobiliario*, Ed. Corporación Financiera Hispamer, 3.ª ed., 1992, Madrid, pág. 163.

(33) Prórroga del derecho de superficie: La prórroga del derecho de superficie será de cincuenta años a contar desde la fecha de su finalización. «El derecho de superficie podrá prorrogarse por cincuenta años a contar desde la expresada fecha si tres meses antes de la misma no estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad la adquisición o transmisión de aquel derecho en favor del titular registral de la opción de compra que se establece más adelante en la presente escritura. A tal efecto bastará que UNILEASING mediante Acta Notarial presentada en el Registro de la Propiedad dentro de los tres meses anteriores a la expresada fecha, constate su entonces vigente condición registral de superficiario y exprese su condición de acogerse a la prórroga, decisión eventual a la que desde ahora manifiesta expresa e irrevocable conformidad el titular dominical de la finca o dueño de su suelo.»

(34) Dicho apartado 4.º señala que «el importe anual de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del periodo contractual».

En el mismo sentido el apartado 3.º afirma que «las cuotas del arrendamiento financiero deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda».

B) *Plazo para realizar la edificación*

Hemos observado como una de las cláusulas pactadas en la práctica señala que el plazo para realizar la edificación deberá ajustarse al proyecto y a los presupuestos facilitados ordinariamente por el usuario, y analizados con posterioridad por la compañía de *leasing*.

GARCÍA SOLÉ (35) entiende que, el plazo en este tipo de operaciones, por imperativo del Reglamento Hipotecario, no podrá exceder de cinco años.

El citado autor se está refiriendo al artículo 16, párrafo 1.º, apartado C del Reglamento donde expresamente se señala que para su eficaz constitución el derecho de superficie deberá inscribirse a favor del superficiario y deberá contener en el título público como circunstancias generales para la inscripción «el plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años»

A nuestro juicio no creemos que el plazo señalado por el Reglamento Hipotecario tenga un carácter imperativo. Además tal y como afirma la Ley del Suelo en su artículo 33-1.º la licencia de obras será la que determine el plazo de duración de la construcción (36).

Ordinariamente en este tipo de operaciones de *leasing* se pacta un *plazo máximo* de construcción de dos años contados desde el momento del otorgamiento del contrato (derecho de superficie y contrato de arrendamiento financiero) y, se excluye la responsabilidad de la compañía de *leasing* por eventuales demoras, habida cuenta de que el constructor es designado, generalmente, por el usuario (37).

No hay problema en establecer que el plazo de construcción obligatorio puede ser reducido en el contrato; pero no ampliado, salvo que medie prórroga, solicitada por el usuario que deberá justificar los motivos de la

(35) GARCÍA SOLÉ, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 140.

(36) Según el tenor literal del art. 33-1 de la Ley del Suelo el otorgamiento de la licencia determinará el derecho a edificar conteniéndose en ella el plazo de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras. Así el titular superficiario tiene la obligación urbanística de construir en el plazo previsto que se encuentra marcado en la licencia y que obliga a toda construcción, afectando de esta manera tanto a la modalidad urbanística como a la modalidad urbana del derecho de superficie. Si el plazo pactado para realizar la construcción determinada por la licencia urbanística es superior a cinco años, deberá inscribirse. No obstante es dudoso que se pacten plazos tan amplios al no resultar interesantes para la sociedad de *leasing*.

(37) Construcción del edificio. Plazo «La construcción del edificio deberá concluir en plazo no superior a dos años, sin que UNILEASING se responsabilice respecto de eventuales demoras, ya que el proyecto, la dirección técnica, el contratista y el presupuesto han sido elegidos y designados por el cedente del derecho de superficie, siendo la actuación de UNILEASING estrictamente crediticia».

prórroga al Ayuntamiento quien determina en la licencia de obras el plazo de finalización de la edificación (38).

La prórroga del plazo de edificación entiendo que no trae problemas jurídicos de importancia (39). Durante la construcción del inmueble la sociedad financiera-superficiaria está cobrando al futuro usuario los intereses y las cargas financieras de la operación. Una vez el inmueble esté construido comienzan a cobrarse las cuotas del arrendamiento financiero y comienzan los beneficios fiscales (40). No obstante, la fecha de la licencia es determinante de la iniciación de los plazos reales de construcción.

Por otro lado, que haya una prórroga en el plazo de construcción no debe afectar directamente ni a la duración del contrato de *leasing* ni al derecho de superficie. Pues aquél deberá pactarse por un plazo no inferior a diez años, que comenzará a contar desde el momento en que la construcción haya sido terminada e inscrita en la escritura de declaración de obra nueva en el Registro, y, el derecho de superficie deberá ser aún más extenso.

En el supuesto en que el superficiario no haya edificado ni en el plazo fijado ni en la prórroga ¿qué ocurrirá?

Según DÍEZ MONTERO el incumplimiento supondrá la extinción del derecho de superficie concedido y la reversión de la propiedad superficiaria separada, sin que proceda indemnizar a la compañía superficiaria, cualquiera que sea el estado de la edificación (41).

A su juicio debe pactarse una cláusula que opere como condición resolutoria (42).

(38) DÍEZ MONTERO (*op. cit.*, pág. 175) afirma que «parece obligado que la modificación del plazo se inscriba en el Registro de la Propiedad, puesto que constituye determinación esencial del derecho, pero, previstas las prórrogas en el contrato, hay que dejar constancia de que se trata de la misma concesión y no de una nueva».

(39) Téngase en cuenta que incluso puede tener lugar una ampliación del objeto (ampliación de la construcción del inmueble), con las consiguientes extensiones en los plazos de duración tanto de la construcción como de toda la operación de *leasing*.

(40) Es necesario puntualizar que comenzará la efectividad del *lease-back* en el mismo momento de inscribirse en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva terminada, realizada en base al derecho de superficie, iniciándose el computo del primer mes a efectos del pago de la cuota de arrendamiento. *Vid* nota núm. 70.

(41) Razonamiento a nuestro juicio correcto pues una de las causas de extinción del derecho de superficie es la resolución de su título constitutivo. El incumplimiento de construir en el plazo previsto supone un auténtico quebrantamiento del deber legal del superficiario.

(42) DÍEZ MONTERO («Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de *Leasing*.», *op. cit.*, pág. 177) propone el establecimiento de esta cláusula: «Si transcurridos los dos años fijados para la edificación, y las prórrogas establecidas en su caso, no constare en el Registro de la Propiedad inscrita la declaración de obra nueva terminada de la edificación convenida, D... podrá solicitar mediante la presentación de la copia de esta escritura que se cancele el derecho de superficie concedido, sin que proceda indemnizar al superficiario cualquiera que sea el estado de la edifi-

No obstante, al estar encuadrado el derecho de superficie en una operación más amplia de *leasing* inmobiliario, y teniendo en cuenta que una de las cláusulas que seguramente se pactarán en el contrato de *leasing* va a ser la de eximirse de toda responsabilidad en cuanto a eventuales demoras en la construcción, el cedente del derecho de superficie futuro usuario es el que resultará afectado por el incumplimiento de los profesionales que eligió para la edificación. El tema se centra en precisar la validez de esa cláusula.

2. OPCIÓN DE COMPRA Y REVERSIÓN DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

A) *Introducción*

La opción de compra es el *requisito esencial* (43) del arrendamiento financiero, establecido así por imperativo legal (44). Cuando señalamos que la opción es un elemento esencial o perteneciente a la propia naturaleza del contrato nos reafirmamos no sólo en su verdadera existencia (45), sino también en que se exige que el arrendatario opte, tanto en *sentido afirmativo como negativo*.

No obstante si este requisito no fuera esencial, sería una circunstancia que tendría gran aceptación en el *leasing* inmobiliario, pero sobre todo en la operación de *leasing* que estamos estudiando, no sólo porque el bien cedido en *leasing* —construcción— tenga generalmente un aumento de valor con el transcurso del tiempo, o que la vida del bien sea más larga que la establecida en el contrato de *leasing*, sino porque al usuario dueño del terreno le interesará evidentemente la consolidación del dominio del vuelo con su suelo.

cación. Los derechos reales sobre el mismo constituidos, quedarán subsistentes. La petición de cancelación se hará por acta notarial que se acompañará a la copia de la presente».

(43) AMORÓS GUARDIOLA («El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral...», *op. cit.*, pág. 810) lo califica como elemento estructural.

REAL PÉREZ («*Leasing* y compraventa: Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990», en *RFDUCM*, núm. 76, pág. 350) señala que es «consustancial al *leasing*, de tal manera que no es tal sin aquélla».

(44) El apartado 1.º de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Disciplina establece «que el contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario». Esta necesidad de opción también era requerida por la legislación anterior a ésta.

(45) Que no sea un ficción, y, por consiguiente, que su ejercicio esté suficientemente regulado en el contrato de *leasing*. Además si fuera ficticia la opción estaríamos ante un contrato distinto del *leasing*.

La doctrina (46) ha expuesto claramente cuales son los caracteres de la opción, por ello solamente vamos a reflexionar sobre los problemas relativos al ejercicio de esta especial operación de *leasing*, y los efectos que produce.

B) *Ejercicio de la opción*

a) En sentido positivo

En el supuesto de que el cedente-usuario ejercite la opción de compra sobre la propiedad superficiaria, se extinguirá el derecho de superficie —con anterioridad a la llegada de su término— por consolidación en el titular del derecho superficiario del dominio del suelo y del vuelo o propiedad superficiaria. Precisamente por ese motivo se establece generalmente la finalización del contrato de *leasing* con anterioridad al derecho de superficie (47).

Tiene especial interés la opción de compra en el supuesto en que la compañía de *leasing* es propietaria del suelo y lo cede en derecho de superficie y, posteriormente se pacta un arrendamiento financiero con el superficiario-usuario. Si éste ejercita la opción de compra sobre el solar, se producirá la extinción automática del derecho de superficie por consolidación, salvo en el supuesto de que el contrato de *leasing* se haya pactado por un plazo inferior al del derecho de superficie. En este caso la cuestión importante a tener en cuenta es en relación con los derechos de terceros. Si no se ejercita la opción, y continúa existente el derecho de superficie, el usuario conservará la propiedad superficiaria, aunque haya finalizado el arrendamiento financiero y la propiedad del edificio construido a expensas del superficiario usuario sea de la sociedad de *leasing*.

En cuanto a las consecuencias del ejercicio de la opción de compra de la propiedad superficiaria separada cabe señalar que para que el usuario

(46) Vid. GARCÍA SOLÉ («Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 155); AMORÓS («El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral...», *op. cit.*, pág. 810), y REAL PÉREZ («*Leasing* y compraventa: comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990», *op. cit.*, pág. 347), quien señala que el usuario ha de ejercitar realmente la opción, de manera que el ejercicio de la misma ha de estar suficientemente regulado en el contrato de *leasing*, y que el valor residual objeto de la opción de compra no debe incorporarse a la letra de cambio girada al contratar, pues ello haría ilusorio dicho ejercicio.

(47) «El usuario podrá, según su libre opción, y una vez transcurrido el periodo unitario fijado para el arrendamiento financiero, adquirir de UNILEASING el derecho de superficie y el inmueble objeto de este contrato en el precio que para ello queda fijado en la estipulación... Esta opción de compra forma parte inseparable del presente contrato de arrendamiento financiero y carece de contraprestación separada.»

pueda ejercitarla deben haberse abonado todas las cuotas del *lease-back*, y, además, pagar el llamado *valor residual* (48).

En el caso de que la opción de compra haya sido ejercitada por el usuario dentro del plazo establecido y de la forma prevista, deberá procederse a la firma de la escritura de compraventa y a su inscripción registral (49).

Resulta interesante destacar la particularidad que presenta la «supuesta» devolución de la propiedad superficiaria objeto del contrato de *leasing* al finalizar el plazo pactado, pues no suele ser propósito del arrendador financiero-superficiario la recuperación material de la cosa al finalizar el contrato ya que incluso suele tomar sus medidas en el momento de iniciarse el contrato para evitar ni siquiera por corto espacio la posesión de la cosa. Más aún teniendo en cuenta que tras la opción el anterior usuario-dueño del suelo adquiere el vuelo, no siendo necesario esperar a que finalice el plazo del derecho de superficie, y que se revitalicen las reglas de la accesión para adquirir el vuelo junto con su suelo.

b) En sentido negativo

El propietario del suelo concede un derecho de superficie a la compañía de *leasing*, la cual construye y cede en *lease-back* la edificación al propietario del suelo que se convierte en usuario del bien, en este supuesto la

(48) «Para el ejercicio válido de la opción de compra el usuario deberá encontrarse al corriente de las obligaciones de pago derivadas del presente contrato, haber satisfecho la totalidad del precio del arrendamiento financiero y pagar a UNILEASING el precio de adquisición fijado en la... sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior.»

En cuanto al valor residual cabe señalar que el TS —en Sentencia de 28 de mayo de 1990— ha matizado, para el supuesto del *leasing* mobiliario, que «no debe incorporarse a la letra de cambio girada al contratar». Afirmación que es válida para el supuesto que nos ocupa, pues la razón de la misma se encuentra primero en que la opción de compra debe ejercitarse a la finalización del contrato, y en segundo lugar, que no se permite un cambio de titularidad de las partes contratantes sin el conocimiento de la otra, como veremos más adelante, y más aún en el tipo especial de operación de *leasing* que estamos estudiando.

(49) «Ejercitada en tiempo y forma por el usuario la opción de compra, y siempre que se cumplan las condiciones previstas en el número anterior, las partes otorgarán la escritura pública de compraventa ante el Notario que al efecto designe UNILEASING. Serán de cuenta del usuario todos los gastos, incluso notariales y registrales, impuestos, tasas, y arbitrios que se ocasionen por dicha compraventa, incluido el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.»

BENAVIDES DEL REY (*op cit.*, pág. 1249) señala que de ejercitarse la opción de compra el usuario deberá efectuarla mediante acta notarial que será notificada a la sociedad de *leasing* con un plazo de antelación suficiente antes de que finalice dicho contrato. La arrendadora contestará también por el mismo conducto, señalándose además el día fijado para realizar la escritura de la compraventa.

cuestión se centra en determinar si el usuario sin ejercitar la opción de compra, adquirirá el bien inmueble tras la extinción del derecho de superficie, pues de ser así por la propia naturaleza de la institución superficiaria se produciría la reversión de lo edificado al dueño del suelo-usuario del *lease-back*.

Este supuesto ha sido previsto por las Entidades financieras, de manera que, la compañía retendrá su edificación mantenida sobre suelo ajeno (del concedente), en tanto siga vigente el plazo de duración del derecho de superficie. Esto es importante a efectos de derechos de terceras personas, pues no podrán conferírseles derechos de una duración superior al del contrato de arrendamiento financiero. Además, en el supuesto en el que el arrendatario usuario se retrasase en el pago del valor residual objeto de la opción, el mismo generará un interés que deberá ser abonado por el usuario (50). Estamos ante un supuesto de retraso en el pago pero siempre dentro de los límites de continuación del derecho de superficie.

También es posible que la sociedad financiera haya establecido la posibilidad de que esta situación no se prolongue en el tiempo (tanto el retraso en el pago del valor residual como el cumplimiento válido de la opción de compra) y se haya pactado una cláusula que suponga la resolución del contrato de *leasing*, acordándose la extinción de la opción de compra de pleno derecho (51). A través de este pacto se impone un plazo de tres meses para que el usuario ejercite la opción de compra, entendiéndose que si no lo realiza en ese tiempo desiste del contrato.

En este supuesto, extinguido el plazo de ejercicio de la opción de compra y antes de que llegue el término del derecho de superficie, se dispone por medio de una cláusula la prórroga inmediata del derecho por el plazo de cincuenta años desde su constitución, con el objeto de evitar que el usuario que no ejercite la opción se haga dueño de la construcción.

También la compañía financiera previendo el ejercicio negativo de la opción de compra de la propiedad superficiaria, y con la finalidad de ejercer mayor presión hacia el usuario para la realización de la opción, redactan en sus contratos la posibilidad, como estudiaremos a continuación, de adquirir el suelo del usuario. No obstante, no es la solución que más les interese, pues como entidades financieras su finalidad es la obtención de la amortización y de los intereses del capital entregado inicialmente. De ahí que se plantee la posibilidad, dentro de su clausulado, de que el usuario readquiera

(50) «A partir del término del periodo de arrendamiento financiero dicho precio de adquisición, se incrementará con un interés del 1,5% mensual hasta que sea satisfecho a UNILEASING» (Mora del deudor).

(51) «Transcurridos tres meses a partir del término del arrendamiento financiero sin que el usuario haya ejercitado válidamente la opción de compra, ésta quedará extinguida de pleno derecho.»

el dominio pleno del inmueble al término del arrendamiento financiero y en ejercicio de una opción de compra (52). Según GARCÍA SOLÉ es una cláusula de especial garantía destinada no a resolver el contrato sino a reforzar las garantías de la operación a partir del momento en que se produzca una situación conflictiva de impago (53).

Por la importancia de dicha cláusula, creo conveniente detenernos en su análisis:

«En concepto de especial garantía de las obligaciones que le corresponden por este contrato, el usuario, en su condición de dueño del suelo, se compromete a efectuar en interés de UNILEASING la venta forzosa de la finca... en caso de incurrir en impago de tres cualesquiera de las cuotas del precio del arrendamiento financiero, en precio de venta equivalente a la suma de los importes de las tres cuotas dichas. Producidos esos impagos, UNILEASING, podrá requerir notarialmente al usuario su regularización, con la prevención de que en caso de no producirse ésta en la contestación al requerimiento, sin el efecto de pago, UNILEASING podrá proceder a otorgar en nombre y representación del usuario la escritura de compraventa de la finca en su favor, en el precio indicado, que se compensará con los tres impagos en cuestión. A los exclusivos efectos de otorgar esta venta, el usuario apodera desde ahora irrevocablemente a UNILEASING para actuar en su nombre y representación con relevación expresa de cualquier impedimento de autocontratación que pudiera existir. Esta venta dejará subsistente la relación de arrendamiento financiero que se entenderá ahora referida al suelo y al edificio.»

La cuestión a determinar se centra en la validez o no de esta cláusula.

Del examen de la misma cabe destacar que supone en definitiva una imposición de renuncia del derecho del usuario a su propio derecho de propiedad del suelo. La sociedad de *leasing* impone la renuncia de un derecho que está fuera no sólo del contrato de *lease-back* sino de toda la operación de *leasing* inmobiliario.

El contenido de la citada cláusula supone, a mi juicio, un perjuicio desproporcionado del usuario, que comporta una posición de desequilibrio

(52) «En caso de que UNILEASING hubiere consolidado el dominio pleno de la finca, extinguiéndose así por confusión el derecho de superficie, la opción de compra se entenderá referida necesariamente a dicho dominio pleno. En este caso la transmisión se efectuará en precio de PESETAS.... (Importe del Valor Residual sin IVA más el correspondiente a cuatro cuotas del *leasing*) más los impuestos correspondientes».

(53) GARCÍA SOLÉ, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 141.

entre los derechos y obligaciones de ambas partes. Hay un abuso por parte de la sociedad de *leasing*.

Ambas cuestiones quiebran la idea de «exigencia genérica de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones» que deben presidir en todo contrato.

Si bien es cierto que el usuario ha incumplido su obligación de pago, también es cierto que ya se produce la extinción del contrato, además de la obligación de pagar las cantidades que quedasen por abonar hasta la finalización del mismo, esta «garantía especial» que podemos considerar cláusula penal es, a nuestro juicio, excesiva. La razón de tal afirmación se halla en que una vez recuperado por la sociedad de *leasing* la propiedad superficiaria, y adquiridas las cantidades no sólo las que faltaban de pagar, sino también el vencimiento anticipado de todas las cuotas pendientes hasta la finalización del contrato, no se puede decir que la entidad financiera sufra ningún perjuicio. Sin olvidar que siendo su función estrictamente financiera, la adquisición del suelo —que en este supuesto se encuentra fuera de la operación de *leasing*— vá más allá de su finalidad dando lugar a un enriquecimiento injusto, además de ir en contra del principio de conmutatividad de los contratos.

Pero por otro lado también es importante destacar que si el usuario acepta esta cláusula es que puede considerarse sobradamente compensado con las ventajas fiscales, contables o de decisión acerca de la inversión a realizar (54).

No obstante, considero que esta cláusula no es válida porque además de producirse un claro desequilibrio en las prestaciones hay una actuación abusiva por parte de la Entidad financiera.

C) *Adquisición del suelo por la compañía de leasing*

Un problema complejo que puede plantearse es la *posibilidad de que la sociedad de leasing adquiera el suelo del concedente y el suelo al término del lease-back, y durante la vigencia de la operación de leasing inmobiliario*.

Entre los autores que han estudiado este pacto se encuentra BENAVIDES DEL REY (55), quien lo considera válido e inscribible. Mientras que MANZA-

(54) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ («Problemas jurídicos del *leasing* inmobiliario», en *AAMN*, t. XXVII, pág. 106) afirma como en el mercado de *leasing* inmobiliario no existe un régimen de monopolio en la oferta, de manera que si se acepta el clausulado del contrato de adhesión, puede que no haya un desequilibrio contractual.

(55) BENAVIDES DEL REY, «Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980...», *op. cit.*, pág. 1210.

NO SOLANO (56) entiende que dicha posibilidad está en contra de lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima punto 1.º, de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que establece que «el arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término a favor del usuario». Según el citado autor, mantener esta cláusula significaría eliminar el derecho de opción del usuario. Lo que no tiene razón de ser porque el *lease-back* ya ha finalizado.

Pero, ¿es válida dicha cláusula en la operación de *leasing* que nos ocupa? A mi juicio, hay que diferenciar entre ambas modalidades de derecho de superficie.

Entiendo que en el supuesto de la constitución de la modalidad urbana común del derecho de superficie, que es el que generalmente se pactará, no cabe la menor duda. Los particulares son libres en base al principio de autonomía de la voluntad de acordar dicho pacto (57).

Otra cuestión sería el supuesto de que el arrendamiento financiero se hubiese constituido sobre lo que hemos denominado la modalidad urbanística. En este supuesto el legislador ha previsto con carácter imperativo, aunque no expresamente, la reversión de la propiedad del suelo al concedente (58), de modo que no sería posible su pacto.

3. ONEROSIDAD DE LA OPERACIÓN DE *LEASING*

Uno de los elementos integrantes del contrato de *leasing* son las cuotas que debe abonar el arrendatario a la compañía financiera, las cuales habrán de ser necesariamente en dinero, debiendo tener un carácter periódico,

(56) MANZANO SOLANO, «La inscripción del *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, pág. 228.

(57) En la modalidad urbana común las partes pueden disponer tal pacto, no sólo en base al principio de autonomía de la voluntad, sino también por el apartado a) del párrafo 1.º del art. 16 del Reglamento Hipotecario que señala que «transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario». De manera que en el supuesto que nos ocupa es posible, a mi juicio, que llegado el momento de la opción de compra por parte del arrendatario, éste la rehuse, extinguiéndose el *lease-back*. Ambas partes podrán pactar la adquisición de suelo por el superficiario —compañía de *leasing*— mediante precio y así no continuará desmembrada indefinidamente la propiedad del suelo y vuelo.

(58) Actualmente, la Ley del Suelo de 1992 para la modalidad urbanística que desarrolla, al igual que la de 1975, frente a la primitiva regulación de 1956, prohíbe imperativamente la adquisición por parte del superficiario del suelo ajeno en el momento de la extinción del derecho de superficie. La razón es que el legislador urbanista considera como elemento esencial y consustancial al derecho de superficie la reversión de la propiedad superficiaria a manos de la Administración. (Sin olvidar que si tal pacto fuese posible sería necesario la desafección de su carácter público.)

generalmente por mensualidades, aunque puede que las partes pacten la periodicidad que deseen, adecuada a su situación financiera (59). El vencimiento de las mismas en relación con los periodos pueden ser tanto por pago anticipado como vencido (60).

Por otro lado, el derecho de superficie puede constituirse indistintamente de forma onerosa o gratuita, pues no es un elemento esencial del derecho. No obstante, el artículo 16-b del R.H. prevé que se precise en la inscripción la determinación del canon a satisfacer por el superficiario.

En las operaciones de *leasing* objeto de estudio, y en concreto, en el supuesto general al que hemos hecho referencia, donde el superficiario es la compañía de *leasing*, no suele señalarse que deba pagar canon alguno al usuario-cedente del derecho de superficie. Esta modalidad gratuita del derecho de superficie resulta lógica pues los beneficios surgen del arrendamiento financiero y no de la institución superficiaria (61). Pero nada impide que el derecho de superficie se constituya mediante el pago por la compañía de *leasing* de una cantidad global o un canon periódico al dueño del suelo.

(59) Como señala la profesora REAL PÉREZ (*«Leasing y compraventa: Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990»*, *op. cit.*, pág. 352) en el contrato de *leasing* la contraprestación engloba diversos conceptos: «la llamada “recuperación del coste del bien” (el precio del mismo satisfecho por la compañía de *leasing*), el coste de financiación o remuneración de ese capital (los intereses sobre la suma anticipada por la compañía concedente del *leasing*) y el beneficio de la propia empresa concedente. A la suma de los conceptos anteriores se le deduce el “valor residual” y el resultado se distribuye entre los diferentes vencimientos que se hayan pactado, obteniéndose la cuota periódica a pagar por el usuario.»

(60) Precio del arrendamiento: «El precio del arrendamiento financiero excluida la opción de compra es de PESETAS.....». A este importe deberá añadirse el IVA correspondiente.

Se fija en PESETAS... el precio por el que el usuario podrá adquirir el derecho de superficie y el edificio objeto de este contrato si, al término del plazo unitario de cesión de uso, ejercita la opción de compra en las condiciones que se fijan en la Estipulación TERCERA».

Sobre el tema de las «Entregas iniciales», *vid.* GARCÍA SOLÉ (*«Problemática actual del leasing inmobiliario...»*, *op. cit.*, pág. 153).

(61) En la práctica se articula así: Canon superficiario. «La constitución del derecho de superficie se enmarca dentro de la operación de arrendamiento financiero, por lo que carece de contraprestación separada del mismo. No obstante, y a los solos efectos fiscales (art. 18-1 IVA) y registrales, lo valoran las partes en PESETAS..., sin que esta cantidad suponga obligación de pago para ninguna de ellas, sin perjuicio de que sirva de base para el devengo del IVA, cuya cuota asciende a PESETAS..... que UNILEASING entrega en este acto al dueño del suelo, quien expide y entrega la correspondiente factura.»

(Al tratarse de un valor simbólico atendidas las condiciones económicas del conjunto de la operación, se consignará el importe del 1% del valor de venta del inmueble.)

Dentro de las cuestiones generales que pueden plantearse en relación con el inmueble futuro o en construcción (62) el más interesante es el de si al diferirse en el tiempo la prestación de la compañía de *leasing* mientras se termine la construcción, se debe entender diferido también el pago de las cuotas, hasta la terminación de la construcción y entrega de la obra (63).

RUEDA PÉREZ mantiene la posibilidad «de que una prestación quede diferida en el tiempo y la otra no, es decir, puede que se establezca un plazo determinado para realizar la construcción antes del cual no es exigible; y, sin embargo, culminado el plazo se incurrirá en incumplimiento o al menos en mora». Recoge una consulta formulada a la Dirección General de Tributos de 1 de julio de 1988, que afirma la posibilidad de iniciar el pago de las cuotas antes de que el inmueble en construcción esté acabado; cuotas que no son deducibles de la base imponible del impuesto personal del usuario. Concluye en base a ello, que ningún plan de pagos de cuotas se iniciará antes del plazo previsto para la terminación de la obra y su entrega.

En la práctica, según los contratos que he manejado, las entidades de crédito suelen realizar un estudio de costes, cargas e impuestos de toda la operación de *leasing*, de manera que durante el periodo de construcción sólo se abonan por el usuario los intereses. Una vez finalizada la construcción comienza a regir el contrato de *leasing* y, consiguientemente, las cuotas. Sin olvidar el pago de los impuestos.

4. TRANSMISIBILIDAD

Este punto es extraordinariamente complejo de resolver, por la cantidad de intereses que confluyen, los del transmitente-usuario; el adquirente del transmitente y la compañía de *leasing*; los acreedores del primer usuario, los acreedores de la primitiva compañía de *leasing*.., etc. De todos modos estamos ante una novación o quizá una cesión del contrato, por lo que deberemos respetar los requisitos correspondientes a estas figuras jurídicas.

Hecha esta salvedad cabe señalar que la posición jurídica del usuario en la operación de *leasing* puede ser transmisible. Esta afirmación significa que tanto en el supuesto en el que la sociedad haya cedido en *leasing* al usuario el terreno para edificar en concepto de derecho de superficie, como

(62) Sobre el tema de la simultaneidad del pago de las cuotas y la entrega del inmueble futuro, es decir de la propiedad superficiaria objeto del derecho de superficie *vid.* RUEDA PÉREZ («Aspectos sustantivos del *leasing* sobre inmuebles...», *op. cit.*, pág. 68).

(63) Este problema afecta a los tres primeros supuestos de los que hemos hecho referencia, pero no al cuarto donde la entrega del solar financiado es actual, pues la edificación futura corre por cuenta del usuario.

en el supuesto en que el futuro usuario es dueño del suelo y concede el derecho de superficie a la sociedad de *leasing* para la edificación y su posterior arrendamiento financiero, es posible que, en el primer caso, el superficiario-usuario; y, en el segundo caso, el dueño del suelo-usuario ceda su posición jurídica tanto de dueño del suelo como de superficiario. La cuestión es más dudosa en relación con la transmisión de las posiciones de la compañía de *leasing*, cedente o titular de un derecho de superficie y a su vez arrendadora financiera, en la operación de *leasing* inmobiliario.

También cabe plantearse cuales son los efectos que puede producir la *transmisión de la posición de dueño del suelo, cedente del derecho de superficie y usuario de la propiedad superficiaria* (64).

El usuario-dueño del suelo deberá participar a la sociedad de *leasing* su intención de realizar la transmisión, por los efectos económicos que supone la introducción en el contrato de una nueva persona (art. 1.205 CC). Y, además el primitivo usuario al quedar desvinculado totalmente del contrato de *leasing* debe recuperar las letras que incorporan las cuotas de vencimiento futuro, mientras que el nuevo usuario-cesionario queda subrogado en todas las obligaciones de pago de las cuotas futuras, girándosele nuevas letras que previamente ha aceptado.

El nuevo usuario-dueño del suelo, se transforma en titular de todo el conjunto de derechos y obligaciones derivados de la operación de *leasing*, en especial del derecho de opción, asumiendo la obligación de afectación de la explotación.

Además y no obstante todo lo señalado, debemos hacer constar que en la práctica habitual es posible que en las condiciones generales del contrato se incluya una prohibición de disponer o ceder el derecho de superficie sin consentimiento de la entidad cedente, en cuyo caso el derecho sería intransmisible.

En cuanto a los efectos que produce la *transmisión de la posición de arrendadora superficiaria* hay que hacer constar que, en base al señalado artículo 1.205 CC, deberá contar con el consentimiento del dueño del suelo-usuario para transmitir su derecho (65).

(64) En cuanto al estudio general de la subrogación en la posición de usuario *vid.* GARCÍA SOLÉ («Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 149) y MANZANO SOLANO («Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero...», *op. cit.*, pág. 242).

(65) «El usuario autoriza desde este momento a UNILEASING para que pueda ceder el presente contrato, total o parcialmente a otra u otras compañías de arrendamiento financiero, Bancos, Cajas de Ahorro o Cooperativas de Crédito, obligándose a suscribir cuantos documentos públicos o privados fueren necesarios para documentar la cesión.»

A mi juicio esta cláusula no es válida, pues el usuario también es acreedor de la compañía de *leasing*, y deberá aplicarse el art. 1.205 CC. La compañía de *leasing* podría utilizar esa cláusula además, para burlar los derechos del usuario en favor de otros

5. INSCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING (66)

A) *Introducción* (67)

Si bien en un supuesto normal de *leasing* inmobiliario a la sociedad de *leasing* le interesará su inscripción, en la compleja operación de *leasing* que nos ocupa la inscripción es necesaria.

En base a la regulación legal existente, la inscripción de la modalidad urbanística del derecho de superficie tiene *carácter constitutivo*. Esto significa que la inscripción es requisito de su existencia (68). Por el contrario, la inscripción de la modalidad urbana es de *carácter declarativo*, pues como cualquier otro derecho real nace a través del título y el modo pudiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad (en cuyo caso deberán hacerse constar todos los requisitos exigidos por el art. 16-1.º del RH). Entendemos que es declarativa la inscripción de ésta modalidad porque un mero reglamento no puede afectar al contenido del Código Civil (69).

acreedores suyos preferentes. Además no considero posible que el usuario-dueño del suelo renuncie a su derecho, al autorizar esta cesión de contrato con carácter previo, sin conocer la solvencia de su nuevo deudor —la nueva compañía de *leasing*, o cajas de ahorros...— (art. 6-2.º CC)

(66) Con carácter general en relación con la inscripción del *leasing* inmobiliario vid. AMORÓS («El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral...», *op. cit.*, págs. 835 y sigs.); BENAVIDES DEL REY («El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos.», *op. cit.*, págs. 1244 y sigs.), y GARCÍA SOLÉ («Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, págs. 149-150).

(67) Declaración de obra nueva: UNILEASING, por haberse realizado ya las obras precisas para ello, otorgará a continuación la oportuna Declaración de Obra Nueva que, en cuanto sea menester, se considerará parte de este establecimiento de derecho de superficie.

Inscripción: «las partes solicitan del señor Registrador de la Propiedad la inscripción en los libros a su cargo del derecho de superficie que ahora establecen».

(68) La Ley del Suelo de 1956 introdujo el problema de la inscripción del derecho de superficie cuando señaló que «como requisito constitutivo de su eficacia el derecho de superficie deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad». Posteriormente, el Reglamento Hipotecario de 1959, dispuso que «para su eficaz constitución deberá inscribirse el derecho de superficie».

A nuestro juicio, la ley urbanística quiso remarcar el carácter constitutivo de los efectos que frente a terceros produce la inscripción, y el Reglamento Hipotecario, posteriormente puntualizó que la inscripción era necesaria como requisito de existencia.

Consideramos que el Reglamento no ha sido la vía más adecuada para introducir el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, cuestión que debía haberse realizado a través de la Ley Hipotecaria, pues escapa a su contenido de desarrollarla, convirtiéndose en este sentido en un *reglamento contra legem*, aunque podemos entender que su finalidad es válida en el caso de la modalidad que regula la legislación urbanística, donde previamente la Ley había señalado el carácter constitutivo de la inscripción.

(69) Aunque creemos que convendría de *lege ferenda* que se estableciera la necesidad de la inscripción constitutiva del derecho de superficie también para su modali-

Las razones que han impulsado al legislador urbanista a establecer el carácter constitutivo de la inscripción en la modalidad que regula, se deben a la falta de apariencia posesoria del derecho de superficie diferenciada del derecho de propiedad del suelo sobre el que recae durante el periodo existente desde que se pacta su constitución hasta que se comienza la edificación, y, posteriormente, al poder considerarse a efectos de terceros que el superficiario es dueño del edificio y del suelo.

B) *Requisitos específicos necesarios para su inscripción*

Cuando la inscripción de la cesión en *leasing* del derecho de superficie tenga por objeto una edificación ya existente, no se plantea ningún problema pues, deberá hacerse necesariamente en el folio abierto a la construcción o propiedad superficiaria.

El problema puede plantearse si el objeto de la cesión en *leasing* del derecho de superficie es el solar para su edificación y mantenimiento de la posterior propiedad superficiaria. En este caso, deberá hacerse constar la inscripción en el folio del solar, y a su vez abrir uno independiente para la inscripción de la propiedad superficiaria donde a partir de ese momento se recogerá el historial jurídico de la misma en cuanto que constituye objeto de tráfico jurídico independiente (70).

dad urbana común pero a través de la vía legal adecuada, y ello porque consideramos conveniente su inscripción debido a la falta de exteriorización del derecho de superficie.

(70) Con carácter previo a la inscripción, es necesaria la formalización del derecho de superficie y del *lease-back* en escritura pública que creemos debe hacerse de forma conjunta por constituir todo ello una «operación de *leasing*»

Así se procederá a inscribir, en primer lugar, en el *folio matriz* todos los datos del *derecho de superficie*, como la finca sobre la que se constituye, a quien se adjudica, forma y modo de adjudicación, y los caracteres del derecho (como el canon, plazo de duración, fecha de iniciación de las obras, plazo de construcción, actos de disposición del superficiario, reservas de derechos a favor del concedente, extinción del derecho, reversión de la propiedad superficiaria...) y, demás condiciones pactadas en la constitución del derecho.

Posteriormente en otra inscripción, *la declaración de obra nueva* donde se describe minuciosamente *la edificación* que se está llevando a cabo sobre la base del derecho de superficie. Aquí se referencia al tipo de edificación, linderos, superficie, número de plantas, número de viviendas, locales y garaje....

Y después, en inscripción aparte *el contrato de lease-back* sobre dicho inmueble.

Estas dos últimas inscripciones se constatarán en *folio aparte*, porque consideramos necesaria la apertura de folio separado a la propiedad superficiaria con independencia de la inscripción del derecho y de la propiedad superficiaria en el folio matriz. Todo ello en base a los principios inspiradores del Registro, como son los de claridad y descongestión de los folios registrales, y, singularmente el de especialidad. Pues la propiedad superficiaria separada es un nuevo objeto jurídico susceptible de un tratamiento registral diferenciado del conferido al suelo.

En ambos casos, la cesión en *leasing* del derecho de superficie deberá practicarse en asiento independiente y correlativo al de la propiedad superficiaria y contendrá además de los requisitos generales exigidos por la legislación hipotecaria, los específicos que resulten de ambos tipos de contratos, como la duración del arrendamiento financiero, las cuotas, forma y plazo de entrega de las mismas y la resolución del contrato por falta de pago.

Es importante indicar también las condiciones de utilización de la edificación cedida, con sus accesorios en su caso, su destino (71), circunstancias de entrega, responsabilidad en caso de evicción y vicios ocultos (72); deterioro o pérdida total o parcial por caso fortuito y fuerza mayor... (73).

También deberá hacerse constar las cláusulas concernientes a la utilización de hecho del inmueble objeto de la propiedad superficiaria cedida, en cuanto a obras, reparaciones y mejoras (74).

Y, por último, en relación con la opción de compra, deberá expresarse el plazo, requisitos, precio y forma tanto para hacer constar su ejercicio como la cancelación de la misma (75). No obstante, no podemos olvidar que nos encontramos en una operación de *leasing*, lo que supone que además de cancelar la opción de compra, para la finalización de dicha operación, y una vez extinguido el derecho de superficie, posterior en el tiempo a la señalada opción es necesario también proceder a la cancelación del mismo (76).

(71) Pues no olvidemos que el apartado 1º de la Disposición Adicional Séptima señala que los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. Destino: «Durante dicho plazo, el usuario destinará el inmueble únicamente al ejercicio de sus actividades empresariales/profesionales».

(72) Que en este caso la sociedad de *leasing* le subroga al usuario. *Vid.* nota a pie de pág. núm. 81. Cláusula que quizá no siempre sea válida.

(73) *Vid.* nota a pie de pág. núm. 82. Cláusula que quizá no siempre sea válida.

(74) En este caso se pacta la asunción de responsabilidad por el usuario, y la concertación de un seguro. *Vid.* notas a pie de pág. núms. 83 y 84.

(75) *Vid.* notas a pie de pág. núms. 47 a 52.

(76) Una vez ejercitada la opción de compra, y llegado el transcurso del término del derecho de superficie se produce una *cancelación automática* sin consentimiento del titular registral —entidad financiera—, basta con acreditar el hecho extintivo. Si se extingue con anterioridad al plazo pactado es necesario acreditar la causa extintiva.

En el primer supuesto, también consideramos posible la *cancelación de oficio* por el Registrador puesto que se pacta expresamente la duración del derecho y además se constata registralmente en el asiento, siendo improcedente mantener una situación que se encuentra extinguida y determinada de antemano.

IV. EFECTOS DE ESTA OPERACION DE *LEASING*: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

1. INTRODUCCIÓN

Por último, en este epígrafe vamos a exponer brevemente cuales son los efectos de esta operación compleja de *leasing*, pues obligaciones típicas del superficiario se trasladan al usuario por cuestiones financieras típicas de la finalidad de la sociedad de *leasing*. El motivo es que como señala REAL PÉREZ siguiendo a la doctrina del Tribunal Supremo, el *leasing* (aunque se refiere al *leasing* de muebles, es una afirmación válida para el contrato en general) es «un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme» (77). De este modo las obligaciones típicas tanto del cedente del derecho de superficie (78), como del superficiario (79), se van a ver alteradas por los pactos establecidos (80).

(77) Esta afirmación hecha por la propia STS de 26 de junio de 1989 ha sido, y sigue siendo, reiterada por los Tribunales, y con idénticas palabras, en diversas ocasiones. Vid. REAL PÉREZ («El *leasing*». “Un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme”», *op. cit.*, pág. 235).

(78) Resulta conveniente enumerar tanto las obligaciones como los derechos típicos del cedente del derecho de superficie. Así, entre las primeras se encuentran el permitir la construcción y tolerar el alzamiento, así como su mantenimiento antes de su iniciación. Una vez terminada la obra, no podrá construir o hacer las excavaciones superficiales o subterráneas que perjudiquen o dañen la edificación. También deberá pagar los impuestos y arbitrios que afecten al suelo. (IBI en la parte proporcional al suelo.)

En cuanto a los derechos del concedente se encuentra el poder usar en todo momento el subsuelo siempre que no perjudique la edificación, también puede reservarse una utilidad sobre el espacio existente encima de la construcción, además del derecho a la reversión de la propiedad superficiaria, y, los derechos de tanteo y retracto.

(79) En relación con el superficiario debemos distinguir el derecho de goce sobre el fundo ajeno que posibilita su derecho de construir la edificación y mantenerla (lo que supone la reconstrucción del edificio antes del plazo pactado y el derecho del superficiario a sobreedificar o subedificar sobre lo ya edificado). Y, el derecho de propiedad a la construcción superficiaria separada, en base al cual posee la facultad dispositiva (constituir las servidumbres necesarias para la construcción del edificio, derecho de demoler las construcciones existentes, el de ceder la propiedad superficiaria o aportarla en sociedad, o constituir gravámenes sobre la misma), así como el derecho de preferencia a la renovación, y, el derecho a la indemnización tras la reversión.

(80) Generalmente, y como hemos expuesto en el presente trabajo, este tipo de operaciones se pactan con Entidades Financieras en *contratos de adhesión*, y por consiguiente, su contenido se encuentra integrado por un conjunto de cláusulas donde la sociedad de *leasing* aparece en una situación preponderante, y desproporcionadamente beneficiosa, frente al usuario, que no tiene más solución que aceptarlas y adherirse a ellas o no firmar el contrato. De ahí que deba existir un control de las condiciones generales acerca de la validez de dichas cláusulas.

2. INMUEBLE SIN CONSTRUIR

Las obligaciones de las partes son diferentes según la situación en la que se encuentre el objeto de *leasing* —el derecho de superficie y su objeto la propiedad superficiaria separada—, es decir, si el inmueble se ha construido o no.

En el supuesto en que el inmueble esté sin construir la sociedad de *leasing* como superficiaria asume la obligación de construir y mantener la construcción sobre suelo ajeno. De modo que se le hace entrega de la posesión del suelo en base al derecho de superficie para la construcción de la edificación.

No obstante como Entidad financiera que es la sociedad de *leasing*, se establecen una serie de cláusulas por las cuales se exonera de las obligaciones típicas del superficiario, pero que al formar parte de un entramado más complejo —esta concreta operación de *leasing*— tienen su sentido como, por ejemplo, el supuesto de exoneración de responsabilidades derivadas de la construcción (81), y de su mantenimiento (82).

(81) «El usuario, dentro del marco de relaciones bilaterales en que se inscribe el presente contrato, propuso a UNILEASING que en su condición de superficiario de la finca, construyera en ella conforme a proyecto, presupuesto cerrado, Dirección Técnica y Empresa Constructora elegidos por el usuario, lo que UNILEASING aceptó en sus propios y exactos términos, asumiendo a estos efectos obligaciones estrictamente financieras. En consecuencia, el usuario libera a UNINTER-LEASING, S.A. de toda responsabilidad por las condiciones tanto físicas, como legales y registrales del inmueble y su adecuación al fin a que queda contractualmente afectado. Las reclamaciones a que haya lugar por saneamiento, vicios de construcción, defectos de la cosa o causas análogas, deberán ser ejercitadas directamente por el usuario ante la empresa constructora, para lo que UNILEASING le subroga desde ahora en cuantos derechos pudieran asistirle al respecto».

(82) También se pacta que «...Correrán a cargo del usuario las obras que deban realizarse en el inmueble no incluidas en los expresados proyectos y presupuesto, para conservarlo o restituirlo a su integridad, cumplimentar disposiciones administrativas y reparar sus daños y deterioros ordinarios y extraordinarios, así como el pago de cualquier exceso sobre la construcción. Las obras que realice en su caso el usuario no podrán desviar el inmueble de su afectación al exclusivo uso o destino pactado, ni vulnerar los Estatutos de la Comunidad o los Planes Parciales y Generales de Urbanismo que conciernan a la finca. Dichas obras precisarán previa conformidad de UNILEASING cuando modifiquen su estructura y quedarán en todo caso en beneficio del superficiario, sin que éste deba realizar pagos o indemnizaciones por razón de las mismas».

«Se pacta expresamente por las partes que el usuario soportará a su exclusivo cargo, las responsabilidades que según lo dispuesto en los arts. 1.907 a 1.909 del Código Civil pudieran afectar a UNILEASING por su condición de propietario del inmueble, así como los menoscabos, deterioros, daños o siniestros incluso en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, que sufra el inmueble durante el periodo de arrendamiento financiero debiéndolo recuperar a su costa y restituir el inmueble a su integridad.»

3. INMUEBLE CONSTRUIDO

En el *lease-back* con derecho de superficie sobre inmueble construido se suele pactar la entrega de la edificación a la compañía financiera en derecho de superficie, aunque en realidad, la sociedad no recibe la entrega física del citado edificio, sino que el arrendatario financiero, antiguo propietario, se convierte directamente en usuario del bien.

En general, la razón del traslado de todo riesgo, e incomodidad del superficiario al usuario en relación con la propiedad superficiaria objeto del contrato de arrendamiento financiero, se encuentra no sólo en que la operación de *leasing* tiene como principal objetivo un carácter financiero, sino también en que en base precisamente a la posesión inmediata del usuario del bien, es necesario pactar en su contra los riesgos del deterioro e incluso del perecimiento de la edificación (83).

Podría pensarse que esta asunción de riesgos en casos tan extremos deberían ser nulos, pero sus efectos están suavizados por la obligación de la concertación de un seguro que cubre el importe de lo adeudado al concedente del *leasing*. De esta manera, producido el siniestro suele estar pactado que el importe pagado por el seguro se destinará a la reconstrucción de la propiedad superficiaria, obligando incluso al usuario a completar a sus expensas lo que sea necesario para la reconstrucción (84).

(83) «Para garantizar a UNILEASING el cumplimiento de las obligaciones de reparar y restituir, el usuario suscribirá y mantendrá en vigor a su cargo, hasta la restitución del inmueble a UNILEASING una póliza de seguro de incendio, destrucción y daños del inmueble, por el valor que en cada momento tenga el mismo, con un mínimo actual de pesetas...»

(84) «La Póliza de Seguros contendrá una cláusula de cesión irrevocable de la indemnización a UNILEASING, quien una vez reparados los efectos del siniestro por el usuario, entregará a éste el importe de la indemnización percibida de la compañía aseguradora.

La duración del seguro será igual a la del presente contrato, y no se podrá efectuar ninguna anulación ni reducción del capital asegurado y riesgo cubierto por la póliza de seguros sin la previa autorización de UNILEASING. Al producirse algún siniestro de la importancia que fuera, el usuario informará a UNILEASING en el plazo máximo de diez días, mediante envío de una copia del parte que curse a la compañía aseguradora, y en cuya tramitación el usuario habrá de poner la debida diligencia, siendo responsable de los perjuicios que en caso contrario puedan producirse.

En caso de siniestro parcial y si la indemnización fuera insuficiente para pagar la reparación o reconstrucción, el usuario correrá con la diferencia, incluidos los impuestos correspondientes.

Si el siniestro fuere total y se destruyese totalmente el inmueble objeto del contrato, el usuario completará a sus expensas el importe de la indemnización del seguro, hasta pagar a UNILEASING la totalidad de las cuotas pendientes (incluido el IVA) más el importe fijado para el ejercicio de la opción de compra; en el momento del pago se descontarán al usuario las cargas financieras pendientes.

En último término cabe señalar que otra obligación típica del superficiario es la de pagar los impuestos referentes a la construcción, pero en este caso se trasladan al usuario (85).

Hasta aquí hemos visto como la sociedad de *leasing*-superficiaria se exime de responsabilidades y cómo el usuario asume determinados riesgos y obligaciones como consecuencia de la finalidad financiera de la operación de *leasing*.

A continuación vamos a analizar los efectos que produce el incumplimiento del usuario en relación con el pago del contrato de *leasing*, que incluido en la operación de *leasing*, supone su extinción. Podemos distinguir entre un retraso en la obligación del pago (86), y la falta de pago. En este último caso se derivan efectos en relación con el precio contractual del arrendamiento financiero y (87), además supondrá la extinción del contrato (88).

Si la indemnización del seguro cubriera en exceso las cantidades anteriores, la diferencia será entregada por UNILEASING al usuario. El solar resultante y demás elementos comunes pasarían en ambos casos a ser propiedad del usuario, siendo de su cuenta y cargo todos los gastos e impuestos de su transmisión, incluido el Impuesto Municipal sobre el incremento del Valor de los Terrenos.

Sin embargo, el usuario podrá optar, si así lo desea, por la reconstrucción a sus expensas del inmueble o reedificación de uno nuevo de valor equivalente. En este caso UNILEASING hará entrega al usuario del importe de la indemnización del seguro, una vez concluida la reconstrucción.

La producción de cualquiera de los supuestos mencionados en este número no interrumpirá la obligación del usuario de atender el pago de las cuotas pactadas»

(85) «Corresponde al usuario el pago de los impuestos, contribuciones, tasas y arbitrios que graven el inmueble y correspondan al periodo de arrendamiento financiero, así como los gastos de la Comunidad de Propietarios que se produzcan en dicho periodo. Corresponde asimismo al usuario el cumplimiento de cualquier obligación (incluso las de carácter tributario y formal) que afecten o se relacionen con la propiedad del inmueble. UNILEASING podrá visitar en cualquier momento el inmueble, así como exigir del usuario la justificación de hallarse al corriente en el pago de las obligaciones que por cualquier concepto asume en este contrato.»

(86) «El retraso en el pago de las cantidades que, por razón de este contrato, acredite UNILEASING frente al usuario, causará un recargo de demora del tipo del dos por ciento mensual de la cantidad de que se trate, a contar desde el momento en que su pago debió producirse.»

(87) «La falta de pago de cualquiera de las cuotas del precio del arrendamiento financiero —incluida la correspondiente repercusión del Impuesto— facultará a UNILEASING para, a su elección: A) Considerar vencido el precio contractual del Arrendamiento Financiero, anticipándose así la exigibilidad de las cantidades que debieran ser de otro modo pagadas durante el periodo contractual aún no transcurrido. Del precio contractual en cuestión se deducirán por tanto los importes de las cuotas efectivamente pagadas por el usuario, así como las cargas financieras de las cuotas pendientes de vencer. La cantidad resultante tendrá carácter de líquida y exigible y devengará un interés de demora del 2% mensual.»

(88) «... B) Considerar extinguido el arrendamiento financiero y exigir del usuario la inmediata entrega posesoria del bien objeto del contrato, así como el pago de las

No obstante la sociedad financiera también podrá imponer la resolución del contrato, por el incumplimiento de la obligación de afectar el inmueble a la finalidad pactada o en caso del impago de las primas de seguro.

En estos casos se trata de cláusulas penales que sustituyen habitualmente a la indemnización de daños y perjuicios. Su misión consiste en reforzar el vínculo, de modo que el usuario cumpla sus obligaciones. Los efectos que producen se traducen en una agravación de la responsabilidad del deudor que lleva consigo la posible aplicación del artículo 1.154 del CC.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar el presente estudio, solamente nos queda reiterar que en esta operación compleja de *leasing* las cuestiones importantes a tener en cuenta son las siguientes:

- La concesión del derecho de superficie no es un contrato accesorio sino el presupuesto necesario para que el bien pueda ser concedido en arrendamiento financiero.
- La sociedad de *leasing*, financiera por antonomasia, al obtener la propiedad superficiaria separada del suelo, tiene la garantía del crédito otorgado al usuario. De forma que el derecho de superficie, se concede sin sujeción a ninguna condición ni cláusula especial, pues la cuestión principal es el contrato de *leasing*, y, consiguientemente, la finalidad principal se centra en la readquisición del bien tras la devolución del crédito.
- La compañía de *leasing*-superficiaria, que no aparece únicamente como una mera intermediaria financiera sino como una auténtica adquirente del bien (tanto en el edificio construido como en el edificio por construir), en este caso es una propietaria superficiaria. No obstante, en las cláusulas pactadas en contratos de adhesión, evita asumir riesgos y responsabilidades que deposita en el usuario.
- El usuario, que conserva la propiedad sobre el suelo, consigue principalmente un ahorro importante en la tributación indirecta de la operación cuya base imponible será únicamente el importe del derecho de superficie. (Aunque generalmente el importe según la minuta es testimonial pues el contrato central es el de *leasing*.)

cuotas vencidas e impagadas más su correspondiente recargo por demora. La extinción deberá ser comunicada fehacientemente al usuario, quien en el plazo de diez días a contar desde la recepción de dicha notificación podrá enervarla poniéndose al corriente de pago de sus obligaciones, incluidos los intereses de demora correspondientes y los gastos de la notificación.»

En ambos casos hay una financiación parcial del inmueble, en el primero concretada a la construcción del edificio, y en el segundo caso concretada a la edificación.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Doctora en Derecho

VI. INDICACION BIBLIOGRAFICA

- AMORÓS GUARDIOLA, «El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 774 y sigs.
- «El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», en *RCDI*, 1985, págs. 863 y sigs.
- BENAVIDES DEL REY, «Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980», en *RCDI*, núm. 558, septiembre-octubre 1983, págs. 1207 y sigs.
- BRANDT, «El crédito-alquiler inmobiliario y la publicidad registral», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 846 y sigs.
- CASADO BURBANO, «El *lease-back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 858 y sigs.
- DE PRADA GONZÁLEZ, «Observaciones en torno a algunas cláusulas de los contratos de *leasing*», en *Homenaje a Vallet*, tomo II, Madrid, 1988, pág. 639.
- DÍEZ MONTERO, «Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de Leasing, emitido a encargo de A., S. A.», en *RCDI*, núm. 560, enero-febrero 1984, págs. 153 y ss.
- FELIÚ REY, «Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease-back* o "leasing de retorno"», en *AC*, núm. 23, 6/12 de junio de 1994, págs. 429 y sigs.
- GARCÍA SOLÉ, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario», en *AC*, núm. 8, 21/27, febrero 1994, págs. 133 y sigs.
- GARRO, «El *leasing* inmobiliario: Algunos problemas jurídicos que se plantean en el Derecho argentino», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 876 y sigs.
- MANZANO SOLANO, «La inscripción del *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad», en *Jornadas del leasing sobre inmuebles*, Consejo General del Notariado, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1991, págs. 177 y sigs.

- «Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero», en *RCDI*, núm. 611, julio-agosto, Madrid, 1993, pág. 1783.
- MENÉNDEZ, «El *leasing* inmobiliario y sus repercusiones jurídico-fiscales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 894 y sigs.
- REAL PÉREZ, «El *leasing*. "Un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme"», en *PJ*, núm. 19, 1990, pág. 235.
- «*Leasing* y compraventa: Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990», en *RFDUCM*, núm. 76, págs. 347 y sigs.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «Problemas jurídicos del "leasing" inmobiliario», en *AAMN*, t. XXVII, págs. 83 y sigs.
- RUEDA PÉREZ, «Aspectos sustantivos del leasing sobre inmuebles», en *Jornadas sobre el leasing de inmuebles*, Consejo General del Notariado, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1991, pág. 99.
- UNILEASING, *Manual de operaciones de Leasing Inmobiliario*, Ed. Corporación Financiera Hispamer, 3.ª ed., 1992, Madrid.
- VILLARMAZO GARCÍA, «Comentarios sobre la figura del *leasing* inmobiliario en Puerto Rico y sus repercusiones», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 986 y sigs.
- ZAYAS SANZA, «El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario», en *RJC*, 1983, págs. 479 y sigs.

Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LA NULIDAD DE LA VENTA DE COSA AJENA POR FALTA DE OBJETO. CRITICA.—3. LA ANULABILIDAD DE LA VENTA DE COSA AJENA: 3.1. POR «ERROR IN DOMINIO». 3.2. POR DOLO.—4. LA VALIDEZ DE LA VENTA DE COSA AJENA COMO EXIGENCIA DE SISTEMA.

1. PLANTEAMIENTO

El problema del tratamiento jurídico que merece la venta de cosa ajena, aun siendo un tema clásico en nuestra doctrina, sigue estando de actualidad como lo demuestran los numerosos trabajos que sobre el tema recientemente se han publicado, importancia que también se percibe en los repertorios de jurisprudencia. Sin embargo, aun cuando se afirme que hoy es mayoritaria la doctrina partidaria de su validez, lo cierto es que si se analizan instituciones conexas, como son la noción de justo título para la usucapión ordinaria, el saneamiento por evicción, la organización de nuestro sistema registral y, concretamente, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, se pueden apreciar posiciones contradictorias.

Aunque en todo problema jurídico planteado hay que tener muy presente el conflicto de intereses que en cada caso tiene lugar, la solución que debe recibir la venta de cosa ajena (1) en nuestro ordenamiento tiene mucho que ver con el sistema de transmisión de los derechos reales adoptado, como lo

(1) Al tratar tanto de la venta de cosa ajena como de la venta de cosa común por un comunero aislado, me refiero exclusivamente al supuesto de vendedor *non dominus* que contrata en nombre propio. Si actúa en nombre del dueño y carece de poder de representación, entramos en el terreno del negocio representativo que presenta una problemática bien distinta que queda fuera del objeto del presente trabajo, pues no se trata de un problema de poder de disposición, sino de una patología de puro consentimiento contractual (art. 1.259 CC).

demuestra el hecho de que las distintas soluciones que ha recibido en otros ordenamientos se derivan de los distintos sistemas de transmisión adoptados.

El párrafo segundo del artículo 609 CC establece que «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten (...) *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*». Si bien la fórmula empleada por el artículo 609 es imprecisa en todos sus extremos, ya que no se señala qué contratos producen, mediante la tradición, la transmisión del derecho real, ni la relación que media entre esos ciertos contratos y lo que ha entendido el Código por tradición, es prácticamente unánime la doctrina que afirma para nuestro sistema la insuficiencia del contrato para operar por sí solo las mutaciones jurídico reales. Por otro lado, es generalmente admitido que la compraventa regulada en nuestro Código Civil es meramente obligacional, de estructura netamente romana, que sólo requiere, como dispone el artículo 1.457 CC, capacidad para obligarse e incluso para no pocos autores, la compraventa no genera para el vendedor obligación de producir el efecto traslativo (2). Sin embargo, algún sector de nuestra doctrina y también sentencias del Tribunal Supremo, aun partiendo de estos planteamientos, siguen declarando la nulidad de la venta de cosa ajena, o la declaran válida y, en cambio afirman, tan tajante como contradictoriamente, la nulidad de la venta de cosa común por uno de los comuneros, posiciones que de ser correctas dejarían, por ejemplo, prácticamente vacía de contenido a la usucapión ordinaria, institución que, como entiende mayoritariamente la doctrina (3), viene a purgar la ausencia de poder

(2) Así lo entienden ALBALADEJO, «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, 1947, pág. 447; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 178; MORALES MORENO, *Comentario del Código Civil*, op. cit., pág. 936; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Madrid, 1944, pág. 12; ROCA SASTRE, «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1948, pág. 377, entre otros. Por su parte, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. X, Madrid, 1950, pág. 33, señala que «la compraventa en nuestro Derecho ni siquiera puede decirse que produzca la obligación de transmitir el dominio, sino únicamente la posesión de la cosa». No obstante, este autor parece mantener la posición contraria en otros lugares de su obra, *op. cit.*, págs. 153 y 200.

(3) Que la usucapión es un modo de adquirir a *non domino* que viene a purgar la falta de poder de disposición del transmitente es un extremo sobre el que existe práctica unanimidad doctrinal. Así, GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1875, pág. 46, califica la usucapión como modo de adquirir cosa ajena; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1.º, Barcelona, 1990, pág. 210; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, Madrid, 1978, pág. 625; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XXV, Madrid, 1993, pág. 325; LUNA SERRANO, *Comentarios al Código Civil (art. 1.952)*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 2127; J. MIQUEL, «Compraventa y transmisión de la propiedad», *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor MURGA GENER*, Madrid, 1994, pág. 593; MORALES MORENO, «La

de disposición del transmitente y que requiere para su operatividad de un justo título que, como dispone el artículo 1.953, «ha de ser verdadero y válido».

A mi juicio, el fundamento de la validez de cosa ajena para nuestro Derecho se encuentra en el propio sistema de transmisión de los derechos reales que declara la insuficiencia del contrato para la producción de los efectos reales (art. 609 CC) (4). De ahí que la solución adoptada no haya sido la misma en ordenamientos que, por establecer la transmisión por el solo consentimiento (art. 1.138 *Code*), consideran el contrato como negocio de disposición; por ello el artículo 1.599 del *Code* declara nula la venta de cosa ajena (5). En este sentido, resulta reveladora la reforma que en este punto se ha llevado a cabo en Italia en el Código Civil de 1942 que ha creado una «venta obligatoria» no dispositiva que posibilita la validez de la venta de cosa ajena, no derogando pero sí excepcionando en determinados supuestos la actuación del sistema de transmisión *solo consensu*. La regulación de la venta de cosa ajena en el *Codice* de 1942 constituye, a mi juicio, una muestra de que la solución

inscripción y el justo título de usucapión», *ADC*, 1971, pág. 1129; JORDANO FRAGA, «Doble venta, venta de cosa ajena, adquisición "a non domino", responsabilidad por evicción. Comentario a la Sentencia de 4 de marzo de 1988», *ADC*, 1989, pág. 1357, nota 3.

(4) Más exactamente CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, 1995 (en prensa).

(5) Resulta llamativo, sin embargo, el silencio acerca de la venta de cosa ajena en el Proyecto de GARCÍA GOYENA. No parece existir mucha sintonía entre el sistema de transmisión consensual que el Proyecto establece (arts. 548 y 981) y la regulación que luego hace de la compraventa. Efectivamente, la compraventa viene diseñada en el Proyecto como un contrato consensual, obligacional (art. 1.367) y que genera para el vendedor la obligación de entrega y saneamiento de la cosa vendida (art. 1.387), sin que tampoco venga expresamente establecida la obligación del vendedor de transmitir la propiedad al comprador (el propio GARCÍA GOYENA, en el comentario al art. 1.397, niega que exista tal obligación). Como ha puesto de relieve ALBALADEJO («La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, 1947, pág. 469). la regulación de la compraventa en el Proyecto de 1851 se corresponde, al igual que la de nuestro Código Civil, con la romana. Sin embargo, con una alteración sustancial del sistema de transmisión de los derechos reales. El silencio legislativo acerca de la venta de cosa ajena debiera entenderse favorable a la nulidad como hiciera el legislador francés dada la consideración del contrato como modo de adquirir y, por tanto, consecuencia de la máxima *nemo dat quod non habet*. Sin embargo, no pareció ser esta la solución que estaba presente en la mente de GARCÍA GOYENA, que expresamente declara en el comentario al artículo 1.367, al tratar de la obligación del vendedor de entrega y saneamiento de la cosa vendida, que «el vendedor responde al comprador de la posesión pacífica de la cosa porque la venta de cosa ajena es válida» (GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, Madrid, 1852, 359). Existe, pues, una falta de concordancia entre el sistema de transmisión de los derechos reales de inspiración francesa y la configuración de la compraventa derivada de las Partidas puramente romana y basada, como tal, en un sistema de transmisión opuesto al consensual.

que debe recibir la venta de cosa ajena se encuentra en el sistema de transmisión de los derechos reales y no en la teoría general del contrato.

En nuestro Código Civil no hay una referencia expresa a la venta de cosa ajena y, sencillamente, creo que no hacía falta dado nuestro sistema de transmisión que, como en el Derecho romano, niega al contrato virtualidad dispositiva y configura la venta como negocio obligacional (6). Además, la validez de la venta de cosa ajena viene, a su vez, exigida por la mera presencia en sede de compraventa del saneamiento en caso de evicción, que constituye una de las obligaciones del vendedor y presupone asimismo un contrato válido de venta de cosa ajena (7). De ahí que el mantenimiento de dicha obligación típica en los sistemas de transmisión *solo consensu* desnaturalice la función

(6) Así se configuró la compraventa, y en general el sistema, en las Partidas, a imagen y semejanza de la compilación justinianeas. En la Partida 5.5.8 se considera la venta como un contrato consensual y simplemente obligatorio. No establece expresamente la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa vendida, a diferencia de la mención a la obligación del vendedor de sanear en caso de evicción que viene establecida en Partida 5.5.32. La validez de la venta de cosa ajena está expresamente consagrada en Partida 5.5.19: «Cosa ajena vendiendo un ome a otro, valdra la vendida Pero aquel que tal compra faze, o sabe que aquella cosa, que assi compra, que non es de aquel que gela vende, o creya que es suya E si sabe que es ajena, maguer que la torne despues por juicio a aquel cuya es, non es tenuto el vendedor de tornarle el precio; fueras, si quando gela vendio, se obligo que lo tornasse, si aquel cuya era aquella cosa la demandasse, e la cobrasse Mas si non supiesse el comprador que era la cosa ajena quando la compro, estonce non seria el vendedor tenuto tan solamente de pechar el precio, mas todos los daños, e los menoscabos que le viniesen por rason de aquella vendida que le fizo». Como ha señalado MÉNDEZ APENELA, «La venta de cosa ajena», *Homenaje a Juan Berchams Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1990, pág. 629, «los redactores castellanos asocian y relacionan la declaración de validez de la venta de cosa ajena con la responsabilidad por evicción del vendedor (Part. 5.5.19) y las posibilidades de usucapir (Part. 5.5.54)». Sobre la regulación de la compraventa en las Partidas, ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, «La compraventa en las Partidas», *Centenario de la Ley del Notariado*, II, Madrid, 1965, págs. 341 y sigs., quienes ponen de relieve la estrecha conexión de la regulación de la compraventa en las Partidas y la *Summa Codicis* de Azón.

(7) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bologna, 1993, pág. 266; GAYOSO ARIAS, «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», *RDP*, 1921, pág. 226; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 888; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pago y transmisión de la propiedad (el art. 1.160 CC)*, Barcelona, 1990, pág. 170; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990, pág. 56; DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario a la Sentencia de 14 de marzo de 1983», *CCJC*, núm. 2, 1983, pág. 470; MERINO GUTIÉRREZ, «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, 1995, págs. 2 y sigs.; VERGA, *Errore e responsabilità ni contratti*, Padova, 1941, pág. 303: «Evicción y nulidad de la venta de cosa ajena son términos absolutamente contradictorios» En contra, MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. 1.º, 6.ª ed., revisada por Bloch, Madrid, 1969, pág. 51.

transmisiva prevista como regla y algún autor haya abogado por su supresión (8).

No obstante, el hecho de que en nuestro Derecho el contrato intervenga en el proceso transmisivo como causa de la atribución patrimonial consumada por la tradición ha envuelto de confusión la disciplina de la venta de cosa ajena por entenderse que la compraventa es, en cierto modo, también negocio de disposición (9). A mi juicio, la particularidad de nuestro sistema, y de ahí su dificultad, reside en que el mantenimiento de la distinción de origen romano entre negocios de obligación y de disposición se hace desde un planteamiento causal, lo que nos diferencia del sistema alemán en el que dicha delimitación también está presente, si bien los negocios obligacionales se hallan desligados del proceso transmisivo, como impone la abstracción consagrada en el BGB. Por ello, en nuestro Código Civil existe una categoría intermedia entre los negocios meramente obligacionales y los dispositivos, como son los que se han venido denominando *contratos traslativos del dominio*, los cuales participan de la naturaleza de las obligaciones (en el sentido de generar obligaciones y no derechos reales), pero intervienen en el *iter* transmisivo porque albergan la voluntad de las partes de transferir y adquirir el derecho real que se consumará con el acto dispositivo traditorio (10). Pero esta circunstancia, consecuencia de la causa-

(8) En este sentido se han manifestado RICCA-BARBERIS, *Trattato dela garanzia per evizione*, Torino, 1958, pág. 229; DE MARTINO, voz «EVIZIONE. Diritto civile», *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, Torino, 1964, pág. 1050; RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, pág. 153.

(9) Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 (Ar. 7189), aunque no contempla un caso de venta de cosa ajena, es contundente en este sentido: «La venta es, por definición, un acto de enajenación, puesto que su finalidad es la traslativa de dominio que se consuma mediante la entrega de la cosa, obligación que el vendedor contrae, establecida en los artículos 1.461, 1.468 y 1.096 CC, consecuente a su naturaleza de acto de disposición, por lo cual el contrato que se asimile a la compraventa también constituye un acto de disposición o enajenación». Asimismo, en la Sentencia de 22 de marzo de 1993 (comentada por Díez Soto, *CCJC*, núm. 31, 1993, págs. 309 y sigs.) el Tribunal Supremo declara nula una compraventa por falta de poder de disposición de la vendedora. También, ferviente defensor de la naturaleza dispositiva de la compraventa es GIMÉNEZ ROIG, *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa* (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición que el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el Juez e incondicionada cuando el vendedor está desposeído), Madrid, 1991, pág. 393.

(10) Por el contrario, LARRONDO LIZARRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, .. op. cit., pág. 570, acude para determinar la naturaleza traslativa o meramente obligacional de la compraventa a la polémica acerca de la existencia o no de obligación de transmitir la propiedad en la compraventa. A mi juicio, el que exista obligación de transmitir la propiedad en la compraventa no convierte al contrato en negocio dispositivo. Esta circunstancia tendrá repercusión a la hora de valorar si la falta de poder de disposición del transmitente ha provocado o no una

lidad de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales, no convierte a los mencionados contratos en negocios de disposición, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 609 no son suficientes para producir el efecto transmisivo (aunque el vendedor sea dueño, y ello a diferencia del sistema italiano actual) y, por ende, no requieren el poder de disposición del transmitente.

El hecho de que los mencionados contratos participen en el proceso transmisivo ha dado pie a interpretaciones que niegan la validez de la venta de cosa ajena, doctrinas que, a mi juicio, prescinden arbitraria y peligrosamente de lo dispuesto en el artículo 609 CC y, *de facto*, imponen la vigencia del sistema de transmisión *solo consensu* al justificar la nulidad de la venta de cosa ajena en la regla *nemo dat quod non habet* (11). En este

patología en la consumación del contrato. Tampoco comparto la afirmación de este autor cuando altera la naturaleza del contrato de compraventa en función de que haya habido o no cumplimiento inmediato. Así, afirma que «habitualmente la celebración y consumación de la compraventa coinciden en el tiempo, celebrándose un contrato real, traslativo del dominio, que exige la propiedad del vendedor y su ejercicio de la facultad de libre disposición sobre la cosa vendida, por lo que careciendo de estos elementos el coheredero que contrata sin el consentimiento de sus partícipes, el negocio celebrado es nulo de pleno derecho» (*op. cit.*, pág. 572). Esta solución me parece arbitraria pues hace depender la naturaleza de la venta —y por tanto sus posibilidades de impugnación— del hecho de que haya habido o no consumación inmediata. A mi juicio, la venta es un negocio obligacional, haya existido o no ejecución inmediata, pues en ambos casos es la tradición la responsable del efecto transmisivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 CC. De lo contrario, si se estima que por el hecho de que haya habido entrega inmediata «la compraventa es obligacional y dispositiva» (*op. cit.*, pág. 562), el hecho contingente de la inmediatividad del cumplimiento de la prestación convierte al poder de disposición en requisito de perfección del contrato, llegando incluso esta circunstancia, como señala este autor, a alterar la causa del contrato de compraventa: «Cuando la compraventa celebrada sea obligacional y dispositiva a la vez, por estar acompañada de cumplimiento simultáneo de la cosa y precio, la causa para cada contratante es la prestación de la otra parte. Por esta razón, la compraventa dispositiva de un coheredero sobre bienes hereditarios indivisos es nula porque carece de causa, ya que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, careciendo aquél del dominio exclusivo y facultad dispositiva» (*op. cit.*, pág. 562).

(11) En este sentido, en la STS de 5 de julio de 1976 (ponente: Beltrán de Heredia y Castaño, Ar. 3329) se acusa la influencia que han ejercido en nuestra doctrina y jurisprudencia las construcciones extranjeras respecto de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena. «La doctrina jurisprudencial que se alega acerca de la nulidad de esta clase de ventas, contenida en las sentencias que se citan, inspirada en la vieja doctrina científica que tanto en España como en el extranjero se construyó en torno del artículo 1.599 CC francés, fue superada posteriormente, sosteniéndose su validez científicamente, siguiendo la directriz de los autores alemanes e italianos, con apoyo en algunos texto romano (D. 18.1.28; la nueva redacción del Código italiano de 1942) que en el artículo 1.478 la permite expresamente, suprimiendo la nulidad que decretaba el de 1865 y la falta de argumentos legales sólidos en nuestro sistema que se compagina más bien con la nueva corriente, habida cuenta el carácter meramente obligacional de la compraventa —el vendedor no da, sino que se obliga a hacerlo—, sin que exista

sentido hay que destacar la opinión de FALCÓN, quien directamente admite para nosotros el sistema *solo consensu* con todas sus consecuencias. Afirma este autor con respecto a la definición del contrato de compraventa del artículo 1.445 CC que «las definiciones modernas del contrato de compraventa se resienten todavía de la influencia de las doctrinas romanas y anuncian la distinción puramente formalista de título y modo. Esas definiciones niegan en realidad al contrato de compraventa su naturaleza de título traslativo del dominio y parecen hacer depender de un acto posterior la transferencia del dominio de las cosas, cuando esto no es exactamente cierto en Derecho moderno. El mismo Código francés, propagador de la definición moderna, lo reconoce así cuando inmediatamente después de definir la venta declara: que *es perfecta entre las partes y la propiedad queda adquirida de derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que se conviene en la cosa y en el precio, aunque la primera no se haya entregado ni pagado* (art. 1.583 Code). Casi en los mismos términos configura nuestro Código (art. 1.450) la doctrina del Código francés» (12). Esta equiparación de nuestro sistema al francés es llevada por este autor a sus últimas consecuencias cuando trata de la capacidad necesaria para celebrar el contrato de compraventa regulada en el artículo 1.457 CC. Así, señala que «no es cierto, como el Código afirma, que pueden celebrar el contrato de compraventa todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse. Esta afirmación sería exacta en cuanto a la persona del comprador, pero no lo es en cuanto a la persona del vendedor. Para vender legalmente se necesita algo más que capacidad para obligarse: se necesita tener dominio y libre disposición en las cosas que han de ser materia del contrato. Quien sin tener el dominio en una cosa y facultad para disponer libremente de ella otorgase su venta, celebraría un contrato perfectamente nulo, por más capacidad para obligarse que tuviera; porque la venta es una transmisión del dominio de las cosas, y quien no lo tiene no lo puede transmitir a tercero» (13).

precepto alguno que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida y donde caso de ser ajena surgirá el derecho a la pertinente indemnización o al saneamiento si es reivindicada por el verdadero dueño (art. 1.475 CC), lo que es efecto del contrato, no de su nulidad, al margen de la posibilidad del comprador en este caso de adquirir por usucapión la cosa comprada».

(12) FALCÓN, *Código Civil español*, t. IV, Madrid, 1889, pág. 209, y también en *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, Barcelona, 1893, pág. 194.

(13) FALCÓN, *Código Civil español*, cit., pág. 213.

2. LA NULIDAD DE LA VENTA DE COSA AJENA POR FALTA DE OBJETO. CRÍTICA

Esta discutible forma de pensar (que pone de manifiesto la nociva influencia doctrinal francesa en cuestiones en las que claramente nuestro Código se separa del francés), aunque no formulada en los mismos términos, se evidencia en algunas resoluciones judiciales y opiniones doctrinales que consideran nula la venta de cosa ajena *por falta de objeto* (14).

A este respecto conviene destacar la doctrina sustentada por la Sentencia de 9 de mayo de 1980 (ponente: Sánchez Jáuregui, Ar. 1790), que incluye expresamente el poder de disposición como elemento integrante del objeto del contrato de compraventa (15). En este sentido, afirma el TS que «sin

(14) MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. 1.º, 6.ª ed., revisada por Bloch, Madrid, 1969, pág. 51, quien después de sostener que «la compraventa en nuestro Derecho ni siquiera puede decirse que produzca obligación de transmitir el dominio, sino únicamente la posesión de la cosa» (*op. cit.*, pág. 45), afirma con respecto de la venta de cosa ajena que «desde luego no es válida porque la venta representa una transmisión de derecho, y mal puede transmitir lo que no tiene». Así, VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. III, Valladolid, 1937, pág. 387: «En el Derecho moderno, como la venta transfiere la propiedad no puede haber venta de la cosa que no le pertenezca a uno, *nemo dat quod non habet*. El Código Civil nuestro no se ocupa de esta hipótesis, pero se deduce de sus disposiciones que la venta de cosa ajena no transfiere el dominio». MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XXIII, Madrid, 1906, pág. 275, afirma respecto de la venta de cosa ajena que «no hay transmisión de la propiedad al comprador de la cosa vendida por falta de objeto y por el principio *nemo dat quod non habet*». Este autor traslada sin más a nuestro Derecho la solución francesa sobre la venta de cosa ajena que considera más moderna y adelantada (*op. cit.*, pág. 273). Por su parte, COSSÍO Y CORRAL, *Dictámenes civiles*, Salamanca, 1981, pág. 147, también se pronuncia en favor de la nulidad de la venta de cosa ajena, lo que resulta sorprendente, pues previamente sitúa la patología que genera la falta de poder de disposición en la tradición. Los hechos sobre los que se pronuncia este autor consistieron en una venta de un bien ganancial por el marido tras el fallecimiento de su esposa y sin que se hubiera procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales. Para la resolución del supuesto, COSSÍO Y CORRAL distingue el problema de la validez o no del contrato de la validez de la transmisión. Señala en este sentido que «para que la transmisión hubiera podido operar sería necesario contrato válido y tradición eficaz en derecho. Para que la tradición pueda producir una transmisión de la propiedad es preciso que el transmitente tenga la propiedad de la cosa entregada (...). Aunque la posesión se haya transmitido, tal transmisión posesoria no puede operar nunca como verdadera tradición a los fines transmisivos del dominio cuando el que realiza la entrega carece de tal derecho (...). No se ha dado en este caso la tradición transmisiva del dominio por la sencilla razón de que el vendedor no era propietario de la cosa vendida», *op. cit.*, pág. 136. No obstante, posteriormente declara que la venta también es nula por falta de poder de disposición, posición que probablemente favorecería a su cliente pero que no encaja con el encuadre que previamente se hace del problema ni con el que mantiene en *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1975, pág. 354.

(15) Los hechos que enjuicia esta sentencia son los siguientes: En 1961 P. Bernal vende a S. García e I. Calcerrada (demandantes) una mitad de una finca sita en Santa

confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, la compraventa se otorga atribuyéndose la vendedora una titularidad dominical que no ostentaba, y ello no puede menos que trascender a lo que ha de conceptuarse como objeto de la convención, objeto integrado no sólo por la cosa en sentido físico, sino también por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretende operar, habiendo de entenderse en este sentido subsistente la doctrina sentada por esta Sala en sus Sentencias de 27 de diciembre de 1932 y 31 de enero de 1963 caucionadora de que si lo que se pretende es la invalidación de transmisiones por falta de poder de disposición sobre los bienes, tal circunstancia no provoca la nulidad por ilicitud de la causa, sino por falta de objeto, a lo que es de añadir la contenida en la Sentencia de 20 de octubre de 1954, al estimar que no concurren en el contrato todos los requisitos exigidos por el artículo 1.261 CC por no tener realidad el derecho de nuda propiedad de las actoras, que se hace figurar como objeto de la contratación, y sobre el que no puede recaer consentimiento de los contratantes que conocían la carencia de esa realidad (Considerando tercero)» (16).

Cruz de Tenerife. La vendedora no había otorgado escritura pública siendo demandada y condenada a otorgarla. En 1971 el Juez de Primera Instancia de Tenerife otorgó en sustitución de la vendedora la referida escritura pública, que fue autorizada por el Notario de dicha capital. Los demandantes solicitan a los demandados (titulares dominicales de igual régimen de comunidad y proindivisión de la restante mitad indivisa) ejercitar una acción de división común solicitando que se declare que el solar es esencialmente divisible y susceptible de formarse del mismo dos porciones iguales, con aprovechamientos independientes por cada una de las partes. Por su parte, los demandados solicitan que sea desestimada la demanda principal y a su vez reconviene contra los actores solicitando que se declare que la compraventa por la que los actores afirman ser titulares en proindivisión de la mitad de la finca objeto de la litis es inexistente en Derecho por carecer de objeto, ya que P Bernal no tenía la propiedad de la mitad del solar objeto de la compraventa, y se declare que los demandados son dueños absolutos del total solar. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestiman la demanda y estiman la reconversión. Se interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar.

(16) Asimismo, la Sentencia de 23 junio 1951 (Ar. 1882), ante un caso de doble venta en la que el vendedor había ya transmitido la posesión de la finca al primer comprador en documento privado, con respecto a la segunda venta la declara nula (que se formalizó en escritura pública y que fue inscrita en el Registro de la Propiedad) por falta de objeto, «ya que esa falta es de apreciar no sólo en el caso de inexistencia material del objeto, sino también por la imposibilidad jurídica de ser materia del contrato en cuestión la cosa sobre la que se pretende contratar... (considerando quinto)». Esta tendencia jurisprudencial ya se había iniciado con la Sentencia de 11 de abril de 1912 y ha sido seguida por otras muchas: así, la de 26 junio 1924, 27 diciembre 1932 (Ar. 1387), 20 octubre 1954 (Ar. 2636), 1 junio 1948 (Ar. 954), 31 enero 1963 (Ar. 753), 7 abril 1971 (Ar. 2272), 25 febrero 1972 (Ar. 919), 14 mayo 1983 (Ar. 1475), 25 marzo 1988 (Ar. 2475), 11 abril 1992 (Ar. 3096), comentada por CARRIÓN OLMOS, *CCJC*, núm. 29, 1992, págs. 493 y sigs., y 8 marzo 1993 (Ar. 2052), comentada por GORDILLO CAÑAS, *CCJC*, núm. 31, 1993, págs. 265 y sigs.

Al respecto y a mi juicio, no cabe considerar objeto del contrato de compraventa algo (la transmisión de la propiedad) que por sí mismo y aun siendo la cosa propia del vendedor es inhábil para producir. No ocurre lo mismo en los sistemas de transmisión consensual dada la naturaleza dispositiva de la venta (17). De ahí que el artículo 1.470 del vigente Código Civil italiano considere como objeto del contrato de compraventa la transmisión de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho a cambio de un precio. Sin embargo, dada la diversidad de sistemas transmisivos no cabe adoptar idéntica solución en nuestro Derecho, que tan sólo coincide con éstos en que la *finalidad* de la compraventa es la transmisión de la propiedad (18) por estar tendencialmente dirigida a la transferencia del derecho real. Si se entiende el *objeto* del contrato como *finalidad* (lo que nos podría adentrar en su caso más bien en el terreno de la causa) (19), en todos los sistemas transmisivos ésta consiste en la transferencia del derecho real (20). Por ello, creo que

(17) Así lo pusieron de manifiesto los redactores del Código francés, FAURE (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIV, París, 1836, pág. 157: «La loi romaine, permettait de vendre ce dont on n'était pas le propriétaire. Le motif de la nouvelle loi (art. 1.599 Code) est que l'on ne doit pas avoir le droit de vendre une chose quand on n'a pas celui d'en transmettre la propriété. La transmission de la propriété est l'objet de la vente».

(18) En este sentido, ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pág. 128.

(19) ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 2.º, Barcelona, 1989, pág. 262; GETE ALONSO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 473. Desde un planteamiento objetivo, la causa del contrato de compraventa, su función típica, no es tampoco la transmisión de la propiedad, sino más bien, como señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Compraventa...*, cit., pág. 235, «la obligación de entregar una cosa a cambio de la obligación de entregar el precio, pues en Derecho español el contrato se reduce a dar nacimiento de las obligaciones». En este sentido, creo que no cabe tampoco reconducir la patología que genera la falta de poder de disposición a un problema de causa, ya que la no titularidad del vendedor no impide el nacimiento de obligaciones que constituyen la causa del contrato. Todo esto, claro está, siempre que se entienda que la causa constituye un requisito del contrato, ya que la cuestión no es pacífica. Así, lo niegan LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, Barcelona, 1994, pág. 450; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 3.º, Barcelona, 1989, pág. 268, y SANCHO REBULLIDA, «Notas sobre la causa de la obligación», *RGLJ*, 1971, pág. 664. Sin embargo, no han faltado resoluciones judiciales (escasas) que han relacionado el problema de la venta de cosa ajena con el de la causa. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1983 (Ar. 1475), 19 de diciembre de 1985 (Ar. 6603), 25 de marzo de 1988 (Ar. 2475): «La venta de una cosa que no pertenece exclusivamente al transmitente tiene incidencia en la nuclear causa negocial». Sobre la posible ilicitud causal de la venta de cosa ajena con mala fe de ambas partes (*consilium fraudis*), que pretenden perjudicar al *verus dominus*.

(20) El legislador francés creyó innovar más de lo que efectivamente innovó, pues de los discursos preparatorios del *Code* se deduce que fundamentaron la validez de la venta de cosa ajena en el Derecho romano en el sentido de que era un contrato no dirigido a la transmisión de la propiedad. Así, GRENIER (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIV, París, 1836, pág. 192): «Suivant le Droit

no resulta válida la dicotomía *venta obligatoria-no traslativa* y *venta con efecto real-venta traslativa* (21). La esencia del contrato de compraventa, a mi juicio, lo constituye (y ello en todos los sistemas) la intención recíproca de las partes de transmitir y adquirir el derecho real (22) de que se trate, con independencia del momento en que el efecto real se verifique. Pero afirmar la finalidad traslativa de la compraventa no conduce necesariamente a predicar su naturaleza de acto de disposición (23), concepto al que, ahora sí, se contrapone la venta obligatoria. En este sentido, y como ha puesto de relieve GORDILLO, «la admisibilidad de la compraventa de cosa ajena no exige la concepción de la compraventa como contrato no necesariamente ordenado a la transmisión del dominio; deriva, por el contrario, de la distinción entre la eficacia obligacional del contrato y su posterior eficacia traslativa, centrada ésta en torno a la *traditio* o entrega» (24).

Una cosa es afirmar la finalidad *traslativa* de la compraventa como contrato preordenado a la transmisión, y otra muy distinta dotar a la misma de trascendencia real inmediata, es decir, convertirla en acto de disposición, que es lo que se hace cuando se afirma la nulidad de la venta de cosa ajena por falta de objeto (25). Introducir el poder de disposición del transmitente

romain, qui était généralement observé à ce sujet et qui avait force de loi, le vendeur et l'acquéreur pouvaient respectivement vendre et acheter la chose qu'ils auraient su ne pas appartenir au vendeur (...). Cette législation, qui, dans quelques cas, pouvait favoriser des vues imorales, a paru contraire au vrai principe de la vente. Son unique but doit être la translation d'une propriété; or, la vente d'une chose que n'appartient pas au vendeur ne peut être le germe d'une transmission de propriété. Il a donc paru plus conforme à la nature des choses et aux vues saines de la morale d'annuler l'engagement comme vente».

(21) En este sentido, RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 123.

(22) Al igual que en el Derecho romano D. 18.1.80 (LABEÓN): «Nadie puede considerarse que ha vendido aquello cuya propiedad no se quiso que pasase al comprador, porque esto es un arrendamiento u otro tipo de contrato».

(23) Por ello no comparto enteramente la opinión de RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, pág. 110, cuando afirma que «no se puede escindir la voluntad de vender (obligarse a transmitir) y la voluntad de enajenar (transmitir) porque la declaración de voluntad que perfecciona el contrato transmisivo es tanto ejercicio de la autonomía contractual como ejercicio del poder de disposición». Y es que obligarse a enajenar implica obligarse a disponer, lo que implica que la disposición no se ha efectuado todavía. Por lo demás, si obligarse a enajenar implica ejercitar el poder de disposición, éste debiera considerarse requisito de perfección del contrato, lo que se compadece poco con la postura de este autor favorable a la validez de la venta de cosa ajena.

(24) GORDILLO CAÑAS, «Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus*. *Traditio sine causa*. ¿Adquisición de buena fe? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983», *ADC*, 1984, pág. 571.

(25) Así lo han puesto de relieve FERNÁNDEZ ARROYO, «El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena», *RDP*, 1992, pág. 640, y ROCA SASTRE, «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, t. I, pág. 367, al señalar que «una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene finalidad traslativa del dominio,

en el objeto contractual, como ha manifestado FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, «significa tanto como requerir que en el momento del contrato se dieran todos los elementos necesarios para el traspaso del dominio. Y esto no es sostenible en un sistema de título y modo. La ajenidad, se conozca o no, no convierte la cosa en objeto inhábil para la perfección de la compraventa: la cosa existe y sirve, aun siendo ajena, como objeto del contrato» (26). La coherencia con nuestro sistema de transmisión de los derechos reales impone la localización del poder de disposición fuera del ámbito del objeto contractual (27), lo cual parece haber sido la posición de nuestro legislador que omite toda referencia al poder de disposición sobre la cosa como presupuesto del objeto contractual.

En última instancia toda esta controversia se halla inmersa en la incertidumbre existente acerca de lo que deba entenderse por objeto del contrato de compraventa y que viene, a su vez, generada por la dificultad que entraña, con carácter general, el propio concepto de objeto del contrato (28). Así, es hoy mayoritaria la doctrina que entiende como objeto del contrato de compraventa a la cosa, entendiendo por tal todo lo que puede

y otra que un negocio sea de transmisión del dominio», frase que repite textualmente el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1982 (ponente: Fernández Rodríguez, Ar. 2605) en su Considerando tercero.

(26) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *La venta de cosa ajena, ¿validez o nulidad?*, Madrid, 1994, pág. 19, y *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 214. En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1989, pág. 29; CLAVERÍA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1985», *CCJC*, núm. 7, 1985, pág. 2297; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentario del Código Civil*, op. cit., pág. 888; MIQUEL, J. M., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, pág. 1547; RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa*, cit., pág. 368; LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apartencia jurídica*, Barcelona, 1952, pág. 9, FERNÁNDEZ ARROYO, *El problema de la calificación jurídica...*, cit., pág. 656; GAYOSO ARIAS, *Cuestiones*, cit., pág. 228; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, cit., pág. 70; RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 26.

(27) Así lo han puesto de relieve COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, pág. 354, y SALINAS VERDEGUER, «Saneamiento por evicción, doble venta y venta de cosa ajena», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXI, Madrid, 1993, pág. 478.

(28) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil*, vol. 1.º, Madrid, 1993, págs. 197 y sigs., resume la problemática en torno al concepto de objeto del contrato en general. Asimismo, RAMS ALBESA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, págs. 442 y sigs. La STS de 5 de junio de 1978 (Ar. 2219) señaló con relación al objeto del contrato que consiste en «la realidad sobre la que el contrato incide y en relación a lo que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de la naturaleza exterior era procedente del ingenio humano, o en un acto de una persona integrador de la prestación».

estar en el patrimonio y ser enajenado (29), o bien al derecho de propiedad sobre la cosa (30). Otros autores —como es el caso de RUBIO GARRIDO— estiman que el objeto de compraventa «es el programa obligatorio y vinculante que las partes han diseñado en virtud de su autonomía contractual, más su eventual integración en virtud del artículo 1.258 CC. Es decir, consiste en las complejas obligaciones, en cuanto planificadas, de dar (el tipo de la compraventa es causalmente transmisivo) para el vendedor y de atribuir el precio al comprador», y considera la cosa como objeto mediato del contrato en tanto en cuanto ciertas cualidades suyas o su idoneidad para la función que en el contrato se le dé entran en el contenido de la vinculación obligatoria del vendedor (31). Para GAYOSO ARIAS, «objetos del contrato son en gradación esencial: la obligación, de la que resulta el correlativo derecho; la acción positiva o negativa a que el contratante se obliga; la cosa sobre que versa aquélla y cuya obtención inquirimos» (32).

Por su parte el Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de mayo de 1982 (ponente: Fernández Rodríguez. Ar. 2605) (33), señala que «es indiferente que las cosas vendidas sean o no del vendedor, ya que el ser suya o ajena

(29) BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, t. I, Madrid, 1969, pág. 103; FERRANDIS VILELLA, *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus-Lehmann*, t. II-2.º, vol. 1.º, Barcelona, 1966, pág. 32, GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968, pág. 18; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 25. NAVARRO PÉREZ, *La compraventa civil*, Granada, 1993, pág. 185; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 1983, pág. 345; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1982, pág. 135; RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 19.

(30) ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pág. 133.

(31) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 369. Asimismo, F. MENÉNDEZ, «Ensayo sobre la *venditio rei alienae* en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas», *RDP*, 1914, pág. 351; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena*, cit., pág. 68, y JORDANO FRAGA, «Doble venta, venta de cosa ajena, adquisición a *non domino*. Responsabilidad por evicción», *Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988*, pág. 1359.

(32) GAYOSO ARIAS, *Cuestiones...*, cit., pág. 143. En el mismo sentido, M. C. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 210.

(33) Los hechos que enjuicia esta Sentencia son los siguientes: la demandada vendió, con la asistencia de su marido, ocho fincas pertenecientes a una comunidad hereditaria derivada de la herencia de sus padres. La vendedora declaró que las fincas eran de su exclusiva propiedad. En la compraventa se pactó un precio que no fue totalmente satisfecho en el momento de la firma del documento privado. El comprador demandante solicita que se condene a los demandados a recibir el resto del precio y al otorgamiento de la escritura pública. Los demandados reconviene solicitando que se declare nulo o por lo menos anulable el contrato de compraventa por no pertenecer ninguna de dichas fincas a su dominio, haber resultado viciado por error el consentimiento por ella prestado y por carecer asimismo la propia compraventa de objeto cierto. Las sentencias de instancia estimaron la demanda desestimando la reconvencción, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

la cosa vendida no es condición o requisito incorporado al contrato, al limitarse la obligación del que vende a tener como objeto directo e inmediato la prestación, es decir, su actividad propia de suministrar al comprador las cosas especificadas en la compraventa, pero sin ser éstas propiamente objeto directo de la obligación asumida por aquél, puesto que si bien es cierto que en el Derecho romano la obligación del vendedor, que imponía sólo a éste el entregar o apoderar de la cosa vendida al comprador (*vacuum possessionem tradere*) por la invocada circunstancia de la construcción de la compraventa como contrato meramente productor de obligaciones (*inter contrahentes*, mas no *erga dominum*), no impedía la finalidad traslativa del dominio; sin embargo, aquel carácter meramente obligacional de la compraventa determinaba que en relación a la *traditio*, en que había una intención de transferir la propiedad a fin que el comprador se hiciera dueño de las cosas tradidas» (34).

Ciertamente, parece que en los que declaran nula la venta de cosa ajena por falta de objeto subyace una confusión conceptual entre lo que constituye *indisponibilidad legal del objeto* [como acontece con los bienes fuera del comercio o derechos reales indisponibles como es caso del uso y la habitación (art. 525 CC)] y la *ausencia de poder de disposición*. Cuando se trata de un bien fuera del comercio, el objeto del contrato es legalmente imposible por estar vedada su transmisión por la Ley (35). Se produce una inidoneidad del derecho sobre la cosa para ser objeto de un acto de disposición. En este caso no hay cuestión de si existe o no facultad de disponer (36), nos hallamos fuera del campo de los problemas de ausencia de poder de disposición. Por ello, la transmisión de un bien *extra commercium* es nula tanto cuando éste es propio del vendedor como cuando es ajeno. En este sentido, ha señalado RUBIO GARRIDO que «si una venta de cosa ajena se declara nula, porque la cosa no estaba determinada, porque no existía en el momento del contrato o porque era *extra commercium*

(34) Anteriormente, también la Sentencia de 5 de julio de 1958 (ponente: Domínguez de Molina, Ar. 2537) niega que la problemática de la venta de cosa ajena (en el supuesto que enjuicia la Sentencia se trataba de venta de cosa común por un comunero aislado) deba reconducirse al objeto de contrato: «No puede decirse que falta el objeto cierto materia del contrato, pues en el caso de autos la cosa existía determinada y cierta, hasta el punto de que el día del otorgamiento del contrato fue puesto en posesión de ella, lo cual es distinto de que tuvieran o no facultad para disponer de la misma... (Considerando tercero)». También la Sentencia de 31 de julio de 1981 (ponente: De la Vega Benayas, Ar. 5358).

(35) ALEGRE, «La extracomercialidad y sus consecuencias», *RDP*, 1971, pág. 141; RICCA-BARBERIS, «Cosa de otro y cosa fuera del comercio en la venta romana y moderna» (trad. por M. IGLESIAS), *RDP*, 1953, pág. 7.

(36) FERNÁNDEZ DEL POZO, «Derecho real de uso y poder de disposición», *RCDI*, 1988, pág. 93.

(art. 1.271-1.273 CC), la declaración de nulidad se hace no por la ajenidad del derecho vendido, sino porque en estas circunstancias es nulo todo contrato de compraventa e, incluso, del de cosa propia» (37). De esta forma, la función que tendencialmente viene a cumplir la compraventa —como causa de la atribución patrimonial consumada por la tradición o, en su caso, por la usucapión— deviene imposible por mandato legal (así, tampoco son usucapibles, como expresamente dispone el art. 1.936). Por el contrario, cuando el bien es legalmente disponible pero no pertenece al vendedor, no existe imposibilidad del objeto del contrato, pues, como afirma GAYOSO, «se produce tan sólo una imposibilidad relativa y circunstancial en el cumplimiento, pues cabe que la cosa de cualquier modo venga al dominio del vendedor» (38).

Todo ello hay que entenderlo con la necesaria cautela, pues aun cuando se entienda que es el programa obligatorio el que constituye el objeto del contrato de compraventa, tampoco resulta claro cuál sea éste dadas las dudas existentes acerca de la posición deudora del vendedor, concretamente ante la cuestión de si está obligado o no a transmitir la propiedad o el derecho real de que se trate. Si se parte de la solución afirmativa, como he dicho, la venta de cosa ajena no produce una imposibilidad originaria y absoluta de cumplimiento que anule el contrato, pues siempre cabe que el vendedor adquiera el derecho para transmitírselo al comprador. Si se opta por negar la existencia de tal obligación en el vendedor —al menos concebida como una *obligación de resultado*—, con mayor razón habrá que negar la nulidad de la venta de cosa ajena por falta de objeto, pues tampoco formaría parte del mismo la mencionada obligación. Cualquiera que sea la posición que se adopte (que sólo tendrá consecuencias a la hora de valorar si existió o no un válido cumplimiento contractual) (39), la ajenidad del derecho vendido no frustra, en ningún caso, la finalidad tendencialmente transmisiva del contrato, pues mantiene una cierta eficacia real en la medida de que constituye justo título para la usucapión ordinaria. Por tanto, la

(37) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 371.

(38) GAYOSO ARIAS, «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», *RDP*, 1921, pág. 228; MENÉNDEZ, *Ensayo sobre la «venditio rei alienae» en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas*, cit., pág. 350; MENCHEN, «Comentario a la Sentencia de 5 de julio de 1958», *RCDI*, 1959, pág. 696; ROCA SASTRE, *Venta de cosa ajena*, op. cit., pág. 379; FERRANDIS VILELLA, *Anotaciones...*, cit., pág. 33; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1944, pág. 23.

(39) Con razón dice CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual Consecuencias*, Valencia, 1995, pág. 156: «¡Buena sería que quien se obliga a dar algo que no puede dar, o hacer algo que no sabe o no puede hacer, o no hacer algo que ya está hecho y no se puede deshacer, pudiera alegar siempre imposibilidad del objeto del contrato! Habría muy pocos incumplidores».

ausencia de poder de disposición impide la adquisición del derecho real por tradición, pero constituye precisamente el campo de aplicación de la usucapión ordinaria.

3. LA ANULABILIDAD DE LA VENTA DE COSA AJENA

3.1. POR ERROR «IN DOMINIO»

No han faltado resoluciones judiciales que han considerado anulable la venta de cosa ajena por *error vicio invalidante del consentimiento contractual* (*error «in dominio»*). En este sentido, se viene a encuadrar el error sobre la titularidad o poder de disposición del vendedor sufrido por el comprador de buena fe en la norma contenida en el artículo 1.266 CC.

Esta doctrina ha sido sustentada por el Tribunal Supremo en algunas sentencias. Así, la de 8 de marzo de 1929 (ponente: Medina García, *CL*, núm. 41) enjuiciaba un supuesto de adjudicación en pública subasta de unas fincas no pertenecientes al deudor ejecutado que las había enajenado a un tercero dos años antes. El adjudicatario solicita la nulidad de la mencionada venta judicial, a lo que se oponen los demandados alegando la falta de acción por solicitar la nulidad de actuaciones judiciales en las que no fue parte. Los Tribunales de instancia dieron la razón a los demandados y el TS casa la Sentencia en favor del demandante: «según el artículo 1.300 CC pueden ser anulados los contratos en que concurren los requisitos necesarios para su validez si alguno de ellos adolece de vicio que lo invalide con arreglo a la Ley; y ésta, en los artículos 1.265 y siguientes, dispone que será nulo el consentimiento prestado por error referente a la sustancia que fue objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran dado motivo a celebrarlo. Y conforme a dicho texto, es error referente a la sustancia de la cosa y suficiente para invalidar el contrato en que haya concurrido, el error que recaiga sobre lo que es base, materia y motivo a un mismo tiempo para celebrar el contrato, como es en el de compraventa la adquisición de la cosa ofrecida por el vendedor, con obligación de transferir el dominio de la misma al comprador, y para éste el propósito de adquirirla mediante la entrega de su precio cierto, siendo vicioso por error el consentimiento cuando el comprador consiente en recibir cosas y paga su precio, en la creencia de que tiene derecho a transferirle el dominio quien aparece como vendedor, al que paga bajo este error el precio cierto del objeto del convenio». En el mismo sentido, las Sentencias de 11 de abril de 1912, 26 de junio de 1924 (*CL*, núm. 60), 7 de abril de 1971 (Ar. 2272), 15 de octubre de 1973 (Ar. 3797) y 15 de febrero de 1977 (Ar. 367) admiten la posibilidad de incluir en el marco del artículo 1.266 CC la compra de

cosa ajena en determinadas circunstancias. También se pronuncia en este sentido la Sentencia de 6 de julio de 1992 (Ar. 6183).

En el terreno doctrinal, tampoco han faltado autores partidarios de la aplicación de la doctrina del error a la venta de cosa ajena. Destaca en este sentido la opinión de BORRELL Y SOLER. A juicio de este autor, «la creencia equivocada del comprador de que el vendedor es dueño de la cosa que vende podrá ser esencial o accidental, según los casos. Si el comprador pone como condición esencial del contrato la adquisición del dominio de la cosa, aunque sea tácitamente, de tal modo que si hubiese tenido noticia de que el vendedor no era dueño de lo que él compraba no hubiese llevado a efecto el contrato, el error sería esencial y la venta absolutamente nula. Por el contrario, si se conformase con poder disfrutar de la posesión de la cosa, aunque existiese el peligro de perderla, mientras no se cumpliese la usucapión, este error sería incidental con arreglo al § 1 del artículo 1.266 CC. Creemos que la gran mayoría de compradores, si se les consultase, harían condición *sine qua non* de la compra que ésta les atribuyese el dominio de la cosa y no considerarían válida la compra que no les proporcionase ese derecho; por lo que, salvo contadas excepciones, debe presumirse que el error de creer que la cosa que compran es del vendedor, no siendo esto cierto, lo tendrían por error sustancial privativo del consentimiento; porque era relativo a la condición que dio principalmente motivo para celebrar el contrato y que no lo hubiesen celebrado en caso de haber tenido conocimiento cierto acerca de este extremo» (40). Asimismo, participa de esta opinión ALONSO PÉREZ, pero de forma matizada: «en abstracto no parece tener relevancia el error sobre el dominio dentro de la compraventa por el carácter consensual de ésta; en concreto, el error sobre el dominio puede revestir carácter esencial. Realmente la propiedad de la cosa vendida, que sea dueño el vendedor, es característica objetivamente exigida al contrato de compraventa por las concepciones sociales predominantes: es algo que la colectividad y los criterios que presiden el tráfico económico y jurídico estiman decisivo para realizar cumplidamente la función traslativa de la compraventa» (41).

(40) BORRELL Y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1952, pág. 10.

(41) ALONSO PÉREZ (anotaciones a la obra de PIETROBON), *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 511; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968, pág. 24; RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 261; JORDANO, *Comentario...*, cit., pág. 1356; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *La venta de cosa ajena, ¿validez o nulidad?*, Madrid, 1994, pág. 19; COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1975, pág. 354. Creo que este planteamiento confunde la disponibilidad objetiva del bien y la falta de poder de disposición, que no es una cualidad del objeto, sino una relación del sujeto con el objeto. Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 75, si bien entiende que «en rigor, en estos casos se plantea un verdadero conflicto de acciones entre la prevista en el artículo 1.266

Ahora bien, si la compraventa en nuestro sistema tiene naturaleza obligacional (arts. 1.445 y 1.450 CC) y es por sí misma insuficiente para operar la transmisión del derecho real (art. 609.2.º CC), aunque su finalidad consista precisamente en la consecución de tal resultado, el poder de disposición del transmitente no afecta, como se acaba de ver, al objeto de contrato y, por ende, constituye una cualidad no esencial de la compraventa (42).

y la que puede derivar del artículo 1.124 en relación con el artículo 1.478, todos ellos del Código Civil». Señala este autor además la sugestiva idea de la aplicación de la doctrina del error a la venta de cosa ajena cuando el vendedor es de buena fe, siempre y cuando se parta de la idea de que «para él constituya una condición o *presuposición* básica del negocio el hecho de que la cosa se transmitiera en el momento de la conclusión del contrato», *op cit.*, pág. 64. Pero para ello no basta con que el comprador crea que iba a adquirir en el momento de la conclusión del contrato, sino que es necesario que dicha circunstancia, como señala MORALES MORENO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pág. 279), se incorpore al mismo contrato como presuposición.

(42) En este sentido GAYOSO ARIAS, *Cuestiones...* cit., pág. 225: «El dominio de uno o de otro no es condición esencial de la cosa, sino una facultad moral del titular referente a ella, y por lo mismo distinta y contrapuesta a la misma, ínsita en aquél, no en ésta, como debería ser si calidad fuera». También ALBALADEJO, «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, 1947, pág. 427, nota 34, critica la aplicación de la doctrina del error a la venta de cosa ajena. Señala este autor que «con arreglo a una correcta exégesis del artículo 1.266 CC, no hay en tal venta ni error en la persona ni error en la sustancia de la cosa o sobre aquellas condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrarla». «La sustancia de la cosa como materia de que la cosa es o está hecha (y lo mismo decimos de sus cualidades) es algo tan alejado, aun dentro de una consideración eminentemente subjetiva, de la titularidad del derecho que sobre ella recae, que nos extraña que la afecte la variación del titular de ese derecho. Tanto valdría como afirmar que el oro de una alhaja no es tal oro, sino hierro, por el hecho de que su dueño sea Ticio en vez de Cayo, o que un imán pierde su magnetismo, cualidad en atención a la que se ha comprado, porque sea de persona distinta de la que creyó el comprador. Para que pudiese invocarse el error en la sustancia o en las cualidades sustanciales sería preciso que la variación en la titularidad de la cosa acarrearase una transmutación objetiva, que nos parece tan difícil como convertir el oro en hierro, o viceversa. En otros términos, de ser cierta esta tesis se habría encontrado la piedra filosofal» Por su parte, RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 27, considera que cuando el comprador actuó de buena fe y el vendedor de mala, parece difícil pretender la nulidad de la venta fundada en el error dados los términos del artículo 1.266 CC y la jurisprudencia que lo ha interpretado» En el mismo sentido, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1944, pág. 24; ROCA SASTRE, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 381; CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, Madrid, 1961, pág. 81; GARCÍA CANTERO, *Comentarios Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 178, nota 37; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil*, t. IV, vol. 2.º, Madrid, 1946, pág. 98; RODRÍGUEZ MORATA, «Comentario a la Sentencia de 4 de enero de 1989», *CCJC*, núm. 19, enero-marzo 1989, pág. 79, considera que «el error in dominio, por recaer sobre una condición meramente accidental del contrato de venta, es irrelevante»; TORRALBA SORIANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 934, señala que el artículo 1.266 CC se refiere al error en las cualidades del objeto, y la falta de titularidad del transmitente no es, en principio, cualidad del objeto».

No obstante, literalmente interpretado el artículo 1.266 CC sí podría tener cabida el error en la titularidad del vendedor si se entiende que el mismo recae «sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo» (43). Sin embargo, con una concepción más basada en reflexiones psicosociológicas o estadísticas como aquellas a las que nos invitan BORRELL o ALONSO PÉREZ, que en la propia configuración de la compraventa en el Código Civil se corre el serio peligro de destecnificar el contrato, y ello sin dudar en absoluto que los hipotéticos «compradores encuestados» contestarían precisamente lo que sospechan los autores aludidos, pues afirmar lo contrario implicaría situarnos al margen de la realidad. Lo que sucede es que tampoco me cabe duda de que la propia conciencia social entiende por compraventa lo que ésta es... en los sistemas puramente consensuales.

Por ello creo que aunque pudiera en principio subsumirse la venta de cosa ajena en la figura del error, habida cuenta de la ampliación de la noción de error en nuestro ordenamiento en contraposición a la restringida propia del Derecho romano, no parece ésta la vía correcta, al menos desde un punto de vista técnico. Y ello por la configuración de la compraventa en nuestro Código Civil como negocio obligacional de la cual no es siquiera claro que se derive para el vendedor una obligación de transmitir la propiedad y, sobre todo, dada la presencia en nuestro Código Civil de la institución del saneamiento por evicción que actúa sobre la base de una venta de cosa ajena de la que constituye un efecto (44).

(43) MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, 1988, pág. 366, y también del mismo autor *Comentarios*, EDESA, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pág. 271, donde señala que «a pesar de que la letra lo permita, es un problema (el de la venta de cosa ajena) que no puede resolverse empleando exclusivamente argumentos literales, y más allá de tales argumentos es muy dudoso (y muy poco probable) que el problema de la falta de titularidad del transmitente lo haya pretendido resolver nuestro Código por medio de la figura del error. De entrada se advierte cómo el tiempo limitado del ejercicio de la acción de nulidad, basada en el error, contrasta con la mayor amplitud temporal con que concibe el Código Civil la obligación de garantía del vendedor».

(44) En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1982 (ponente: Fernández Rodríguez, Ar. 2605) critica las sentencias que subsumen la venta de cosa ajena en el campo del error, «porque en tal supuesto nada tiene que ver el error, al no ser de la clase que el artículo 1.266 considera apto para viciar el consentimiento, y, por otra parte, al resultar ajena la cosa, produce, según ya viene puesto de relieve, efectos compatibles con la validez del contrato, ya que la obligación de sanear por evicción es efecto del mismo pero no de su nulidad, pues ésta daría lugar a consecuencias de muy distinto y más restringido contenido que las del saneamiento, cual sería simplemente la de devolver el precio». Conviene aclarar que en el caso contemplado por esta Sentencia es la vendedora de cosa ajena la que alega, en reconvención, el error padecido por ella acerca de su condición de titular de las fincas vendidas, oponiéndose por ello a la pretensión de incumplimiento de la compradora.

El poder de disposición del vendedor no es requisito esencial para el nacimiento del contrato de compraventa y es discutible que lo sea siquiera en la fase solutoria. Por ello, aunque el comprador crea que en virtud del contrato adquirirá en firme y que compra para adquirir, este es un efecto que, aun no mediando error, la compraventa por sí misma no puede producir. Por tanto —insisto—, si la falta de poder de disposición no afecta a la validez del contrato de compraventa, a mi juicio, por razones que se derivan del sistema de transmisión de los derechos reales regulado en nuestro Código Civil, tampoco debe tener relevancia el error acerca de su existencia o no, y ello con independencia de que esta circunstancia haya movido al comprador a celebrar el contrato, lo cual se da en prácticamente todos los casos, pues, como ya he señalado, esta intención de transmitir del vendedor y de adquirir del comprador constituye la esencia del contrato de venta y de ahí su finalidad traslativa que, no obstante, no transforma la naturaleza de la compraventa en acto de disposición (45).

(45) Claramente en contra de la posición que mantengo se ha pronunciado recientemente FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C. (*Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994), quien a pesar de admitir que la legitimación para disponer constituye un requisito de la entrega traditoria y no del contrato (*op. cit.*, pág. 120), encuadra la patología que genera la venta de cosa ajena en el terreno del error en el objeto del contrato. Con respecto al carácter esencial o no de dicho error, considera esta autora que depende de cuál se considere el resultado necesario de la compraventa, es decir, de qué postura se tome acerca del debatido problema de la existencia o no de obligación de transmitir la propiedad en la compraventa: «Si se mantiene que no es de esencia de la venta el traspaso de dominio de lo vendido, es lógico mantener también la irrelevancia de que las partes pretendan tal resultado y, en consecuencia, la inaplicabilidad de la doctrina del error a la venta de cosa ajena. Pero la función de la compraventa, cuando menos en el ánimo de las partes, no es otra que la transmisión y respectiva adquisición del dominio de la cosa (a cambio de la transmisión-adquisición del precio en sentido inverso). La disponibilidad de la cosa —que puede indistintamente enfocarse como cualidad del objeto o como legitimación del sujeto— es, dada la asignada función de intercambio de la venta, motivante de la venta (puede haber otros motivos, pero éste, sin lugar a dudas, es determinante). De tal forma que la equivocación sobre este punto puede llevar a las partes a considerar que han incurrido en error grave, causa suficiente para impugnar el contrato» (*op. cit.*, pág. 193). Esta autora confunde la exigibilidad o no al vendedor por parte del comprador del resultado traslativo con la funcionalidad traslativa de la compraventa. El hecho de que pueda ser discutido si el vendedor está o no obligado a transmitir la propiedad no niega ni afirma la función traslativa que tiene este contrato, y ello tanto en Roma como en nuestro Código Civil. Incluso cuando se niega que existe tal obligación del vendedor ello no quiere decir que el contrato de compraventa haya sido en Roma un contrato traslativo de la posesión. Siempre los compradores tienen intención de adquirir la propiedad y por esta razón el contrato de compraventa interviene en el proceso traslativo como *iusta causa traditionis*. El hecho de que el comprador contrate para adquirir la propiedad no convierte, sin más, el error acerca de esta circunstancia en error esencial. Si se entiende, como hace esta autora, que tal obligación de transmitir existe, el comprador que ve defraudada su expectativa debiera acudir a la resolución del contrato por incumplimiento y no a la más complicada vía del error, que aunque posible, es, a mi juicio, técnicamente incorrecta.

Cabría pensar que detrás de las resoluciones judiciales que invalidan el contrato de compraventa por error se está pretendiendo resolver un problema que no tiene tanto que ver con la validez o no de la venta de cosa ajena, sino más bien con cuál sea la posición deudora del vendedor.

Efectivamente, no está ni mucho menos claro que nuestro Código Civil imponga al vendedor la obligación de transmitir la propiedad al comprador, al menos concebida como una obligación de resultado. Ello tiene su explicación en que la compraventa regulada en nuestro Código Civil responde a parámetros netamente romanos reflejados de forma casi intacta en las obras de POTHIER, que, a mi juicio, constituyeron la fuente de inspiración de nuestro legislador, en las cuales subsistía —como exigencia del sistema— la inexistencia de obligación de transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida, agotándose su obligación en la entrega y la garantía en caso de evicción (art. 1.461 CC). Consecuencia de este planteamiento era que el comprador no podía reclamar al vendedor por la ajenidad de la cosa hasta que no se hubiera producido la evicción (art. 1.480 CC). Esta circunstancia, considerada por la inmensa mayoría de la doctrina como una anomalía del sistema, pareció tener como fundamento la dificultad de prueba del derecho de propiedad en el Derecho romano, lo que hizo que los vendedores nunca tuvieran la certeza absoluta de su condición de dueños de la cosa. No imponiéndose tal obligación al vendedor, se hacía posible la celebración de contratos de compraventa e incluso de su válida consumación sin que los problemas de prueba del derecho de propiedad frenaran el tráfico jurídico. No voy a entrar en este momento en determinar si existe o no tal obligación en la compraventa regulada en nuestro Código Civil. Sólo quiero reseñar que, admitiéndose la nulidad de la venta de cosa ajena por error, el TS evita que el comprador deba esperar a que se produzca la evicción para reclamar al comprador cuando se ha logrado demostrar la ajenidad de la cosa (46). Por lo demás, ésta fue una de las razones que impulsaron al legislador francés a considerar nula la venta de cosa ajena: evitar que el comprador de buena fe tuviera que esperar a que se produjera la evicción.

Ahora bien, con independencia de la justicia de la solución adoptada, no resulta técnicamente correcto acudir a la invalidación de un contrato cuando la patología se encuentra en la fase de cumplimiento (siempre que se admita, claro está, la existencia de la obligación de transmitir, como hizo la citada Sentencia de 8 de marzo de 1929). Si lo que se pretende es evitar que el comprador de buena fe deba esperar a la evicción o a consumir una adquisición por usucapión y, por tanto, que pueda reaccionar contra el

(46) En este sentido, MORALES MORENO, *El error en los contratos*, op. cit., pág. 252; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 20, SALINAS VERDEGUER, *Saneamiento por evicción, doble venta y venta de cosa ajena*, op. cit., pág. 479.

vendedor, la discusión debería centrarse en determinar si existe o no obligación de transmitir la propiedad y no en si es válido o no el contrato de compraventa de cosa ajena, dado que se trata de cuestiones distintas que no se condicionan entre sí. La validez deriva de la naturaleza meramente obligacional del contrato y la existencia o no de obligación de transmitir la propiedad afecta a la validez o no del acto de cumplimiento (47).

Por estas razones, tampoco considero acertado fundamentar la validez de la venta de cosa ajena en la inexistencia en el vendedor de obligación de transmitir la propiedad al comprador (48). Esta circunstancia sólo cabría alegarla a mayor abundamiento, ya que si bien es cierto que de no existir tal obligación la venta de cosa ajena sería válida, no lo es menos que, aun existiendo tal obligación en el vendedor, ello no conlleva la nulidad de la venta de cosa ajena (49), pues nada le impide obligarse a hacerlo (50). Por ello, resulta confuso justificar la validez de este contrato a partir del contenido de la posición deudora del vendedor, ya que a *sensu contrario* habría que predicar la nulidad en el caso de que la obligación de transmitir efectivamente le fuera exigible al vendedor.

En este sentido no puede compartir la doctrina sustentada por la Sentencia de 16 de noviembre de 1992 (ponente: Martínez-Calcerrada, Ar. 9409) (51) cuando justifica la validez de la venta de cosa ajena en que «en

(47) Prueba de lo anterior es la regulación alemana que considera válida la venta de cosa ajena y, sin embargo, se establece la obligación de transmitir la propiedad (§ 433 BGB).

(48) Así lo hacen NAVARRO PÉREZ, *La compraventa civil*, Granada, 1993, pág. 431; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pág. 888; LARRONDO LIZARRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, op. cit., pág. 570, y GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, Madrid, 1871, pág. 261.

(49) GAYOSO ARIAS, *Cuestiones...*, cit., pág. 224.

(50) MENÉNDEZ, *Ensayo sobre la «venditio rei alienae» en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas*, cit., pág. 350; MENCHEN, «Comentario a la Sentencia de 5 de julio de 1958», *RCDI*, 1959, pág. 696.

(51) Los hechos que enjuicia esta sentencia son los siguientes: Don Casimiro H. C. (actor) celebró un contrato de compraventa de una nave o local el 26-12-1985 con don Román G. M. que aparecía como vendedor. El comprador (don Casimiro) entregó al vendedor dos millones de pesetas en el momento de la firma del documento privado, quedando pendiente de abonar el resto, hasta cinco millones cien mil pesetas. El demandado se interesó en el procedimiento n.º 1014/1987 del Juzgado de Primera Instancia número 26, hoy acumulado, la resolución del contrato. El demandante (don Casimiro) pide el cumplimiento del contrato solicitando que se eleve el citado documento privado a escritura pública, pero previamente le solicita al vendedor demandado que justifique su titularidad sobre el inmueble por cuanto que sospecha o teme, por parte de un tercero, se pudiera aducir tal cualidad. Solicita el otorgamiento de escritura pública abonando en dicho acto el comprador el resto del precio pero sin intereses legales. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda condenando al otorgamiento de escritura pública pero obligando al demandante al pago de intereses legales de la cantidad adeu-

nuestro Derecho la compraventa no funciona, en puridad, como un negocio traslativo del dominio (aunque, por lo general, sirva en la praxis para producir este efecto traslativo), sino como un negocio de transferencia de la posesión de la cosa, tal y como, de forma elocuente, se deriva no sólo de lo dispuesto en su definición legal en el artículo 1.445 CC (...), sino de lo establecido en el artículo 1.461 al prescribir que el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de venta, es decir, que el vendedor no se obliga a transmitir al comprador el dominio de la cosa vendida, ni tampoco a través de la compraventa se realiza un negocio adquisitivo del dominio, sin perjuicio —se reitera— que dentro del tráfico jurídico o negocial normalmente esto acontezca; mas como se dice, en puridad técnica, es perfectamente factible la venta de cosa ajena (fundamento de Derecho segundo)».

A mi juicio, en esta Sentencia se confunde la naturaleza no dispositiva del contrato de compraventa con la finalidad del mismo. El hecho de que no exista propiamente una obligación de transmitir la propiedad, como he dicho, no constituye el fundamento de la validez de la venta de cosa ajena, la cual se funda en la naturaleza obligacional que este contrato tiene en nuestro Código Civil. De hecho, en la permuta tal obligación existe y la permuta de cosa ajena es asimismo válida. Lo que resulta más criticable de esta Sentencia es que de la inexistencia de una propia obligación de transmitir se deduzca que la compraventa en nuestro Derecho es «un negocio de transferencia de la posesión». Como he dicho, la dificultad de inteligencia de la compraventa regulada en nuestro Código Civil reside en que aunque no se entienda que genera propiamente una obligación de transmitir entendida como obligación de resultado, ello no nos debe llevar a negar su finalidad traslativa del derecho real en tanto que es de esencia a la misma la intención de transmitir y adquirir el derecho real. La compraventa alberga el elemento volitivo del acto dispositivo que consumará la tradición, y en esto se distingue, como ya dijera LABEÓN (D. 18.1.80) (52) del arrendamiento o de otros contratos traslativos del mero uso y disfrute.

Buena prueba del desconcierto existente acerca de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena, de la incertidumbre sobre la patología que genera la ausencia de poder de disposición, la constituye la doctrina sustentada por la Sentencia de 7 de abril de 1971 (ponente: Taboada Roca,

dada. La Audiencia Provincial de Madrid confirma la Sentencia de instancia, si bien exime al demandante del pago de los intereses legales. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a él por entender que el temor de una eventual falta de poder de disposición del vendedor no hace nulo el contrato, debiéndose dar cumplimiento a lo pactado.

(52) «Nadie puede considerarse que ha vendido aquello cuya propiedad no se quiso que pasase al comprador porque esto es un arrendamiento u otro tipo de contrato».

Ar. 2272) (53). El TS acoge la solución propugnada por el Juez de instancia que declara que «la venta de cosa ajena —y lo mismo la doble venta— es ineficaz por faltar en ella el elemento real del contrato, e invalida el consentimiento el error que consiste en suponer cosa propia del vendedor la que es ajena (Considerando octavo)». La solución adoptada no parece admisible, aunque también es cierto que el TS estima que otra vía de solución sería la de «admitir la validez de ambas ventas y que ambas desplegaran eficacia obligacional, siquiera una de ellas no pudiera tener cumplimiento *in natura*, y dejar para ulterior litigio la determinación había de ser la que llevara aparejada la eficacia transmisoria de la cosa vendida, lo cual no era objeto del pleito en tramitación». Parece que el TS sitúa correctamente el problema cuando estima que cabe la posibilidad de admitir la validez de la venta de cosa ajena como negocio obligacional, considerando la falta de poder de disposición como un problema de cumplimiento. Sin embargo, parece que, puesto que los demandantes y recurrentes sólo pedían la nulidad del contrato, el TS se decanta por la nulidad confirmando la Sentencia recurrida, con lo cual se evitaba un nuevo pleito acerca de la cuestión de la propiedad.

Sin embargo, no parece aceptable desde el punto de vista técnico que se base la nulidad de la venta de cosa ajena en dos causas —falta de elemento real y error— que producen efectos dispares: la primera, la nulidad absoluta por falta de objeto, y la segunda, la anulabilidad por error. Como ha señalado RODRÍGUEZ MORATA comentando esta Sentencia, «una de dos, o el contrato es nulo o es anulable, pero no las dos cosas a la vez» (54).

La impugnación de la venta de cosa ajena por error se ha propugnado en los casos en que ambos contratantes actúan de buena fe desconociendo la ajenidad de la cosa vendida. De ahí que no hayan faltado supuestos en los que es el propio vendedor quien pide la anulación del contrato, como sucedió en los hechos que enjuició la ya citada Sentencia de 27 de mayo de 1982 (Ar. 2605). Sin embargo, la situación cambia cuando nos encontramos ante un vendedor que, siendo consciente de su ausencia de poder de

(53) Los demandados (D. Ramón y D. Antonio G. M.) compraron mediante documento privado una finca al demandado (D. Jaime S. L. L.), quien manifestó haberla adquirido de su padre. Años antes, el padre había vendido mediante documento privado a su nieto (D. Ramón S. T.), también demandado, una parte de la misma parcela, habiéndose éste tomado posesión de la misma. Los demandantes solicitan que se condene al vendedor a otorgar la escritura de venta y a liberar las cargas y gravámenes que sobre la parcela puedan constar; y que se declare nulo e inexistente, y en su caso ineficaz, por no describirse adecuadamente la finca vendida y el contrato privado de venta realizado a favor de don Ramón S. T. La demanda resulta desestimada en primera y segunda instancia y el Tribunal Supremo considera que no ha lugar al recurso de casación.

(54) RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*. cit., pág. 77

disposición, oculta maliciosamente esta circunstancia al comprador. De ahí que no hayan faltado autores que admitan la impugnación por *dolo* de la venta efectuada en estas circunstancias.

3.2. POR DOLO

La posibilidad de que el comprador de buena fe reclamase al vendedor, aun antes de que se produjera la evicción cuando hubiera mediado dolo del vendedor, fue ya admitida en el Derecho romano (55).

En el caso de mala fe del vendedor no estaba justificado que el comprador esperara a la evicción, dado que era un hecho cierto y acreditado la falta de poder de disposición del *tradens*. Si el vendedor no estaba obligado a transmitir la propiedad al comprador, lo estaba sólo a mantenerlo en la posesión pacífica (*vacuam possessionem tradere*), era porque los propios vendedores no tenían una seguridad absoluta acerca de su condición de propietarios (56) dada la inexistencia de medios tan fiables como hoy pueden serlo los Registros de la Propiedad. Exigir la condición de dueño al vendedor, no ya como requisito del nacimiento del contrato, sino de su consumación, hubiera paralizado el tráfico jurídico en un imperio en creciente expansión (57). Por otra parte, tampoco el comprador tenía muchas probabilidades de éxito si reclamaba al vendedor, ya que se encontraba con la misma dificultad: la prueba de la ausencia de poder de disposición del vendedor y la existencia de un *verus dominus*. Ahora bien, cuando éste reclamaba con éxito la cosa al comprador, la dificultad de prueba desapa-

(55) D. 19.1.30.1: «Si me hubieses vendido a sabiendas una cosa ajena, ignorándolo yo, antes de que se reivindicase, opinaba (JULIANO) que yo habré de demandar con éxito, por acción de compra, por mi interés en que la cosa se hubiese hecho mía; pues, aunque sea verdad que el vendedor sólo está obligado a que el comprador tenga la pacífica posesión de la cosa y no a que se haga suya, no obstante, como debe responder de la ausencia de dolo, el que vendió una cosa ajena sabiendo que no era suya al que lo ignoraba, queda obligado, esto sobre todo si la hubiese vendido al que la había de manumitir o dar en prenda (*Africano. 8 quaest.*)».

D. 19.1.11.18: «(...) a no ser que conscientemente se venda lo ajeno; entonces, según la arriba referida opinión de JULIANO, hay que decir que queda obligado por la acción de la compra porque obra con dolo (*Ulp. 32 ed.*)».

(56) DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*. t. I. París. 1777. lib. 1, tit. II, sec. 4.^a, núm. 13, pág. 41: «Comme il arrive souvent que les possesseurs ne sont pas les maîtres de ce qu'ils possèdent et qu'aussi les acheteurs peuvent ne pas savoir si les vendeurs son ou ne sont pas les maîtres des choses qu'ils vendent, il est naturel qu'on puisse vendre une chose dont on n'est pas le maître: et le vente subsiste, jusqu'à que le maître fasse connoître son droit et résoudre la vente».

(57) Las razones prácticas que avalan el sistema de protección del comprador han sido puestas de relieve por RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa* .. cit., pág. 563.

recía y se comenzó a pactar a través de la *stipulatio* que cuando aconteciera la evicción el vendedor cooperara en la defensa procesal y respondiera frente al comprador evicto. En este sentido, existe una conexión estrecha entre la compleja posición deudora del vendedor romano y la institución del saneamiento en caso de evicción, ambas fundamentadas en las dificultades de prueba del derecho de propiedad. El comprador de buena fe debía esperar a la evicción para reclamar al vendedor.

Ahora bien, cuando el vendedor era de mala fe, consciente de su falta de condición de *dominus*, no se da el fundamento señalado, pues existe certeza acerca de la carencia de poder de disposición del *tradens*. No estaba justificado que el comprador de buena fe esperara a la evicción, pudiendo reclamar con éxito al vendedor, antes de que la cosa se reivindicase, el interés de cumplimiento en virtud de la regla *purgare dolo malo*. Todo ello unido, claro está, a la sanción de la que es acreedor el vendedor de mala fe por la infracción a la *fides* contractual (58). Así, las fuentes recogen claramente entre las obligaciones del vendedor la de indemnizar por su dolo (59).

Sin embargo, como ha hecho notar RODRÍGUEZ MORATA, hay que tener en cuenta que «el dolo del vendedor que consiste en la ocultación de causas o riesgos de evicción no aparecía en las fuentes romanas como la causa determinante de la voluntad negocial del comprador (*dolus causam dans*), sino más bien como un incidente, sin el cual el contrato se habría cumplido, pero en condiciones mejores (*dolus incidens*)» (60). Ahora bien, resulta peligrosa la aplicación de esta distinción al Derecho romano, ya que la misma no se encuentra en las fuentes (61), pues su elaboración es obra del Derecho común (62). Lo que conviene poner de relieve es que la reacción del comprador no se produce como consecuencia de su falta de libertad contractual (dolo vicio), sino por una infracción de la *fides* contractual por parte del vendedor, que se hace valer mediante la *actio empti*, dentro de la órbita contractual (63).

(58) TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990, pág. 586.

(59) D. 19.4.1. pr: «(...) el vendedor sólo se obliga por evicción a entregar la posesión y a indemnizar por su dolo, así pues, si la cosa no es objeto de evicción, nada debe». D. 18.1.68.1: «Se añade “sin necesidad” estas palabras: “no habrá” dolo malo por parte del vendedor»; el cual, aunque esto no se hubiese añadido, debe abstenerse siempre de dolo»

(60) RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 22, nota 10.

(61) BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano* (trad. por BACCI Y LARROSA), Madrid, 1979, pág. 96.

(62) COSSÍO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 306; CASAVOLA, voz «Dolo (*Diritto romano*)», *Novissimo Digesto Italiano*, t. VI, Torino, 1960, pág. 148.

(63) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 422.

El riesgo de evicción era algo inherente a la venta romana (sin llegar a la aleatoriedad) y de ahí la inexistencia en el vendedor romano de una propia obligación de transmitir la propiedad, y ello, entre otras razones, por la dificultad de prueba del derecho de propiedad (64). El comprador no dejaba de comprar por el hecho de que pudieran existir dudas acerca de la titularidad de su *tradens*. Por ello, lo que se sancionaba a través del ejercicio anticipado de la acción por parte del comprador antes de la evicción —como ha puesto de relieve RUBIO GARRIDO— «no es tanto la ajenidad del derecho o los vicios de la cosa, sino un comportamiento del vendedor que implica infracción al deber contractual, que, aunque referido a la fase precontractual, queda absorbido en el *iudicium empti*» (65). Lo que generaba la patología no es la falta de poder de disposición del vendedor, sino el comportamiento del mismo acerca de dicho extremo que revela una conducta dolosa (66). Por tanto, el dolo, acerca de la carencia de titularidad del vendedor, no operaba como vicio de la voluntad que provoca la nulidad del contrato, sino como incumplimiento del deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe (67).

En la actualidad viene siendo admitida por los autores la posibilidad de impugnar la venta de cosa ajena por dolo del vendedor cuando éste es consciente de la ajenidad de la cosa y la oculta maliciosamente al compra-

(64) Señala BETTI (*Istituzioni di Diritto romano*, vol. 2.º, 1962, pág. 195), respecto al fundamento de la inexistencia de la obligación de transmitir en la venta romana, que «esta peculiar estructura de la *emptio* romana se explica por razones históricas y por exigencias socioeconómicas encuadrables en el ambiente histórico de la sociedad romana. Que el vendedor no estuviera obligado a procurar el dominio *ex iure quiritium* deriva del hecho de que el negocio consensual de compraventa se generó en el tráfico entre romanos y peregrinos, es decir, en el seno del *ius gentium*: y sólo prescindiendo de este requisito de procurar el dominio *ex iure quiritium* se hacía accesible este negocio a los extranjeros, los cuales eran incapaces de ser titulares del dominio quirritiano; y se hacía aplicable el negocio mismo al comercio de bienes no pertenecientes a los romanos, como eran las cosas de los peregrinos. Que después el mismo régimen se extendiese a la contratación entre ciudadanos romanos derivó del hecho de que en el ordenamiento romano no conociese un sistema de publicidad, tal y como existe en la actualidad, que favoreciera la verificación del dominio; en tales condiciones elevar la adquisición del dominio a efecto esencial de la venta, es decir, a requisito legal, independientemente de las exigencias de la autonomía privada, habría puesto en peligro la seguridad de un tipo de contratación que era frecuente y también necesario; habría significado comprometer la seguridad de las adquisiciones». En el mismo sentido, LONGO, *Corso di Diritto romano*, Milano, 1944, pág. 217.

(65) *Ibidem*.

(66) Como señala ALBALADEJO, *La obligación de transmitir*, cit., pág. 439, nota 109: «una cosa es que la venta de cosa ajena no pueda ser atacada por el solo hecho de ser ajena, y otra que pueda serlo por la existencia de mala fe. La ilicitud proviene así de elementos subjetivos y, por tanto, lo objetivo de la construcción no se vería afectado lo más mínimo por la ineficacia de una venta semejante...»

(67) IGLESIAS, *Derecho romano*. Barcelona, 1972, § 116, pág. 494.

dor. Pero en este supuesto nos encontramos en un plano distinto al del Derecho romano, pues cabría el ejercicio por parte del comprador de la acción de nulidad siempre y cuando se den los presupuestos de aplicación de los artículos 1.269 y 1.270 CC; es decir, si el engaño o las «palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes» que inducen de forma determinante y grave «al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho» versan precisamente acerca de la titularidad, no se ven muchos inconvenientes para reconducir la situación a la figura del dolo *causal*, invalidante del consentimiento contractual: de haber conocido la carencia de titularidad del *tradens*, no se habría celebrado el contrato (68).

Ahora bien, esta posibilidad no significa que la ajenidad del derecho provoque la nulidad. El poder de disposición del vendedor no es un requisito del contrato de compraventa y, en este sentido, su ausencia no genera ni la nulidad ni la anulabilidad de la venta de cosa ajena. Como ha hecho notar JORDANO FRAGA, «la ajenidad de la cosa vendida, por sí misma, no causa la invalidez del contrato, sino en la medida en que pueda ser base de un vicio del consentimiento» (69). Así como no cabe la impugnación de la venta de cosa ajena por error por no constituir el poder de disposición del vendedor una cualidad esencial de la misma, la existencia de dolor, como ha señalado MORALES MORENO, «permite extender el círculo de cualidades tomadas en consideración a la hora de ofrecer protección al que padece el vicio del consentimiento. En el error, el criterio es el de la incorporación al contrato. En el dolo, el criterio es el de la materia del propio engaño. El dolo funciona como criterio de incorporación de presuposiciones al contrato; y ello como consecuencia de la utilización del principio de buena fe (art. 1.258 CC)» (70). La maquinación insidiosa o la reticencia dolosa acerca de un extremo que fue motivo de la celebración del contrato de otro contra-

(68) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1982, pág. 141; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 206; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pagos y transmisión de la propiedad (el art. 1.160 CC)*, Madrid, 1990, pág. 169; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1959, pág. 194; ALBACAR LÓPEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. III, Madrid, 1991, pág. 152; TORRALBA SORIANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 934; RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., págs. 261 y 427; RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, pág. 27; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 189.

(69) JORDANO FRAGA, *Comentario...*, cit., pág. 1359; COSSIO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 382; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, pág. 155.

(70) MORALES MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 1.º-B, pág. 415. Vid. también sobre este aspecto DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, § 198, pág. 150, ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, pág. 157.

tante (cuyo error por sí solo sería irrelevante, salvo su incorporación al contrato como presuposición), si es determinante y grave produce la impugnabilidad del contrato. Por tanto, en la medida en que la ausencia de poder de disposición del vendedor, ocultada maliciosamente por éste (71), determine la declaración de voluntad del otro comprador, en principio, cabría admitir la anulación del contrato por esta causa (72). Pero insisto, el hecho generador de la impugnación no lo constituiría la ajenidad del bien, sino la existencia del vicio del consentimiento. No se diga, pues, que hemos acabado haciendo entrar por la ventana lo que impedíamos que entrara por la puerta.

No obstante, el hecho de que cuando concurren los presupuestos del dolo-vicio sea posible la impugnación del contrato, ello no implica un ejercicio anticipado de la acción de saneamiento por evicción (73). Una

(71) Se trataría de un dolo omisivo o reticencia dolosa que se entiende incluido en el ámbito del artículo 1.269 del Código Civil, aunque este precepto no aluda a él expresamente, a diferencia de la alusión al mismo que hacían las Partidas (P.7.15.1). Sobre esta cuestión, QUIÑONERO, «El dolo omisivo», *RDP*, 1979, págs. 347 y sigs.; COSSIO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 331.

(72) En este sentido, la Sentencia de 26 de octubre de 1981 (ponente: De la Vega Benayas. Ar. 4001). Los hechos que enjuicia esta Sentencia son los siguientes: Nutrimax, S. A., demanda a Unión Alimentaria Sanders, S. A., solicitándose la nulidad de un contrato de compraventa con el cual la sociedad demandada vendió las acciones de una sociedad de su propiedad (Mafrasa), pactándose en dicho contrato la venta de un solar de 40.000 metros cuadrados del que era titular Mafrasa, lo que acredita la sociedad demandada por medio de la presentación de la escritura de venta en la que Mafrasa aparecía como compradora del inmueble, que además aparecía inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad. Dicho inmueble resultó no ser de propiedad de Mafrasa (parte del terreno estaba integrado en un monte público, según Orden Ministerial de 23 de abril de 1971, extremo ocultado a las compradoras), razón por la cual Nutrimax, S. A., pide la nulidad de la compraventa. El Juez de Primera Instancia estima la demanda y declara nulo el contrato de compraventa. La Audiencia Territorial de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación sólo en cuanto a la cuantía de la indemnización a que fueron condenados los demandados; en los demás extremos confirma la Sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo confirma las sentencias de instancia y declara nula una venta de cosa ajena por dolo reticente de la vendedora, ya que ésta «no obstante decir que no es dueña luego lo contradice mostrando una escritura pública de propiedad y después oculta una Orden Ministerial que, de haber sido notificada y conocida por las compradoras otro hubiera sido el convenio». El Tribunal Supremo califica la actuación de la vendedora como dolo causante o grave «porque la maquinación descrita les indujo a contratar y pagar el precio (Considerando quinto)». Asimismo, la Sentencia de 21 de mayo de 1992 (ponente: Burgos y Pérez de Andrade. Ar. 4269) admite la posibilidad de impugnación por dolo «una venta de cosa ajena, condición perfectamente conocida por las vendedoras y maliciosamente ocultada frente al comprador», aunque no resuelve el caso con base en esta causa.

(73) Así lo entiende RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 23, SALINAS VERDEGUER, *Saneamiento por evicción, doble venta y venta de cosa ajena*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, Madrid, 1993, pág. 495; MORALES MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ

cosa es que el comprador pueda reaccionar antes de que se produzca la evicción por dolo del vendedor y otra muy distinta que implique un ejercicio anticipado de la acción de saneamiento. Y ello porque el fundamento de una y otra acción es bien distinto y, como advierte RUBIO GARRIDO, se sitúan en planos incompatibles (74). Con la acción de anulación por dolo se tiende a conseguir la declaración retroactiva de nulidad del contrato y la condena del vendedor de resarcir el interés contractual negativo; con la acción de saneamiento nos situamos, no en el plano de la nulidad, sino en el del cumplimiento, y el comprador puede exigir el interés contractual positivo (art. 1.478 CC). El hecho generador de la obligación de saneamiento es un cumplimiento defectuoso (75); por el contrario, el de la impugnación por dolo lo es la nulidad del contrato.

Por ello, y siempre en la medida en que se den los requisitos del dolo-vicio (lo que no ocurrirá en todos los casos de mala fe del vendedor), el comprador de buena fe podrá optar entre el ejercicio de la acción de nulidad por dolo o esperar a consumir una usucapción cuando transcurran los plazos legales; si entre tanto se produce la evicción, procede reclamar al vendedor el resarcimiento regulado en el artículo 1.478 CC, con las consecuencias agravatorias que este precepto prevé para el caso de mala fe del vendedor (art. 1.478.5.º CC) (76).

4. LA VALIDEZ DE LA VENTA DE COSA AJENA COMO EXIGENCIA DE SISTEMA

Excepción hecha de los casos aludidos que declaran la nulidad o anulabilidad de la venta de cosa ajena, lo cierto es que actualmente viene

ALABART, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pág. 421, estima que «el engaño en la titularidad que se transmite o la situación jurídica en que se encuentra el objeto pueden ser contemplados como verdaderos supuestos de dolo incidental (en cuanto el engaño se produce en la celebración del contrato), encajables en el artículo 1.270.2.º CC». No obstante, este autor parece excluir la aplicabilidad del precepto citado dado que la regulación de estos supuestos ha sido desarrollada en las reglas especiales sobre saneamiento.

(74) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 442.

(75) RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 56; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 285. El fundamento de la obligación de saneamiento por evicción se encuentra, a mi juicio, en el incumplimiento de la obligación que tiene el vendedor de mantener al comprador en la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (art. 1.474 CC). Ello es consecuencia de la estructuración de la compraventa en nuestro Código Civil sobre los parámetros romanos. En este sentido, ESPÍN, «Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción», *RD*, 1966, pág. 15; GARCÍA CANTERO, *Comentarios...*, cit., pág. 295.

(76) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 443.

siendo mayoritaria la doctrina y jurisprudencia (77) que se muestran favorables a la validez de la venta de cosa ajena. El fundamento de la validez, a mi juicio, se encuentra única y exclusivamente en la naturaleza obligacional de la compraventa, en sintonía con la necesaria separación entre negocios de obligación y de disposición sobre la que se edifica nuestro Derecho patrimonial, plasmada en el párrafo segundo del artículo 609 de nuestro Código Civil (78). La compraventa regulada en nuestro Código Civil no tiene naturaleza dispositiva (lo que no implica negar su finalidad traslativa) y de ahí que no constituya elemento esencial del contrato el poder de disposición del vendedor. Por tanto, la razón de la validez está estrechamente unida a un sistema de transmisión de los derechos reales que proclama la insuficiencia del contrato para producir el efecto real.

Tampoco creo que deba calificarse la venta de cosa ajena como válida como negocio obligacional e ineficaz en el aspecto real (79), precisamente porque no es de esencia a la venta la producción de efectos reales. Por ello,

(77) La tendencia jurisprudencial favorable a la validez de la venta de cosa ajena se inicia con las Resoluciones de la DGRN de 6 de diciembre de 1898 y 2 de septiembre de 1902. Asimismo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado por la validez en numerosas Sentencias: 31 enero 1921, 1 marzo 1949 (Ar. 261), 1 marzo 1954 (Ar. 983), 27 mayo 1957 (Ar. 2178), 5 febrero 1968 (Ar. 732), 5 julio 1976 (Ar. 3329), 3 julio 1981 (Ar. 3043), 31 diciembre 1981 (Ar. 5358), 12 abril 1982 (Ar. 1944), 5 mayo 1983 (Ar. 2268), 26 marzo 1984 (Ar. 1436), 13 octubre 1984 (Ar. 4779), 1 julio 1987 (Ar. 5044), 14 octubre 1991 (Ar. 6921), 16 noviembre 1992 (Ar. 9409), 1 marzo 1993 (Ar. 2030), 31 enero 1994 (Ar. 642) y 12 mayo de 1994 (Ar. 4093).

(78) Seguimos en este punto la doctrina romana reflejada en las obras de POTHIER, *Oeuvres*, t. III; *Traité du contrat de vente*, anotado por BUGNET, París, 1861, núm. 7, pág. 4, que fundamenta la validez de la venta de cosa ajena en su naturaleza obligacional no dispositiva: «*Il est vrai que celui qui vend la chose d'autrui, sans le consentement de celui qui en est le propriétaire. Il est vrai que celui qui vend la chose d'autrui ne peut pas, sans le consentement du propriétaire, transférer la propriété de cette chose qui ne lui appartient pas, selon cette règle de droit: Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet, mai le contrat de vente ne consiste pas dans la translation de la propriété de la chose vendue; il suffit, pour qu'il soit valable, et que le vendeur se soit valablement obligé, de faire avoir à l'acheteur la chose vendue (...)*».

(79) La Sentencia de 17 de noviembre de 1992 (ponente: Ortega Torres, Ar. 9324) declara con respecto de una venta de cosa ajena formalizada en documento privado que «sin perjuicio de su validez en el ámbito estrictamente obligacional, careció de eficacia como título traslativo del dominio por falta de poder de disposición en la vendedora sobre el objeto del contrato». Aunque sea hilar demasiado fino, tampoco me parece totalmente correcta la doctrina de esta Sentencia ya que la falta de poder de disposición del vendedor no implica exactamente falta de eficacia de la venta de cosa ajena como título traslativo del dominio, ya que, a mi juicio, lo que carece de eficacia traslativa no es tanto el título (que mantiene cierta eficacia real como justo título de una eventual usucapción ordinaria, lo que implica también una cierta eficacia en el ámbito de la adquisición de los derechos reales), sino la tradición, la cual por falta de poder de disposición no es apta para la transmisión del derecho real.

no comparto la opinión de algunos autores reflejada en alguna jurisprudencia que, abogando en favor de la validez y eficacia de la venta de cosa ajena, señala como una de sus especificidades o peculiaridades el hecho de no ser «inmediatamente eficaz respecto a la transmisión de la propiedad, pues produce sólo efectos obligacionales y no jurídico-reales traslativos del dominio» (80). Esta afirmación sólo cabría estimarla correcta bajo la vigencia del sistema de transmisión *solo consensu* (más concretamente en el consagrado en el Código Civil italiano de 1942), pues en el régimen regulado en nuestro Código Civil la compraventa, ni aun siendo de cosa propia, tiene una eficacia jurídico real inmediata. La eficacia de la venta a los efectos reales se reduce a ser causa de la tradición cuando el *tradens* es dueño, y a ser justo título para la usucapión cuando no lo es. Por esta razón no creo que sea una peculiaridad de la venta de cosa ajena la ausencia de producción inmediata de efectos reales, pues ello constituye un denominador común a toda clase de ventas y no sólo de la de cosa ajena y que es consecuencia de su naturaleza obligacional no dispositiva.

Este es el sentido brillantemente explicado por MIQUEL, «dado que en nuestro Derecho la venta por sí sola no transmite la propiedad (...) la venta de cosa ajena es válida y eficaz; ahora bien, eficaz para los efectos que produce por sí sola, que son los obligacionales. De ahí no deriva que la venta no tenga trascendencia para los efectos reales. Lo que ocurre es que aquí su papel es concurrente con otros requisitos y que integra un supuesto de hecho de esos efectos reales diferentes según que el transmitente sea o no propietario. Si el transmitente es propietario, la venta junto con la tradición produce el efecto traslativo. Si el transmitente no es propietario, la venta concurre con otros requisitos a la usucapión ordinaria haciendo el papel de justo título. Por ello, aunque los efectos reales (adquisición de la propiedad) no dependan sólo de la venta, ésta contribuye, junto a otros requisitos, a producir efectos reales. Si éstos se producen por tradición o por usucapión ordinaria, no es algo que dependa de la venta, sino de si el transmitente era propietario o no, y en este último caso, de otros requisitos, es decir, no siendo propietario el transmitente, se adquiere por usucapión ordinaria con buena fe, título (la venta) y posesión. Esto es también una eficacia de la venta en el campo de los derechos reales, pero, obviamente, no es una eficacia que dependa exclusivamente de la venta» (81).

(80) SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. IV, Madrid, 1973, pág. 54.

(81) MIQUEL, J. M., «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 725, y también en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pág. 396. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 28.

Los autores que, como GAYOSO, consideran nula la venta de cosa ajena en su aspecto real (82), inconscientemente están atribuyendo a la compraventa el poder de generar unos efectos que por sí sola no pueden producir. Ciertamente que con ello se quiere expresar que esa venta unida a la entrega no genera la transmisión (83), pero, en puridad, el elemento del supuesto de hecho traslativo que padece por la ausencia de poder de disposición no es el contrato (que sobrevive como justo título para la usucapción), sino el acto dispositivo traditorio (84); sólo así se justifican instituciones que se estructuran sobre la base de la validez de la venta de cosa ajena: usucapción ordinaria, el saneamiento en caso de evicción y la propia operatividad del principio de fe pública registral (85).

Efectivamente, la usucapción ordinaria y el principio de fe pública registral son mecanismos que posibilitan la adquisición *a non domino*, requiriendo ambos para su operatividad de un título que debe ser válido. Así lo exige el artículo 1.953 para la usucapción ordinaria al señalar que «el título para la prescripción ha de ser verdadero y válido»; y el artículo 33 de la Ley Hipotecaria que establece que «la inscripción no convalida actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». Ambos preceptos constituyen, a mi juicio, una manifestación de que la irregularidad que genera la falta de poder de disposición no debe resolverse desde un ataque al título. Como señala GARCÍA GARCÍA en relación con el artículo 33 LH, «si se entendiera que la venta de cosa ajena es nula por falta de objeto ya no habría posibilidad de proteger al comprador ni siquiera aunque reuniera los requisitos

(82) GAYOSO, *Cuestiones...*, cit., pág. 224; FERNÁNDEZ ARROYO, *El problema de la calificación jurídica*, cit., pág. 661; MÉNDEZ APENELA, «La venta de cosa común por un comunero aislado», *Revista del Notariado*, abril-junio 1992, pág. 186.

(83) En este sentido, la Sentencia de 31 de enero de 1994 (ponente: Marina Martínez Pardo, Ar. 642), respecto de una venta de cosa común, declara su validez como «simplemente generador de obligaciones», por lo que no es posible declarar su nulidad absoluta, y declara que «el contrato de compraventa que se impugna en este proceso no puede servir de título que, unido a la tradición (art. 609), genere el dominio (fundamento de Derecho 3.º)».

(84) En este sentido, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pág. 8; MIQUEL, J. M., *Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983*, op. cit., pág. 725; DE LOS MOZOS, «Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español», *ADC*, 1972, pág. 1081.

(85) Confirma este criterio el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1957 (ponente: Oca Albarellos, Ar. 2178) al señalar que «el pronunciamiento de nulidad (de la venta de cosa ajena) desconoce la posibilidad de que el vendedor llegue a adquirir la cosa, la de que el comprador puede ganar el dominio por prescripción o, en último término, que privado de la cosa vendida por la acción del tercero se vea en el caso de ejercitar un derecho de saneamiento que afluye a una sustitución forzada de la obligación de entregar el precio por una restitución de lo indebidamente pagado y una eventual reclamación de perjuicios (Considerando segundo)».

del artículo 34 LH, pues este precepto se aplica sobre la base de que la venta en que participó el tercero es válida, y en este caso, con esa teoría de la falta de objeto o de la falta de legitimación sería nula, y la inscripción no podría convalidarla, conforme al artículo 33 LH, ni sería aplicable el artículo 34 LH, pues en la relación jurídica inscrita ese “supuesto tercero” sería parte y no tercero» (86). Si, por un lado, tal y como viene entendiendo la doctrina, la fe pública garantiza y subsana la falta de poder de disposición del *tradens* (87) y, por otro, la inscripción no convalida actos o contratos nulos con arreglo a las leyes, el poder de disposición del transmitente debe hallarse, en pura lógica, fuera del ámbito contractual propiamente dicho, pues, de lo contrario, de exigirse en este momento provocaría la nulidad del contrato, que no podría ser convalidado por el Registro. Por ello, la venta de cosa ajena, en nuestro sistema de adquisición de los derechos reales, no sólo es válida, sino que *necesariamente* debe serlo para una correcta operatividad de la institución registral: el artículo 33 LH constituye, a mi juicio, una prueba más, acaso la decisiva, de que nuestro sistema patrimonial está edificado sobre la base de la situación del requisito del poder de disposición fuera del ámbito contractual (88). En el artículo 33 LH hay una venta nula de cosa propia y en el artículo 34 LH una venta válida de cosa ajena.

Lo mismo cabe decir con respecto a la exigencia de validez del título en la usucapión ordinaria establecida en el artículo 1.953 CC. Dado que, como está generalmente admitido, la usucapión viene a salvar la falta de poder de disposición del transmitente, si la venta llevada a cabo por un vendedor no dueño fuese nula, ¿cómo puede decirse que el comprador

(86) GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral e hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, pág. 81; MERINO GUTIÉRREZ, «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, 1995, pág. 3.

(87) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1945, pág. 431; GORDILLO CAÑAS, «Comentario a la Sentencia de 8 de marzo de 1993», *CCJC*, núm. 31, 1993, pág. 273.

(88) Sin embargo, no han faltado autores que han salvado el escollo del artículo 33 LH infravalorando su importancia (e incluso siendo calificado dicho precepto de inútil y equivocado) considerando el artículo 34 LH como una excepción al artículo 33 LH y, por tanto, constituyendo el artículo 34 LH un caso de convalidación de un acto nulo. En este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1948, pág. 503; VENTURA SOLA, *Fundamento de Derecho inmobiliario*, Madrid, 1916, pág. 128; DE CASSO, *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, pág. 381. Sin embargo, el hecho de que el ámbito de la protección que otorga la institución registral se circunscriba al *tercero*, pone de manifiesto que el artículo 33 LH no le resulta de aplicación, ya que si lo que resulta nulo es el contrato que vincula al tercero con su transmitente, sencillamente carece de condición de tercero, pues debe serlo con respecto de la relación jurídica que se impugna. Por su parte, CHICO ORTIZ (*Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1994, pág. 333) niega también que el artículo 34 LH constituya una excepción a la aplicación del artículo 33 LH.

puede ampararse en ella para adquirir por usucapión ordinaria? Y es que la exigencia de validez del justo título que establece el artículo 1.953 plantea muchos problemas a aquellos autores que quieren dotar al contrato más protagonismo en el terreno de la transmisión de los derechos reales que el que le otorga el párrafo segundo del artículo 609 CC. Así, ALAS, DE BUEN y RAMOS entienden contradictoria la exigencia legal de validez del justo título, pues «si el título es válido, ¿para qué la usucapión? Un título válido, por sí solo será apto para transmitir el dominio y no será necesario para nada el transcurso del tiempo. La expresión, evidentemente, no es todo lo clara que fuera de desear. Fuera de toda duda está que al hablar de validez no hace referencia el Código a validez absoluta» (89). Se acude para ello, como en tantas otras ocasiones, a la distinción entre validez y eficacia: «no sólo es preciso que el negocio sea apto, según su clase, para transferir la propiedad, sino que la hubiera transferido por concurrir en él todos los requisitos de validez (consentimiento, objeto, causa, forma, etc.), a no mediar un obstáculo externo que se opone a su eficacia; por lo común, la falta de titularidad del transmitente. O sea, se exige un título *válido* pero *no eficaz*. Uno que vale por reunir las circunstancias intrínsecas requeridas, pero que no produce efectos por un accidente externo: generalmente, el obstáculo opuesto por la regla *nemo dat quod non habet*» (90). En definitiva, como ha señalado BADOSA COLL, «el título ha de ser legalmente correcto e ineficaz, pues si fuera eficaz sobraría la usucapión» (91).

Desde estos planteamientos, aparece el poder de disposición como una condición de eficacia del título (92). Sin embargo, cabría preguntarse si nuestro Código Civil exige para la transmisión de los derechos reales *títulos eficaces*. A mi juicio, si hay algo que parece claro de la lectura del artículo 609 CC es la insuficiencia del contrato para operar por sí la mutación jurídico real. Nuestro sistema, fiel a la teoría del título y el modo, tal y como reconoce la práctica totalidad de la doctrina y jurisprudencia, exige la *traditio* para que se produzca la transmisión del derecho real. De manera que ésta podrá no producirse, bien porque el contrato o título adolece de algún vicio que lo invalide o bien porque el que transmitió no podía hacerlo

(89) ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la usucapión*, Madrid, 1916, pág. 207.

(90) LACRUZ, *Elementos...*, cit., pág. 210. También en este sentido LUNA SERRANO, *Comentario del Código Civil (art. 1.952)*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 2131.

(91) BADOSA COLL, voz «Justo título», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, 1971, pág. 711; ROCA SASTRE MUNCUNILL, «Las adquisiciones a *non domino*», *AAMN*, t. XIX, pág. 276; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1978, pág. 620.

(92) BADOSA COLL, voz «Justo título», *op. cit.*, pág. 683; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1.º, pág. 210, nota 23; GÓMEZ ACEBO, «La buena y mala fe en el Código Civil», *RDP*, pág. 206.

por carecer de facultades para enajenar. En el primer caso falla el título y en el segundo el *título es válido y eficaz*, ya que en nuestro sistema los contratos no generan derechos reales, sino sólo obligaciones. Lo que falla y lo que resulta inválido, y a su vez ineficaz, es la *traditio* traslativa del dominio (93).

Es por ello por lo que en nuestro sistema una venta de cosa ajena es válida y eficaz precisamente por su naturaleza obligacional, y ello por más que intervenga en el proceso transmisivo como contrato que alberga el elemento volitivo necesario para efectuar la transmisión. Esta última característica cualifica a la venta como *iusta causa* de la tradición y justo título de la usucapición. Así, la venta motivadora del *iter* propio de la usucapición debe ser válida y además eficaz, pues el hecho de que resulte eficaz no hace ociosa la usucapición, admitido que la venta es en sí misma insuficiente para producir el efecto jurídico real. Por eso, en nuestro sistema no es necesario acudir a la distinción entre validez y eficacia, salvo que de forma inconsciente —como afirma J. M. MIQUEL— «se le estén atribuyendo al contrato, implícitamente al hablar de su ineficacia, efectos que por sí solo no produce (...). No se puede decir que el título, si no se ha producido la transmisión por tradición, sea ineficaz, porque precisamente la transmisión no la produce el título por sí solo. Lo que sucede es que de ser eficaz como causa de la tradición, pasa a ser eficaz como título para la usucapición, lo que también es una eficacia en el ámbito de los derechos reales. Al margen de esto, el título válido será eficaz naturalmente en el ámbito de los efectos obligacionales que pueda producir una compraventa, una permuta, etc.» (94). En definitiva, el principio de fe pública registral y la institución de la usucapición ordinaria presuponen para su propia operatividad de una venta válida de cosa ajena.

Las razones expuestas en favor de la validez de la venta de cosa ajena justifican *a fortiori* la validez de la *venta de cosa común por un comunero aislado*. Sin embargo, si se analiza la jurisprudencia que ha recaído sobre esta cuestión se pone de manifiesto la incertidumbre reinante entre los Jueces acerca de la patología que genera la falta de poder de disposición. En efecto, no es infrecuente la venta efectuada por el cónyuge viudo de los bienes gananciales antes de liquidación de la sociedad conyugal; o la venta aislada por el coheredero de bienes hereditarios pendiente la partición de la herencia; o finalmente, la venta por un copropietario en el condominio ordinario. Son casos de ventas de bienes *parcialmente* ajenos en los que, al

(93) ASÍ, MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título de usucapición», *ADC*, 1971, pág. 1129

(94) J. M. MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, op. cit., pág. 357, y también en otro trabajo, «Presunción de propiedad y exhibición del título», *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1990, pág. 1341, nota 16.

igual que en la venta de cosa ajena, existe una falta (aquí sólo parcial) de poder de disposición.

Pues bien, en lugar de reconducirse estos supuestos al genérico de la venta de cosa ajena de cuya naturaleza participan (95), la jurisprudencia parece resolverlos con arreglo a un régimen jurídico propio que se encuentra en el artículo 397 CC. Señala este precepto que «ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos». De esta forma, si como viene entendiendo mayoritariamente la doctrina, este precepto resulta aplicable no sólo a los «actos de disposición material», sino también a los «actos de disposición jurídica» (96), la venta de cosa común por un comunero aislado es nula por faltar la unanimidad que el artículo citado requiere (art. 397 y 6.3.º CC).

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de diciembre de 1985 (ponente: Malpica González-Elípe, Ar. 6603). Ante una venta de finca urbana realizada por uno de los copropietarios en nombre propio, los compradores solicitan que se declare la validez de la venta. El Juzgado y la Audiencia desestiman la demanda y declaran nulo el contrato de compraventa, ya que «al pertenecer la cosa a varias personas ninguno de los condueños puede, conforme al artículo 397 CC,

(95) Así, la doctrina francesa resuelve el problema de la venta de cosa común en el mismo sentido que el de la venta de cosa ajena, es decir, con arreglo al artículo 1.599 del *Code*. En este sentido, PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. X, París, 1956, pág. 55, núm. 51; LAURENT, *Principes de Droit civil*, Bruselas, 1877, pág. 115, núm. 108. Por su parte, el Código Civil italiano en el artículo 1.480 se refiere expresamente a la venta de cosa parcialmente ajena a la que resulta de aplicación el artículo 1.479 que regula los efectos de la venta de cosa ajena. Así, dispone el artículo 1.480 que «*se la cosa che il compratore riteneva di proprietà del venditore era solo in parte di proprietà altrui, il compratore può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno a norma dell'articolo precedente, quando deve ritenersi, secondo le circostanze, che non avrebbe acquistato la cosa senza quella parte di cui non è divenuto proprietario; altrimenti può solo ottenere una riduzione del prezzo, oltre al risarcimento del danno*».

(96) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en Derecho español*, 1954, pág. 279; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1978, pág. 772; ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, vol. 1.º, Barcelona, 1989, pág. 405; DELGADO ECHEVARRÍA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 2.º, Barcelona, 1991, pág. 477; FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, pág. 397. Así lo viene entendiendo también la jurisprudencia. Sentencias de 9 febrero 1954 (Ar. 332), 10 octubre 1956 (Ar. 3184), 8 abril 1965 (Ar. 2150), 25 abril 1970 (Ar. 2044), 14 diciembre 1973 (Ar. 4780). En contra, MIQUEL, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pág. 384, y también en «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 727; MÉNDEZ APENELA, «La venta de cosa común por un comunero aislado», *Revista del Notariado*, abril-junio 1992, pág. 172.

alterar la cosa común, y como dice la Sentencia de 20 de diciembre de 1976, el máximo acto de alteración de la cosa común —cual es su enajenación— por uno solo de los comuneros, en contra de la exigencia de la unanimidad requerida para esta clase de actos, incurre, en un lado, en la sanción de la nulidad prevista en el artículo 4 CC, en cuanto es contrario a mandato legal expreso, y de otro, está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1.261 CC». El TS confirma los razonamientos de la Sentencia de instancia señalando que «la enajenación requiere unanimidad (art. 397 CC), es decir, el consentimiento del copropietario, a través de sus órganos legales de representación complementarios de su incapacidad, para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la Sentencia (fundamento de Derecho cuarto)» (97).

(97) También mantiene este criterio la Sentencia de 26 de febrero de 1982 (ponente: Beltrán de Heredia y Castaño, Ar. 790). Realizada la partición de una finca rústica, se adjudicó la nuda propiedad de la misma a las hijas del fallecido y el usufructo vitalicio a la madre. Posteriormente la finca fue vendida mediante documento privado a una sociedad anónima, figurando como vendedoras la viuda y una de las hijas que actúan en su propio y exclusivo derecho y nombre. Meses más tarde, la hija que había actuado como vendedora actuando como mandataria verbal de su madre, previa consignación del dinero recibido, requirió notarialmente a la compradora para dar por resuelto el contrato con base en que no se había obtenido el consentimiento de sus otras dos hermanas, a lo que se opuso la sociedad compradora. Las sentencias de instancia desestiman la demanda resolutoria de los demandantes y el Tribunal Supremo casa la Sentencia declarando la nulidad de la venta por violación de los artículos 1.261 y 397 CC, ya que «no mediando el consentimiento de las otras partícipes de la comunidad que tampoco ratificaron después el acto realizado, es evidente que éste va en contra de lo dispuesto en el artículo 397 CC, incurriendo en la sanción de la nulidad radical (Considerando segundo)». Obsérvese que el Tribunal Supremo de la razón en este caso a la parte que incumple, ya que piden la resolución las vendedoras de cosa parcialmente ajena y no las condueñas «perjudicadas». Esta circunstancia ha sido denunciada por J. M. MIQUEL («Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 728), quien señala que «las sentencias que declaran la nulidad de la venta de cosa común sin la necesaria unanimidad son censurables no sólo por no estar de acuerdo con la correcta doctrina en materia de venta de cosa ajena, sino por imponer dicha nulidad absoluta en favor de quien precisamente ha dado lugar a dicha nulidad. Es decir, en favor de los vendedores que afirman contar con el consentimiento del comunero que en realidad no consiente. Resulta sumamente extraño que el artículo 397 sea entonces el que produzca tan injusto resultado. Si un comunero vende la cosa afirmando contar con el consentimiento de los demás, no siendo cierto, no se ve por qué razón el comprador tenga que pasar por la nulidad absoluta del contrato cuando él quiere que por lo menos valga en la parte del comunero que consintió y afirmó que contaba con el consentimiento de los demás». También en el mismo sentido, cfr. Sentencias de 11 de febrero de 1952 (Ar. 283), 20 de mayo de 1957 (Ar. 1974), 4 de enero de 1965 (Ar. 152), 23 de junio de 1976 (Ar. 2920), 27 de diciembre de 1978, 14 de marzo de 1983 (Ar. 1475) y 16 de mayo de 1991 (Ar. 3704).

No parece que para resolver el problema de la validez de la venta de cosa común por un solo comunero sea necesario recurrir —como hace MÉNDEZ APENELA— a la polémica acerca del ámbito de aplicación del artículo 397 CC; es decir, a si este precepto es aplicable o no a los actos de disposición jurídica (98). La solución al problema planteado, a mi juicio, es independiente de la posición que se adopte sobre este particular, y ello porque aun cuando se admita que los actos de disposición jurídica requieren la unanimidad establecida en el artículo 397 CC, la venta es un negocio de obligación y no de disposición (99). La naturaleza obligacional de la compraventa posibilita la validez de la venta de cosa ajena y, *a fortiori*, la de cosa común. En este sentido, como advierte RODRÍGUEZ MORATA, «la compraventa no transmite por sí misma la propiedad de la cosa común, sólo puede producir efectos (obligacionales) entre las partes. De ahí que, en puridad, difícilmente pueda el contrato “alterar” el derecho que corresponde al verdadero propietario de la misma» (100).

Las sentencias que declaran nula la venta de cosa común atribuyen a la venta efectos que la misma no puede producir en virtud de lo dispuesto en el artículo 609.2.º CC, confundiendo venta y transmisión (101) como si el sistema vigente en nuestro Código Civil fuera el consensual francés. A mi entender, el artículo 397 CC viene simplemente a consagrar de nuevo (y siempre que se entienda que entran en su ámbito de aplicación los actos de disposición jurídica) la regla *nemo dat quod non habet*. Dado que la cosa es común será necesario el consentimiento de todos los comuneros para la validez del acto dispositivo. Por ello, su ámbito de aplicación son los actos de disposición y la venta en nuestro sistema no tiene esta naturaleza (102). Predicar la nulidad de la venta de

(98) Así lo hace MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, op. cit., pág. 175.

(99) Así lo ha puesto de relieve GARCÍA VALDECASAS, «La comunidad hereditaria», *AAMN*, t. VII, Madrid, 1953, pág. 265.

(100) RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, op. cit., pág. 83.

(101) MIQUEL. J. M., *Comentarios...*, cit., pág. 397.

(102) En este sentido, señala LARRONDO LIZARRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Madrid, 1994, pág. 619, que «la validez del acto dispositivo no unánime se logra merced al mecanismo de la venta obligacional. El objeto de ésta no es un *dare*, sino un *facere*, que consiste en una obligación de adquisición de la propiedad por el disponente a fin de verificar la entrega en favor del otro contratante. La venta de un bien herencial indiviso por un coheredero ha de calificarse como venta de cosa ajena, que en sí es válida como justo título para la usucapción ordinaria y produce efectos obligacionales entre las partes —tales como la responsabilidad por incumplimiento y saneamiento por evicción— aunque no provoque inmediatamente un efecto traslativo». Sin embargo, a mi juicio, la naturaleza obligacional de la compraventa permite mantener su validez, pero no la del acto dispositivo.

cosa común por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 CC implica considerar a la venta como acto de disposición, lo que infringe lo dispuesto en el artículo 609.2.º CC.

Tampoco parece correcto estimar nula la venta de cosa común por un comunero aislado por falta de consentimiento de los demás comuneros (art. 1.261.1.º CC) (103). En este sentido, y como ha puesto de relieve MIQUEL, «es evidente que el consentimiento al que se refiere el artículo 1.261 CC es el de las partes contratantes. Es muy claro que para asumir obligaciones contractuales no hace falta una específica titularidad, como sí hace falta para ser transmitente» (104). Efectivamente, el artículo 1.261.1.º CC requiere que las partes contratantes presten su consentimiento en obligarse (art. 1.457 CC). El consentimiento de los demás comuneros será necesario para la realización del acto de disposición, siendo para ellos irrelevante el contrato celebrado por el comunero vendedor y el comprador en virtud del principio *res inter alios acta* (art. 1.257 CC). Sostener lo contrario implica, una vez más, confundir venta y transmisión; en definitiva, dotar a la venta de naturaleza dispositiva.

Precisamente la venta realizada por un comunero aislado es válida por carecer de naturaleza dispositiva. Afirmar que la venta es válida no implica sostener que el acto dispositivo también lo sea. Este autor queriendo justificar la validez de la venta se refiere constantemente a lo largo de su trabajo de validez del acto dispositivo. Defecto terminológico que se aprecia también en el trabajo de MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, op. cit., pág. 187.

(103) Así la Sentencia de 19 de diciembre de 1985 (Ar. 6603) o la de 29 de abril de 1986 (Ar. 2065), en las que se declara que «no ofrece duda racional alguna para proclamar que las convenciones cuya nulidad se postula en la demanda inicial de estas actuaciones no estaban adornadas de los requisitos que el artículo 1.261 de nuestro Código exige para la existencia del contrato, habida cuenta de que el condómino vendedor no podía prestar el consentimiento para la enajenación de pleno dominio de unos inmuebles de los que sólo corresponde participaciones indivisas». Asimismo, en la Sentencia de 8 de noviembre de 1983 (ponente: De Castro García, Ar. 6067), ante una venta de cosa común (se venden dos pisos de un edificio común), se encuadra la cuestión en el artículo 1.261.1.º CC, señalando que «si todo negocio de disposición precisa como esencial presupuesto el poder jurídico de disponer sobre la cosa o el derecho transmitido carecerá de eficacia frente al titular exclusivo o el cotitular la enajenación realizada por quien carece de poder de disposición, pues ya se entienda que se trata de una comunidad o se califique la situación de sociedad particular informal, los artículos 397 y 1.695, regla 4.ª, del Código Civil impedirían a dos de los condueños o socios proceder a la venta de pisos sin recabar la intervención o la anuencia del tercero, por lo cual los negocios celebrados no vinculan a éste, pues con relación a los actos dispositivos no rige el principio de la mayoría (Considerando tercero)». En este sentido, también declara la nulidad de la venta de cosa común (comunidad postganancial) por falta de consentimiento la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993 (Ar. 6457).

(104) MIQUEL, J. M., *Comentarios...*, op. cit., pág. 397; MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, op. cit., pág. 167; LARRONDO LIZARRAGA, *La eficacia del acto dispositivo...*, cit., pág. 558.

Cosa distinta es que el comunero vendedor no actúe en nombre propio, sino atribuyéndose la representación de los demás, supuesto que queda fuera de la problemática de la venta de cosa ajena y donde sí existe un problema de consentimiento y no de carencia de poder de disposición y que se resuelve conforme lo dispuesto en el artículo 1.259 CC (105).

Esta tendencia jurisprudencial que reconduce la patología engendrada por la falta de poder de disposición al terreno contractual declarando la nulidad del contrato, además de contravenir lo dispuesto en el artículo 609.2.º, choca con instituciones conexas (106). Declarada nula la venta de cosa ajena (o común), se le niega toda virtualidad para constituir justo título para la usucapción ordinaria (art. 1.953 CC). A esta criticable solución llegó

(105) Así sucedió en los hechos que enjuicia la Sentencia de 23 de junio de 1976 (ponente. Peral García, Ar. 2920). La viuda (usufructuaria), por sí y en representación de uno de sus hijos que no ostentaba y sus otros dos hijos, vendieron una finca de la que los tres hijos eran nudos propietarios. El comprador demanda la elevación a escritura pública de dicho contrato. El TS declara nulo el contrato de compraventa por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 CC (Considerando cuarto). En este supuesto, la madre se atribuye la representación de uno de sus hijos sin ostentarla, por lo que, a mi juicio, debiera haber sido reconducida la solución al artículo 1.259 CC. A los distintos efectos que produce la venta aquejada de falta de poder de representación (venta en nombre de otro) y la venta en nombre propio de cosa ajena, se refiere la Sentencia de 14 de octubre de 1991 (ponente. Albacar López, Ar. 6921). Por su parte, señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 190, que «cuando se vende la cosa común y no se especifica que el resto de los copropietarios quedan al margen, hay una intención implícita de comprometerlos (algo parecido a lo que ocurre con el *falsus procurator*)». Ahora bien, esta afirmación deberá ser demostrada en cada caso concreto y no cabe generalizarla a todos los supuestos de venta de cosa común. Resulta esencial para determinar su tratamiento si el comunero vende o no la cosa común en nombre propio o también en nombre de los demás comuneros. Si vende la cosa común en nombre propio, falta el poder de disposición y el contrato es válido, resultando ineficaz la tradición. Si, por el contrario, contrata en nombre de los demás comuneros, falta la legitimación para contratar.

(106) Hay que decir, sin embargo, en favor del Tribunal Supremo que, en los casos en los que una venta de cosa ajena (ya sea total o parcialmente ajena) sus pronunciamientos giran en torno a la validez o nulidad del contrato, es porque en las demandas así se solicita. En lugar de solicitarse en estos supuestos la nulidad del acto de cumplimiento, que es lo que entiendo sería lo correcto, se pide la nulidad del contrato, por lo que el Tribunal se ve obligado a pronunciarse sobre ella, cuando en muchas ocasiones se puede dar la razón al demandante sin declarar nulo el contrato de venta. Acertadamente, el TS en Sentencia de 31 de enero de 1994 (ponente: Marina Martínez-Pardo, Ar. 642) ante un caso de venta de cosa común en el que la demandante pidió la nulidad del contrato que fue estimada en las sentencias de instancia, el TS declara que «solicitada la nulidad total de la compraventa y la desestimación total de la demanda, cabe dentro de la congruencia estimar la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (fundamento de Derecho tercero)». «Se puede afirmar que pedida la nulidad absoluta al acordar la relativa o sólo nula para producir con la tradición la transmisión del dominio, ello no comporta incongruencia».

el Tribunal Supremo en las Sentencias de 14 de marzo de 1983 (107) y 4 de enero de 1965 (108).

(107) Los hechos que se enjuician en la Sentencia de 14 de marzo de 1983 (Ar. 1475) se relatan en su segundo Considerando que reproduzco: a) la demandante es hija de don Francisco P. M., fallecido en 1946, cuando aquélla contaba dos años de edad, el cual instituyó heredera a la misma en su testamento otorgado el 5 de enero de 1946, reconociendo también derechos sucesorios expectantes a su sobrino, el actual demandado y recurrido, como descendiente de don Gabriel P. M., hermano del testador; b) la viuda de don Francisco, también demandada, doña Josefa P. N., sin previa liquidación de la sociedad de gananciales, dispuso por escritura pública de 26 de enero de 1959 de un inmueble urbano sito en la calle Mayor, número 13, de Mogente (Valencia), cuyo inmueble conocía el comprador, don Adrián P. V., sobrino del testador, que pertenecía a éste, al menos en su mitad *pro indiviso*, y a su padre, don Gabriel, en la otra mitad, según confesó en la litis y se deduce de su escrito de contestación a la demanda en la cláusula sexta de su testamento; c) por escritura de 20 de junio de 1966, cuando ya había cumplido a la sazón la mayoría de edad la demandante y actual recurrente, la codemandada doña Josefa P. acordó con el albacea nombrado en el testamento de 1946 otorgar escritura de testamentaría prescindiendo del inmueble de que se había dispuesto en 1959, manifestando que le pertenecía como adjudicado al fallecimiento de su marido en concepto de su parte en los gananciales. El TS declara la nulidad radical de una venta realizada por el cónyuge supérstite de un inmueble incluido en los bienes relictos de su esposo fallecido, sin previa práctica de liquidación de los bienes de la sociedad conyugal. Esta circunstancia era conocida por el comprador de la finca. La Sentencia basa la nulidad del contrato en «la ilicitud de la causa de la intentada compraventa como resultante de una convención en que la vendedora, carente de título de dominio, dispone a favor de persona conocedora de esta carencia o, al menos, con manifiesta negligencia no se cerciona de la comprobación del derecho de que se disponía en perjuicio de otro, con todo lo cual se infringió el artículo 1.275, en relación con el artículo 1.261.3 del citado Código Civil». Consecuencia de esta afirmación es la inaptitud de dicho contrato como justo título para la usucapión ordinaria: «un contrato inexistente o radicalmente nulo no puede integrar el justo título a que se refiere el artículo 1.952 del Código Civil, ya sea por defecto de forma esencial o por otro defecto sustancial, como lo es la falta de título dominical por parte del transmitente conocido por el comprador en contrato otorgado en perjuicio de tercera persona (...)» Como ha señalado DELGADO ECHEVARRÍA al comentar esta Sentencia (CCJC, núm. 2, 1983, pág. 471), «de admitir esta doctrina, nunca cabría la usucapión ordinaria de inmuebles, pues o bien el vendedor era dueño y podía transmitir, en cuyo caso sobra la usucapión, o no lo era, en cuyo caso, no siendo nunca justo el título, faltaría siempre este requisito».

(108) La Sentencia de 4 de enero de 1965 (ponente: García Monge y Martín, Ar. 152) enjuicia la validez de una venta de finca ganancial por el cónyuge viudo antes de la liquidación de la sociedad conyugal. El TS declara que tal venta «carece de validez al haber sido otorgada en clara contravención con la Ley, sin que pueda soslayarse esta nulidad por la doctrina del valor de la venta de cosa ajena, puesto que, sean cualesquiera los efectos que ella pueda producir entre los contratantes, nunca puede transmitir el dominio de que carece el vendedor en perjuicio del verdadero dueño o de los derechos que ostenten otras personas ajenas al contrato; y esta nulidad, teniendo en cuenta que se efectúa después de la disolución legal de la sociedad y antes de su liquidación, debe ser calificada, por la evidente contravención legal que implica, como radical y absoluta, denunciabiles por quienes, ajenos al contrato, resultaron perjudicados en sus derechos adquiridos (Considerando primero)». Esta Sentencia declara la nulidad absoluta de la venta sin hacer mención a la norma que entiende infringida y niega la consideración de dicha venta como justo título para la usucapión ordinaria (Considerando segundo).

Especial atención merece la Sentencia de 11 de abril de 1953 (ponente: Vacas Andino, Ar. 1262) en la que se evidencia claramente la confusión que existe en esta materia. Ignacio, copropietario con su hermano de una casa familiar procedente de la herencia de su padre, vende, antes de la partición, unos tapices que formaban parte de la colección a un Ayuntamiento. El otro hermano y coheredero demanda al comprador pidiendo la nulidad de la venta y la restitución de los tapices a la herencia. El Ayuntamiento afirma que el contrato es válido, pues reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 1.261 CC. Las sentencias de instancia estiman la demanda declarando la nulidad del contrato de compraventa y son confirmadas por el Tribunal Supremo, señalando que «aunque se admitiera con el recurrente que dado el carácter consensual que el contrato de compraventa tiene la venta de cosa ajena debiera estimarse válida, tal cuestión podría ser debatida entre los contratantes para exigirse el cumplimiento del contrato o la indemnización correspondiente si tal cumplimiento fuera imposible, *pero no podría afectar al copropietario de la cosa, tercero, en el contrato que no puede ser desposeído de su derecho por virtud de ningún contrato en que no haya intervenido y cuya nulidad puede reclamar, quedando a salvo el derecho del comprador a ejercitar contra el vendedor las acciones correspondientes y entre ellas las de saneamiento por evicción que le reconocen los artículos 1.474 y 1.475 CC (Considerando segundo)*».

Es decir, el contrato es válido *inter partes* y nulo frente a tercero. ¿Es que sólo cabe proteger al copropietario no interviniente declarando la nulidad del contrato? El contrato de compraventa es *res inter alios acta*, y precisamente por su naturaleza obligacional no dispositiva no supone ningún peligro para el copropietario, quien dada su condición de dueño podrá reivindicar la cosa pidiendo la nulidad de la *transmisión* por falta de poder de disposición del vendedor, pero no la nulidad del contrato, que no le afecta en absoluto. No es posible hablar de validez *inter partes* como si los contratos pudieran producir efectos *erga omnes*, que son los que la sentencia pretende enervar. En definitiva, la confusión entre compraventa y transmisión, entre título y modo, es otra vez patente. El poder de disposición es un requisito necesario para que tenga lugar la transmisión y no para el contrato generador de la obligación. Ello viene avalado por la norma contenida en el artículo 1.160 de nuestro Código Civil que establece, en su inciso primero, que «*en las obligaciones de dar no será valido el pago por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla*». Este precepto se refiere a las obligaciones de dar en sentido estricto, conforme al término romano *dare*, es decir, aquellas en las que el deudor se obliga no a la mera entrega de una cosa, sino a transmitir la propiedad u otro derecho real. El artículo 1.160 CC exige la libre disposi-

ción y la capacidad para enajenar, no en el momento del nacimiento de la obligación, sino en el momento del cumplimiento, posición absolutamente coherente con nuestro sistema de transmisión que declara la insuficiencia del contrato para operar la mutación jurídico real y que viene a avalar la tesis aquí mantenida de que el poder de disposición no es un requisito del contrato, sino de la transmisión que se produce en nuestro ordenamiento en la fase solutoria.

No han faltado, sin embargo, sentencias favorables a la validez de la venta de cosa común a la que se considera como una modalidad de la venta de cosa ajena (109). En este sentido hay que destacar, por lo acertado de su doctrina, la Sentencia de 27 de mayo de 1982 (ponente: Fernández Rodríguez, Ar. 2605) (110), que aplica a la venta de cosa común la doctrina general de la validez de la venta de cosa ajena:

(109) Así, las Sentencias de 19 de enero de 1965 (Ar. 152), 5 de febrero de 1968 (Ar. 732), 28 de mayo de 1986 (Ar. 2832), 14 de octubre de 1991 (Ar. 6921), 11 de mayo de 1992 (Ar. 3896). Asimismo la Sentencia de 5 de julio de 1958 (ponente: Domínguez de Molina, Ar. 2537) comentada por MENCHEN, *RCDI*, 1959, pág. 694, sitúa el poder de disposición en el terreno del cumplimiento del contrato. Los hechos que enjuicia esta Sentencia son los siguientes: La parte demandada suscribió un contrato en documento privado en el que consta «haber recibido del actor la cantidad de 16.000 pesetas como parte del precio de la finca que luego se describiría, que la enajenaban en la suma de 30.000 pesetas libre de toda carga. Se consignó también que en la fecha del otorgamiento de tal documento privado tomaba posesión de la finca la parte actora y que se fijaba como plazo para otorgar la escritura de compraventa diez meses. No habiendo sido otorgada dicha escritura, la parte demandante solicitó del Juzgado que se condenara a los demandados a dicho otorgamiento. Compareció por los demandados doña Mercedes P. alegando que el referido documento era nulo, toda vez que estaba autorizado por Matilde P., de estado casada, sin licencia de su marido y no intervinieron en él dos de los seis propietarios de la mitad de la finca, que se hallaban en América, por lo cual procedía la rescisión del mismo y la devolución al actor de las cantidades entregadas. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la parte demandada. La Audiencia Territorial revocó dicha Sentencia condenando a los demandados a otorgar la escritura de compraventa. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo declara no haber lugar, declarando lo siguiente: «Dado el carácter puramente consensual que, conforma a los claros términos de los artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil, tiene en nuestro Derecho positivo el contrato de compraventa, la validez del mismo es forzoso admitirla desde el momento en que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes sobre la cosa y el precio, pues desde entonces surgen las respectivas obligaciones de las partes, sin que el hecho de que la cosa no sea de la propiedad del vendedor impida el nacimiento de la obligación que asume de entregarla, porque ello, que únicamente afecta a la consumación del contrato, podrá determinar, en sustitución de aquélla, la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento si no quisiere o no pudiere —salvo que en este último supuesto concurren circunstancias especiales— adquirir lo que libremente se comprometió a entregar, o en su caso la acción de saneamiento de los artículos 1.475 y siguientes del Código Civil, todo lo cual viene a evidenciar la eficacia obligatoria del contrato... (Considerando primero)».

(110) Los hechos que enjuicia esta Sentencia han sido ya relatados en la nota 33 de este trabajo.

«En los supuestos de venta de cosa ajena, lo que supone vender como propios bienes que pertenecen a una comunidad hereditaria de la que forma parte el transmitente, cuya validez proclamaban las Partidas (P. 5.5.19), admitió el Fuero Juzgo y negó el Fuero Real, que en rigor era la regla vigente al promulgarse el Código Civil, tiene solución afirmativa en éste, pues si ciertamente no contiene precepto alguno que declare válida la venta de cosa ajena, no obstante, cabe admitirla, debido a que dicho ordenamiento jurídico en vigor construye fundamentalmente el contrato de compraventa bajo el patrón del Derecho romano, como lo revelan los artículos 1.445, 1.450, 1.461 y las específicas normas referentes a la evicción contenidas en los artículos 1.474, 1.475, 1.476, 1.477, 1.480 y 1.502, determinante todo ello de que, siguiendo sustancialmente el sistema romano sobre compraventa, en que ésta es sólo generadora de obligaciones, de modo que el vendedor contrae únicamente la obligación de proporcionar una cosa al comprador, sin que ningún precepto obligue al primero a que sea propietario de la cosa vendida, puesto que este extremo es indiferente de momento para la eficacia de la compraventa en sí, de tal manera que si el vendedor es dueño la tradición transferirá el dominio al comprador, y si no, lo es todo el poder y posesión que él tuviera sobre la cosa, con la posible consecuencia de que sumando el tiempo de posesión del vendedor con el del comprador puede producirse usucapión a favor de éste, y si el vendedor no es dueño de la cosa vendida y éste, antes de consumarse la usucapión, es reivindicada por el verdadero dueño, entonces el vendedor está obligado a sanear, o sea, a dejar indemne al comprador (Considerando segundo)».

«Que la solución acogida en el precedente es consecuencia de que, por esta orientación del Derecho romano, la compraventa en el Código Civil español es meramente una relación jurídica obligacional, de modo que el vendedor exclusivamente está obligado directamente a la entrega y, en su caso, al saneamiento en caso de evicción, porque el legislador estima que aunque nadie puede transmitir lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*), nada impide que el vendedor se obligue a entregar más tarde una cosa que al tiempo del contrato era de otro, lo que es consecuencia del negocio meramente obligatorio que supone la venta romana, inspiradora del citado Código Civil español, significativo de un sistema en que la compraventa es un simple contrato generador de obligaciones, o sea en el que la *emptio venditio* no puede engendrar otra cosa que la *obligatio*, a diferencia del negocio transitorio o de disposición, en que su objeto inmediato o directo es la cosa transmitida o de que se hace disposición, con la consecuencia de que en la *venditio rei alienae* en el sistema adaptado al Derecho romano, seguido por nuestro precipitado ordenamiento jurídico general, y que tiene específico reflejo en ordenamientos forales que también mantienen esa orientación, es indiferente que las cosas vendidas sean o no del vendedor, ya que el ser suya o ajena la cosa vendida no es

condición o requisito incorporado al contrato, al limitarse la obligación del que vende a tener como objeto directo e inmediato la prestación, es decir, su actividad propia de suministrar al comprador las cosas especificadas en la compraventa, pero sin ser éstas propiamente objeto directo de la obligación asumida por aquél, pues si bien es cierto que en el Derecho romano la obligación del vendedor que imponía sólo a éste el entregar o apoderar de la cosa vendida al comprador (*vacuum possessionem tradere*) (...) no impedía finalidad traslativa del dominio, sin embargo aquel carácter meramente obligacional de la compraventa determinaba que con relación a la *traditio* en que había una intención de transferir la propiedad a fin de que el comprador se hiciera dueño de las cosas tradidas (*animus transferendi et accipiendi dominii*) creando una obligación a cargo del vendedor de hacer todo lo necesario para que el comprador pueda tener las cosas vendidas como propias, o sea, que se porte respecto de ella como dueño, a causa de que en la *traditio* no sólo hay un *corpus*, consistente en el acto real del traspaso meramente posesorio, sino que además existe un *animus*, que consiste en querer hacer dueño al comprador, sin embargo, en la compraventa romana, que sigue el Código Civil español mediante la tradición del vendedor cumple su obligación de momento con desprenderse, desapoderarse o desinvertirse del poder o señorío que pudiese tener sobre las cosas tradidas, atribuyéndolo, incorporándolo o traspasándolo a la persona del comprador, pues *una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene la finalidad traslativa del dominio y otro que un negocio sea de transmisión del dominio* (Considerando tercero)».

Como se ve, el Tribunal Supremo destaca con contundencia la naturaleza obligacional de la compraventa y, por tanto, en su falta de eficacia dispositiva, para con ello justificar la validez de la venta de cosa ajena de la cual no es sino una variedad la venta de cosa común.

Aquí está la clave de la inteligencia de nuestro sistema. Poco importa a los efectos de la validez del contrato cuál sea la posición deudora del vendedor, pues aunque éste estuviera obligado a producir el resultado traslativo, ello no es obstáculo a la admisión de la validez de la venta, que no pierde por ello su naturaleza obligacional. La sentencia citada explica claramente la distinción entre negocio de transmisión del dominio y negocio traslativo del dominio. La compraventa participa de este último carácter aportando el elemento volitivo a la tradición que produce el efecto traslativo. En definitiva, la separación entre los negocios de obligación y de disposición propia del Derecho romano subsiste en nuestro sistema. El poder de disposición es un elemento ajeno al contrato en cuanto productor de obligaciones y en cuanto elemento que interviene en el proceso transmisivo (art. 609.2.º CC), pero que no es el responsable de la consecución final de este efecto real.

Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

SUMARIO: INTRODUCCION: ARTÍCULO 16. RÉGIMEN GENERAL. ARTÍCULO 17. PAGOS A LOS PROVEEDORES. DISPOSICIONES ADICIONALES TERCERA Y CUARTA: *Tercera. Cuarta.*—I. DESCRIPCION DEL PROBLEMA: LOS APLAZAMIENTOS DE LOS PAGOS A PROVEEDORES.—II. LAS SOLUCIONES NORMATIVAS.—III. ANTECEDENTES Y TRABAJOS LEGISLATIVOS.—IV. ENCUADRE SISTEMATICO EN NUESTRO DERECHO: 1. NORMA DE DERECHO PRIVADO SUSTANTIVO CON FINALIDAD TUTITIVA O DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL. 2. SU ENCAJE EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA.—V. AMBITO SUBJETIVO: 1. EL SUPUESTO DE HECHO PREFERENTEMENTE CONTEMPLADO POR LA NORMA: LA ADQUISICIÓN POR LOS COMERCIANTES MAYORISTAS (GRANDES SUPERFICIES) Y LAS REALIZADAS O INTERMEDIADAS POR LAS «CENTRALES DE COMPRA». 2. EL ADQUIRENTE. 3. EL PROVEEDOR.—VI. AMBITO OBJETIVO. OPERACIONES INCLUIDAS.—VII. CUESTIONES DE DOCUMENTACION (ALBARAN Y FACTURA).—VIII. «GARANTIAS LEGALES» DE COBRO DEL PRECIO APLAZADO.—IX. EXAMEN DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES TERCERA Y CUARTA DE LA LEY: 1. LA POSIBLE UTILIZACIÓN ABUSIVA DEL CRÉDITO A PROVEEDORES POR LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS Y CENTRALES DE COMPRA. LA PRESUNTA «ACTIVIDAD CREDITICIA» DE ESTAS ENTIDADES. 2. LA MALA GESTIÓN FINANCIERA Y EL RIESGO DE INSOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS. 3. LA TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD DE ESTAS PRÁCTICAS. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. 4. LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS DE COMERCIANTES Y EL REGISTRO MERCANTIL. 5. AMPLIACIÓN DEL PERÍMETRO SUBJETIVO DEL REGISTRO MERCANTIL. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA.—REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

INTRODUCCION

La nueva Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista contiene la siguiente regulación sobre aplazamientos de pago y sobre la publicidad registral de comerciantes.

ARTÍCULO 16. RÉGIMEN GENERAL

El régimen jurídico de las adquisiciones de toda clase de productos efectuadas por comerciantes se sujetará a lo dispuesto en la legislación civil y mercantil con las especialidades contenidas en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 17. PAGOS A LOS PROVEEDORES

1. A falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compren el mismo día de su recepción.

2. Los comerciantes, a quienes se efectúen las correspondientes entregas, quedarán obligados a documentar, en el mismo acto, la operación de entrega y recepción con mención expresa de su fecha.

3. Cuando los comerciantes acuerden, con las personas a quienes compren las mercancías, aplazamientos de pago que excedan de los setenta días desde la fecha de entrega y recepción de las mismas, el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria con mención expresa de la fecha de pago, indicada en la factura. Este documento deberá emitirse o aceptarse por los comerciantes dentro del plazo de 30 días desde la fecha de la recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido previamente enviada. Para la concesión de aplazamientos de pago superiores a ciento veinte días, el vendedor podrá exigir que queden garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución.

4. En cualquier caso, se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto, a aquél en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 1. En estos supuestos, el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será un 50 por 100 superior al señalado para el interés legal, salvo cuando el interés pactado fuere superior.

5. A los efectos prevenidos en el presente artículo y con referencia exclusiva a los bienes consumibles, se entenderá como fecha de entrega aquélla en la que efectivamente se haya producido, aunque, inicialmente el título de la entrega fuese distinto del de compraventa, siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor.

DISPOSICIONES ADICIONALES TERCERA Y CUARTA

Tercera

Se añade el siguiente inciso final al apartado 1 del artículo 221 de la Ley de Sociedades Anónimas:

«Cuando la sociedad tenga un volumen de facturación anual superior a mil millones de pesetas, el límite de la multa para cada año de retraso se elevará a cincuenta millones de pesetas».

Cuarta

1. Las entidades de cualquier naturaleza jurídica que se dediquen al comercio mayorista o minorista o a la realización de adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas, por cuenta o encargo de los comerciantes al por menor, deberán formalizar su inscripción, así como el depósito anual de sus cuentas en el Registro Mercantil, en la forma en que se determine reglamentariamente, cuando en el ejercicio inmediato anterior las adquisiciones realizadas o intermediadas o sus ventas hayan superado la cifra de cien millones de pesetas. Estas obligaciones no serán aplicables a los comerciantes que sean personas físicas.

2. La falta de inscripción o de depósito de las cuentas será sancionada en la forma prevista en el artículo 221 de la Ley de Sociedades Anónimas.

3. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 se aplicará sin perjuicio de la obligación de inscripción y depósito de cuentas establecida para otras entidades de acuerdo con sus normas específicas.

I. DESCRIPCION DEL PROBLEMA: LOS APLAZAMIENTOS DE LOS PAGOS A PROVEEDORES

A diferencia de lo que ocurre con las transacciones entre el consumidor final y las empresas productoras y distribuidoras de bienes y servicios en que el pago al contado es regla general, en las transacciones interempresariales el pago aplazado a los proveedores impera de modo universal. El aplazamiento de los pagos en este último caso tiene una indudable justificación económico-jurídica: constituye un mecanismo de defensa de la posición del comprador frente a posibles vicios internos —los que no son evidentes a la entrega— o para prevenir la inadecuación de las mercancías a las condiciones pactadas y al uso convenido y, sobre todo, permite obtener

una financiación alternativa a coste inferior al bancario. Precisamente, es notorio que el crédito bancario a corto plazo, cuando es disponible, sobre todo para las pequeñas empresas, tiene elevadísimo e insoportable coste.

La fijación de aplazamientos, así como la determinación misma del precio, son resultado de la dinámica del mercado y quedan abandonadas a la libertad contractual. No puede negarse que la determinación del plazo de pago es un elemento esencial en la fijación del precio. Es habitual que en situaciones de recesión económica se produzcan alargamientos de los plazos contractuales y aumentan los deudores en mora. Siempre inevitables también son las demoras derivadas de litigios relativos a la ejecución del contrato o consecuencia de una mala gestión de pagos por las empresas. Rigurosamente nuevo es un fenómeno que empeora en los últimos años: el sistemático alargamiento de los plazos de pago efectivos a proveedores.

Este fenómeno relativamente novedoso no sólo consiste en el alargamiento de los plazos contractuales de pago sino también en una cierta proliferación de las situaciones de mora (incumplimiento de la obligación de pago del precio en los plazos convenidos).

Este fenómeno tiene los siguientes rasgos: es *general* (afecta a todo tipo de transacciones y a todos los países de nuestro entorno) y *regresivo* (produce un efecto de emulación en cadena tanto en sentido vertical como horizontal: las empresas proveedoras repercuten los efectos derivados del alargamiento de plazos y de la demora en sus proveedores y éstos en los suyos, etc...; las empresas que concurren en el mismo mercado compiten para obtener mayores ventajas de plazos de sus respectivos proveedores).

Es de advertir que el atrasamiento de pagos presenta *eficacia diversa en intensidad* según: la posición de la empresa proveedora respecto a la cliente; el sector económico de que se trate (existe una situación más preocupante en el sector agro-alimentario en donde mayor es el abismo entre la rotación de los *stocks* y los plazos de pago definitivo a los proveedores) y los diversos países (nuestro país, junto con Francia, van a la cabeza en la longitud de los plazos, lo que entraña una pérdida sensible de competitividad de nuestras empresas en el mercado interior).

Los efectos perniciosos del retardo en los pagos se refuerzan e intensifican cuando existe un poder relativo de demanda (posición de dominio relativo en el mercado) algo habitual en la actual situación de los mercados caracterizada por la generalización del fenómeno de concentración empresarial: los aplazamientos son tanto más rigurosos cuanto más fuerte es la posición dominante. Así puede ocurrir en las relaciones entre la gran empresa distribuidora (gran superficie, central o supercentral de compra) y sus proveedores; entre contratistas y subcontratistas; entre empresas industriales y de distribución; entre los administradores y la Administración contratante en los contratos públicos, etc...

Desde una perspectiva jurídica, el sistemático empeoramiento de las condiciones de los aplazamientos de pagos a veces llega a traducirse en una mixtificación de la verdadera causa del contrato de crédito comercial. En estas situaciones patológicas, la finalidad no es aquí tanto obtener una financiación comercial (financiar a coste razonable la adquisición de mercancías y por el lapso de tiempo que media entre el suministro y la recuperación del gasto cuando se produce la venta al consumidor final) sino más bien financiera y de carácter extraordinario. Los plazos de pago exceden con mucho de los que podríamos considerar «normales»: se alarga el plazo de disfrute de las disponibilidades líquidas por el tiempo que media entre la venta al contado de las mercancías adquiridas a plazo a proveedores y el pago efectivo a éstos últimos. El crédito comercial no presenta vinculación alguna con la rotación de los *stocks*.

Algunas empresas están ahora dedicándose de una manera habitual y desproporcionadamente (en términos de equilibrio patrimonial) a una actividad «para-financiera»: captan recursos líquidos de sus proveedores que invierten a corto plazo para obtener una rentabilidad financiera extraordinaria. Esto, aparte de una posible invasión del marco de actuación típico reservado a las entidades de crédito (vid. luego a propósito del comentario de las disposiciones adicionales), repercute negativamente en todo el tejido empresarial.

La más perjudicada, desde luego, es la empresa proveedora: el alargamiento de plazos incrementa considerablemente sus gastos financieros aumentando desproporcionadamente las necesidades de tesorería; genera considerables gastos administrativos inherentes a la gestión de cobro (aumentan los recursos humanos y financieros destinados a obtener información financiera de clientes, a gestionar el cobro o el descuento de los efectos, a seguir procesos judiciales, etc...) y disminuye peligrosamente los márgenes comerciales (el mayor coste del aplazamiento no se repercute a los clientes y se trata de trasladar a los proveedores; raramente son abonados los intereses de demora...). Todo ello no es óbice a las eventuales ventajas para el proveedor que pueden derivarse de la centralización en las compras: ventajas de orden logístico, de gestión comercial y contable, etc... En muchos casos es preferible depender de un gran adquirente solvente y buen pagador que es respetuoso de las reglas de mercado (no toda posición dominante lleva al abuso o explotación) antes que de numerosos pequeños clientes de dudosa situación y fragmentada demanda.

El aplazamiento sistemático de los pagos puede poner en peligro la solvencia de la empresa proveedora que suele presentar fuertes desequilibrios de balance por la desproporción de las partidas de créditos a clientes y, en fin, contribuye a empeorar su situación de dependencia. Por el denominado «efecto dominó» cada vez es más frecuente que la crisis de la

empresa-cliente se traslade a sus proveedoras y que un simple alargamiento adicional del pago del precio, tan frecuente en situaciones de recesión, provoque reacciones en cadena.

Tampoco sale mejor parada de esta situación la empresa cliente. Se produce una severa desviación de la actividad empresarial respecto al fin social: una desproporción manifiesta de los ingresos financieros respecto a los ingresos ordinarios de explotación. Mediante la política sistemática de demora de pagos a proveedores se obtiene una capacidad financiera extraordinaria que se emplea en la realización de inversiones a corto más o menos especulativas e incluso en financiación del inmovilizado o de los programas de expansión con el subsiguiente riesgo derivado del desequilibrio y potencial insolvencia (vid. más tarde en el comentario de las Disposiciones Adicionales).

II. LAS SOLUCIONES NORMATIVAS

Hemos dicho que el fenómeno es general. Se plantea entonces el problema de las medidas legislativas a adoptar y en particular cómo compatibilizar estas medidas, tanto más efectivas cuanto más intervencionistas, con el reconocimiento de la libertad contractual en el marco de las economías de mercado, principio éste de rango constitucional (art. 38 de la Constitución) y rasgo «común a la cultura jurídica comunitaria» (cfr. Resolución del TDC de 15 de febrero de 1995).

Aún a riesgo de simplificar en exceso, puede decirse existe una alternativa de política-legislativa (no existe desde luego un «modelo comunitario» concreto):

- a) La que consiste en confiar en el mercado sin perjuicio de la adopción de las correspondientes reformas estructurales (en nuestro país es forzoso recordar los gravísimos costes inherentes al mal funcionamiento de la administración de justicia y el retraso comparativo en el funcionamiento de las instituciones arbitrales y para-jurisdiccionales, fuente todo ello de pérdida de competitividad de nuestras empresas) y las tendentes a potenciar la operatividad de la normativa de defensa de la competencia y sus instituciones (el Tribunal de Defensa de la Competencia, fundamentalmente). En este orden de cosas se afirma que no es incompatible el respeto a la libre empresa con la autorregulación: los posibles acuerdos interprofesionales, códigos de conducta curiosamente mentados en la Exposición de Motivos de nuestra Ley... Este es el modelo que podemos calificar de «germánico»: en Alemania, al parecer la normativa de defensa de

la competencia y la amenaza de actuación de las Administraciones públicas han bastado para poner algún freno a los desmanes.

- b) El «modelo francés». Defiende —además de las anteriores medidas— la intervención legislativa de Derecho sustantivo que, aunque productora de restricciones más o menos soportables de la libre contratación, persigue obtener como beneficio un cierto restablecimiento del equilibrio contractual. Se trataría de dictar una «Ley de plazos» con propósito tuitivo del contratante débil, en este caso el proveedor.

Es obvio que la Ley de Comercio ha obtado por esta última solución. También es evidente que subyacen a la misma motivaciones de naturaleza meta-jurídica y política: no puede ser precisamente calificada de «liberal» y sí en cambio de «intervencionista». Desde la perspectiva constitucional podría llegar incluso a plantearse la duda de su conformidad con el artículo 38 de la Constitución.

Sería inconstitucional si se acreditara que la intervención legislativa en sede de plazos de pago desvirtúa el contenido esencial de la libertad de empresa al desproteger los intereses jurídicos que le dan vida haciendo esa misma libertad irreconocible (STC 225/1993, fundamento jurídico 5.º *in fine*). Aunque en mi opinión esta tesis peca un tanto de excesiva, no creo que pueda negarse que la interferencia en el libre juego de las fuerzas del mercado es dudosamente «proporcionada» y hasta inoportuna. Los beneficios que reporta o puede reportar la Ley son cuanto menos dudosos e inciertos; puede incluso que hasta de escasa trascendencia (probablemente el que ostenta la posición dominante adecuará su conducta para obtener ventajas económicas de forma distinta a la sancionada legalmente; por ejemplo: imponiendo aún mayores rebajas de precios). Por lo demás, la intervención opera de una manera desigual al proteger declaradamente cierto agente económico en detrimento de otros.

III. ANTECEDENTES Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

En pocas leyes como en ésta es tan fácil seguir los hitos que pautan los antecedentes legislativos y trabajos preparatorios.

Los artículos 17 y 18 de la Ley de Comercio tienen una clara inspiración francesa en la Ley n. 92-1442, de 31 de diciembre de 1992, relativa a los plazos de pago entre las empresas (*délais de paiement entre les entreprises*) interpretada auténticamente por una Note de Service del Director General de la competencia del consumo y de la represión de fraudes de fecha 5 de agosto de 1993.

Numerosos estudios de mercado tanto públicos (el más conocido el elaborado por la Central de Balances de la Banque de France de noviembre de 1990) como privados en los primeros años noventa habían revelado los grandes peligros derivados del aplazamiento de pagos y la crítica situación en el vecino país.

El gobierno francés creó a principios de 1991 dos grupos de trabajo (uno integrado por representantes de la Administración y el otro por representantes de medios profesionales) encargados de elaborar propuestas destinadas a reducir los plazos de pago. Resultado de estos trabajos son una serie de medidas encaminadas al apoyo de las PYMES y a una mayor transparencia financiera en las transacciones comerciales. La solución francesa se basa, en un primer paso, en el estímulo de la celebración de acuerdos profesionales e interprofesionales encaminados a la reducción concertada de los plazos de pago, la elaboración de códigos de conducta y la creación de instancias competentes para resolver litigios.

En 1992 se adoptó una medida más rigurosa consistente en la denominada «Ley de plazos» de 32 de diciembre de 1992. Esta ley tiene antecedente en la Ley Royer de 1973 y en la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986, disposiciones con un ámbito limitado de aplicación al venir aquéllas referidas en exclusividad a las compras entre comerciantes de productos alimenticios perecederos y de bebidas alcohólicas.

La Ley francesa de 1992 distingue entre *transacciones sujetas al régime legal de plazos máximos* del artículo 35 (de productos que se encuadran en tres categorías: produits alimentaires périssables, bétail sur pied et viandes fraîches dérivées et boissons alcooliques); y *operaciones de Derecho común* del artículo 33 en que el plazo de pago es libremente fijado por las partes con respeto a las «condiciones generales de venta». El incumplimiento en ambos casos acarrea sanción administrativa (de nada menos que 500.000 francos en el primer caso y de 100.000 en el segundo). La medida se completa con la imposición del deber de expedición de factura por operación con indicación de la fecha de pago y la penalidad por mora en caso de pago con posterioridad al plazo fijado por las condiciones generales de venta («lorsque le versement intervient au-delà du délai fixé par les conditions générales de vente»).

El conjunto normativo formado por los actuales artículos 16 y 17 y las Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta se incorpora tardíamente a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (antes, simplemente, de Ordenación del Comercio) como consecuencia de las enmiendas introducidas de común acuerdo por socialistas y Grupo catalán en el Congreso. Estas enmiendas a la original proposición de Ley del Grupo catalán cuentan con una historia pre-legislativa dilatada. En enero de 1994 la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos acordó la creación de una comisión in-

terministerial para analizar el problema. Más importante a nuestro propósito es el informe emitido por la Ponencia para analizar los plazos de pago entre las empresas en el sector de la distribución, ponencia presidida por F. Homs y Ferret y que se constituye en el seno de la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda por acuerdo unánime de la Cámara Baja y que presenta sus conclusiones el 31 de enero de 1995. Todas sus recomendaciones son atendidas en la Ley, constituyendo su texto elemento interpretativo fundamental de la misma. Por su parte, muy oportunamente, la Comisión de las Comunidades Europeas elabora una Recomendación sobre los plazos de pago adoptada el 12 de mayo de 1995, teniendo a la vista el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de fecha 18 de noviembre de 1992 [SEC (92) 2214] sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales que ofrecía un completo análisis económico de la repercusión de los plazos de pago, exponía el marco jurídico vigente en los Estados miembros y analizaba las posibles medidas que pudieran adoptarse a nivel comunitario.

IV. ENCUADRE SISTEMÁTICO EN NUESTRO DERECHO

1. NORMA DE DERECHO PRIVADO SUSTANTIVO CON FINALIDAD TUTITIVA O DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

El examen de los antecedentes legislativos no permite dudas sobre el problema que la norma trata de enderezar: la utilización abusiva (no equitativa) por parte de las empresas distribuidoras de su poder relativo de demanda en el mercado y en sus relaciones verticales con los proveedores o suministradores. Un solo aspecto de explotación de la situación de dominio se contempla en esta regulación: la abusiva utilización del crédito comercial de proveedores. Como se confiesa en la motivación del actual artículo 17 en la enmienda que hace el Grupo socialista al Proyecto de Ley en su tramitación en el Congreso (la n. 165 y la correspondiente de igual contenido del Grupo catalán) la finalidad es la de «*combatir los graves perjuicios ocasionados a los proveedores por las dilaciones de pago de los grandes comerciantes*».

Los artículos 16 y 17 deben leerse en conexión con lo que establecen las Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta que se refieren a las entidades de cualquier naturaleza jurídica que se dediquen al comercio de distribución (mayoristas o minoristas) o a la realización de adquisiciones o servicios de intermediación para negociar dichas adquisiciones por cuenta o encargo de los comerciantes al por menor (las llamadas «centrales de compra»), pero especialmente a las grandes empresas de distribución y centrales de compra: aquéllas cuyo volumen de facturación anual supera los mil millones de pesetas (Disposición Adicional Tercera).

La norma traduce un *propósito nuevo de justicia social*: se trata de restablecer el equilibrio patrimonial roto cuando un gran comerciante contrata con un pequeño comerciante a quien puede imponer sus condiciones. Esa finalidad tuitiva resulta clara de la propia Exposición de Motivos cuando nos habla de que la Ley contribuye «a *corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia*». La Ley se coloca junto a ese conjunto de normas tuitivas de la parte contratante débil por razones de orden social: encuentra paralelos en las normas que protegen a los consumidores y usuarios, arrendatarios, trabajadores, asegurados, etc...

Obsérvese que a los efectos de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio) el comerciante proveedor no es «consumidor» ni «usuario». Así resulta con toda claridad de su artículo 1.3: «*No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*». Por ende: el suministrador o proveedor no puede aspirar a ser protegido por las normas que tutelan el equilibrio contractual. En particular: no resulta aplicable la nulidad de pleno derecho establecida en su artículo 10, de las cláusulas o estipulaciones abusivas que perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones (art. 10.1.c.3.º).

La nueva Ley supone —como todas estas normas que defienden al contratante «débil»— una restricción al principio de autonomía contractual. Y como todas estas normas la Ley de Comercio resulta en la concesión de derechos irrenunciables *ex ante* por los beneficiados por ella (sería nulo radicalmente el pacto previo de renuncia a los beneficios concedidos en el art. 17 de la Ley: irrenunciabilidad contraria al orden público *ex-art.* 6.4 del Código Civil; en igual sentido en el art. 48 de la Ley). De hecho: similares mecanismos de defensa del contratante débil del artículo 17 LC los encontramos en toda esa legislación «social»: contenido mínimo del contrato y derechos irrenunciables; formalización documental preceptiva por razones de seguridad jurídica; garantías de efectividad y ejecutoriedad de los derechos, etc... Todas esas normas valen como una confesión de la insuficiencia de las reglas básicas de contratación (las normas que velan por la buena fe contractual, por el equilibrio en las prestaciones, por la interpretación favorable de los contratos de adhesión, etc...) cuando se trata de corregir los efectos indeseables del radical desequilibrio contractual.

La norma tiene clara eficacia sustantiva (civil/mercantil). Así resulta con toda claridad del artículo 16 a contrario y de la propia Disposición final que considera a los artículos 16 y 17, «legislación civil y mercantil»

y ordena que estos preceptos «serán de aplicación general por ampararse en la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido de derecho privado de los contratos, resultante de los números 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución». Entraña de facto una modificación extravagante (fuera del Código de Comercio y del Código Civil) y asistemática del Derecho privado de los contratos (y en particular del contrato de compraventa).

Del incumplimiento de la Ley nacen las correspondientes acciones civiles. Del deber de formalización documental nace la correspondiente acción para llenar la forma legal preceptiva (ex art. 1.280 CC, los contratantes pueden compelerse recíprocamente y ante los Tribunales a otorgar el correspondiente albarán, documento cambiario, aval bancario o seguro de crédito o caución). Los pactos contrarios a la ley se tienen por no puestos ex artículo 6.3 del Código Civil (solución idéntica a la de la Ley de Consumidores y Usuarios respecto de las cláusulas abusivas). La renuncia previa a los derechos es nula radicalmente como igualmente nulo sería el interés estipulado de demora inferior al legal del artículo 17.4 de la Ley.

En todo caso téngase presente el artículo 65.2 de la Ley: la comisión del ilícito administrativo no prejuzga, «en modo alguno», la validez «civil» de los correspondientes contratos o de las obligaciones asumidas por las partes. Es decir, no constituyen infracciones de normas imperativas ex artículo 6.3 del Código Civil: (*«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»*).

2. SU ENCAJE EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA.

La apelación a la libre y leal competencia en la Exposición de Motivos es algo más que un recurso teórico (vid. a este propósito el art. 3 en sede de principios generales como concepto básico de la Ley). El reconocimiento expreso del principio de libre empresa y la voluntad de respeto a las reglas que disciplinan la competencia no es obstáculo a que el legislador desconfíe de la efectividad de toda la normativa de Defensa de la Competencia. Y es que la norma del artículo 17 se acumula a otras normas en aquella sede, lo que plantea problemas de encuadramiento sistemático por concurso de normas: la Ley de Comercio se suma a otros cuerpos legales que disciplinan o pueden disciplinar similares —si no idénticas— situaciones de dominio en el mercado. Me refiero, como es obvio, a la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y a la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia desleal.

Es sabido que existe el tipo de ilícito concurrencial (o «antitrust») que consiste en el abuso de posición dominante. El artículo 6 de la LDC prohí-

be la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional. El abuso puede consistir, entre otros mecanismos típicos y atípicos, en «*la imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos*» [art. 6.2.a) LDC] o «*la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*» [art. 6.2.d) LDC].

Por lo demás, la creación de centrales o supercentrales de compra, con el fin de obtener mejores condiciones de adquisición de mercaderías por los asociados o agrupados, puede ser enjuiciada a la luz de la prohibición del artículo 1 de la Ley: dentro de los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas colectivas concertadas o conscientemente paralelas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. Ello no implica, obvio es decirlo, que la mera concentración del poder de compra implique automáticamente un ilícito antitrust. Es necesario que se den las condiciones para el abuso anticoncurrencial. Precisamente la Comisión de la CEE no ha enjuiciado, siempre desfavorablemente, las centrales de compra: vid. Decisiones de 17-7-68 en el asunto SOCEMAS (DOCE L 201 de 12-8-68); de 14-7-75 en el asunto INTERGROUP (DOCE L 212 de 9-8-75); de 18-9-80 en el asunto IMA/Rules (DOCE L 318 de 26-11-80); de 18-12-87 en el asunto Fisher-Price (DOCE L 49 de 23-2-88); de 1-9-90 en el asunto GEC-Siemens/Plessey (DOCE C 239 de 25-9-90) entre otros...

Igualmente bajo esta luz pueden ser enjuiciadas todas las prácticas de «defensa» de las asociaciones de proveedores, aunque sea a título de recomendación. A propósito de esto último, vid., oportunamente, la recentísima Resolución de 15 de febrero de 1995, del Tribunal de Defensa de la competencia en expediente A89/94 como consecuencia de la solicitud de ciertas asociaciones de fabricantes de productos de construcción y bienes de equipo, de autorización singular para reducir progresivamente los plazos de pago en las condiciones de venta de los productos industriales y de servicio. No es posible formular un principio de legítima defensa justificativo de estas prácticas.

Mucho más al caso viene la norma contenida en el artículo 16.2 LCD, donde «*se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad*».

La dependencia —cuando exista— es debida al poder relativo de la demanda. La empresa dominante puede explotar la situación para obtener una ventaja discriminatoria en sus relaciones con los proveedores sujetos a

dependencia. El alargamiento injustificado de los plazos puede traducirse en lo que se conoce como «*discriminación pasiva*»: dicho aplazamiento sistemático y excesivo (superior al normal de mercado) del pago a proveedores dependientes carece de justificación objetiva atendido el marco de prestaciones y contraprestaciones (el riesgo y costes asumidos por el suministrador no es suficientemente retribuido) y hasta podría sostenerse se traduce en una mistificación de la causa jurídica (el crédito de proveedores no sirve exclusivamente para financiar la adquisición, sino que permite obtener al distribuidor una financiación a corto y gratuita). Los proveedores en situación de dependencia no pueden conceder ventajas equivalentes a las empresas distribuidoras respecto de las cuales no están en situación de dependencia y se ven forzados a repercutir el exceso de costes soportados en los otros clientes, potenciales competidores de la empresa en situación de dominio. El diferente trato a los clientes no se justifica por la mayor eficiencia de las prestaciones sino tan sólo por la situación del mercado.

Así pues, la situación problemática de posible explotación desleal de la posición de poder relativo de demanda no se encontraba antes de la nueva Ley huérfana de regulación. Antes al contrario: *existe una posible aplicación concurrente de las prohibiciones del Derecho de defensa de la competencia y de la legislación de competencia desleal*. Aunque la situación contemplada no fuere encuadrable en el tipo del artículo 6 LDC («abuso de posición dominante»), el artículo 7 de LDC permitiría al Tribunal de Defensa de la Competencia enjuiciar todos los actos de competencia desleal (incluido el consistente en la explotación de una situación de dependencia económica *ex art. 16.2 LDC*) cuando «*por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público*».

El motivo que explica que el legislador haya optado por «completar» la situación legislativa previa contenida en esas normas básicas que son la LDC y la LCD es la inoperancia de estas dos normas básicas. El informe emitido por la Ponencia del Congreso es muy claro: la Ponencia —en su recomendación séptima— reconoce la inoperancia de la vigente normativa de Competencia desleal y recomienda al Gobierno la reforma legislativa de la Ley de Defensa de la Competencia (i).

Es un hecho notorio que la existencia de toda esa novísima legislación no ha servido para contener el fenómeno regresivo de alargamiento de plazos y empeoramiento de la situación de desequilibrio contractual entre distribuidores y proveedores. Ello por varias razones, fundamentalmente dos: una técnica y otra de carácter operativo.

El cuerpo legislativo formado por la LDC y la LCD no se funda en propósito alguno tuitivo de «Justicia social». El juicio de deslealtad concursal a la luz de lo que ordenan los artículos 6 y 7 de la primera y el

16.2 de la segunda es totalmente ajeno a ese propósito reequilibrador. Aquella normativa es exquisitamente respetuosa del principio constitucional de libre empresa. No se quiere fortalecer sustantivamente el poder negociador de la parte débil porque ello exigiría un intervencionismo difícilmente explicable desde el respeto a la garantía institucional de la competencia. Es obvio que la contraria es la posición de partida del legislador de la Ley de Comercio que se muestra mucho más «justiciero» (valedor del infortunado pequeño comerciante). Esa mayor desconfianza hacia el «mercado» (son las fuerzas del mercado las que determinan las relaciones de posición dominante y dependiente) se traduce en un texto legal que puede plantear, entre otros, problemas de inconstitucionalidad por posible violación del artículo 38 de la Constitución.

Además de razones técnicas existen razones de orden práctico: por muy eficaces que puedan ser los remedios de la LDC y de la LCD, su adopción presupone la prueba rigurosa del supuesto de hecho de la norma. Y es prueba compleja y cara donde las haya (exige acreditar la estructura y dinámica del mercado relativo). Aunque tratándose de la LDC —no en la LCD— existe la posibilidad de legitimación activa pública, siendo la Administración *antitrust* (el Tribunal de Defensa de la Competencia) quien se halla en inigualables condiciones para comprobar todos los extremos pertinentes (arts. 32 a 34 LDC), la práctica comparada muestra la renuencia de los distribuidores a presentar denuncias e incluso a colaborar en los expedientes de defensa de la competencia instruidos de oficio, por miedo a la pérdida de los pedidos como represalia de quien puede ostentar una posición de dominio que quizá utilice abusivamente en su provecho. Con todo, es justo reconocer que existen ejemplos en Derecho comparado donde la legislación *antitrust* ha suministrado remedio suficiente para corregir los efectos indeseables de este tipo de prácticas (en Alemania, por ejemplo) y es igualmente cierto que alguien más optimista, o más respetuoso del libre juego de las fuerzas del mercado hubiera confiado en el efecto mágico de la «mano invisible». Un cínico liberal tiene a su disposición un reproche fácil: el *lobby* del pequeño comercio podría haber actuado constituyendo asociaciones legitimadas para defender sus intereses ante los tribunales sin necesidad de atacar el principio sacrosanto de libertad de empresa (vid. contra: la arriba citada resolución del TDC).

En definitiva: la norma trata de «desactivar» algunos de los peligros inherentes a la situación de dominio relativo en el mercado, al objeto de hacer innecesario el funcionamiento de las normas de defensa de la competencia. La empresa dominante no puede actuar libremente en cuestiones relativas al aplazamiento de pago a sus proveedores porque quedan sustraídas en parte a su libre determinación (e imposición a la dominada) y al principio de autonomía de la voluntad. En caso de actuación contraria, la

violación de la norma puede constituir un ilícito civil/mercantil, sin perjuicio de que pueda además constituir un ilícito administrativo sancionable [cfr. art. 65.1.f) y g) de la Ley]; un ilícito concurrencial o constitutivo de competencia desleal. En particular: la violación de la Ley de Comercio podría encontrar encaje en el tipo contenido en el artículo 15.2 de la LCD («violación de normas»): *«Tendrá también la consideración de competencia desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial»*.

El aplazamiento de pagos puede ser enjuiciado indistinta y cumulativamente por los órganos de la jurisdicción civil ordinaria (ejercicio de pretensiones que se fundan en la Ley de Competencia Desleal o en esta misma Ley de Comercio) y por el Tribunal de Defensa de la Competencia (el TDC ha afirmado resueltamente su competencia para conocer de las prácticas del art. 7 LDC sin necesidad de esperar un previo pronunciamiento de los Tribunales civiles) con facultad de dictar resolución con el contenido del artículo 46.2 LDC. También podrá actuar la Administración para imponer las correspondientes sanciones por violación de la Ley de Comercio, pero en este caso debe tenerse en cuenta el artículo 63.2 de la Ley, que ordena que la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de las resoluciones sancionadoras.

V. AMBITO SUBJETIVO

1. El supuesto de hecho preferentemente contemplado por la norma: la adquisición por los comerciantes mayoristas (grandes superficies) y las realizadas o intermediadas por las «centrales de compra»

El supuesto de hecho «problemático» es el de las adquisiciones realizadas por grandes superficies y centrales de compra, «cualquiera que sea su naturaleza jurídica» (Disp. Ad. Cuarta). Lo cierto, sin embargo, es que en su afán de respetar la generalidad del precepto, éste abarca toda suerte de adquisiciones por comerciantes (rúbrica, por cierto del capítulo).

Paradójicamente (se entiende: para una Ley cuyo objeto «principal» —*vid.* art. 1.1— es el de regular el comercio minorista y en cuyo primer artículo se define éste) las adquisiciones que merecen la preocupación del legislador son las realizadas por el gran distribuidor o central de compra. El legislador interviene en todo caso. Incluso allí donde no parece, *a priori*, necesario restablecer el equilibrio patrimonial; incluso en las relaciones entre empresas que no están en situación de dominio/dependencia. Peca,

pues, por exceso en su propósito tuitivo. La compraventa a crédito por cualquier comerciante minorista cae dentro del ámbito de la Ley aunque, como es lógico, en igualdad de condiciones entre comerciante adquirente y suministrador o proveedor la normativa carezca de todo interés práctico porque las partes se ajustarán «espontáneamente» a ella en sus relaciones comerciales (los plazos y condiciones del art. 17.2 y 3 de la Ley vienen a reproducir los que serían habituales de no existir la posición de dominio). Por contra, alguna de sus disposiciones puede resultar odiosa cuando no existe esa relación de dominio: el interés de demora, por ejemplo, del artículo 17.4 constituye una penalización exorbitante de la pequeña empresa (una consecuencia poco compatible con el deseo de proteger a ésta que nutre la ley).

2. EL ADQUIRENTE

Los compradores son definidos como «comerciantes». Se plantea entonces la duda de si por comerciante hay que entender todo empresario (conforme a la interpretación «moderna» del término «comerciante» del art. 1 del CCom.) o debería reservarse el concepto «comerciante» a los que se dedican al comercio *strictu sensu* (sector económico de la distribución tanto como minoristas o mayoristas) por exclusión de los empresarios de la industria o del sector servicios (hay que recordar que el precepto se incardina —mal— en una Ley de Comercio y no en una Ley de Industria, por ejemplo).

La experiencia de legislación francesa nos muestra el peligro de los textos restrictivos (la Ordenanza de 1986 por comparación con la Ley de 1992): si sólo se incluyen los que compran para revender en el mismo estado, se escapa toda la actividad industrial y transformadora. La cuestión no es desde luego baladí, toda vez que un fabricante, por ejemplo, puede necesitar para su proceso productivo de ciertas mercaderías que adquiera de alguien con quien se encuentra en posición de dominio relativo en el mercado (es el caso típico de los fabricantes de automóviles respecto de los suministradores de piezas o mecanismos; una gran industria conservera respecto de los productos agro-alimentarios, etc...). Piénsese que el problema de los aplazamientos de pago se presenta en un momento económico en que se trastornan las habituales relaciones entre la Industria y el Comercio (dependencia de la primera respecto al segundo).

Entiendo es forzoso acudir a la *ratio* del precepto —principal canon hermenéutico *ex art. 3* del Código Civil— y admitir que incluso las adquisiciones de mercaderías para su utilización en el proceso de producción están incluidas en el ámbito del precepto. En igual sentido en la Ley

francesa de 31 de diciembre de 1992, relativa a los pagos aplazados entre las empresas que indistintamente considera el pago debido por productor, revendedor o prestatario de servicios («producteur, revendeur ou prestataire de services»). Con todo, nos es forzoso denunciar otra vez la defectuosa técnica de la Ley —ahora se peca por defecto— que nos fuerza a defender una discutible interpretación «correctora» del precepto (la analogía no sería posible en una norma excepcional por contraria a la libertad contractual) para salvar su espíritu.

3. EL PROVEEDOR

El vendedor es calificado de «proveedor». Típicamente —dado el ámbito de aplicación de la Ley— se trataría del comerciante minorista. Sin embargo, no se exige que el vendedor tenga el estatuto de comerciante y parece (por razones análogas a las arriba expuestas) que deban incluirse las ventas realizadas por artesanos o productores en general (típicamente de productos agro-alimentarios aunque también de productos industriales).

VI. AMBITO OBJETIVO. OPERACIONES INCLUIDAS

Del tenor literal del precepto se sigue que las operaciones contempladas son las *compraventas, típicamente las compraventas mercantiles* (cfr. art. 325 del CCom.: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa»). No obstante, dado el ámbito de aplicación del precepto, según arriba se expone, es posible que marginalmente queden incluidas algunas compraventas que se rigen por la Ley civil (cfr. 326 del CCom.; por ejemplo, las realizadas por agricultores o ganaderos de sus productos a los distribuidores). Obviamente, el contrato se regirá por la Ley civil o mercantil aplicable (lo que dice innecesariamente el art. 16 de la Ley) y la legislación de Defensa de los Consumidores y Usuarios con las solas excepciones de lo que aquí se prevé. Así pues: todo lo relativo a la doctrina del riesgo (quién y desde cuándo soporta el perecimiento fortuito de la cosa vendida), saneamiento (responsabilidad por vicios o por evicción) eficacia y contenido del contrato de compraventa se regirá por lo allí establecido, además de lo previsto en esta Ley (vid. sobre el derecho de desistimiento el art. 10; sobre la garantía y servicio postventa el art. 12, etc...).

Quedan fuera del precepto las *ventas con pago al contado* (o anticipado) del precio. El objeto del precepto es la regulación de las compras de mer-

caderías con precio aplazado con una finalidad tuitiva inversa a la de la legislación de ventas a plazos (allí la «parte débil» es el vendedor proveedor y aquí el comprador consumidor).

En cuanto a las primeras —ventas con precio al contado— el artículo 17.1 de la Ley contiene una perfectamente superflua presunción legal de simultaneidad en las prestaciones recíprocas (pago del precio por el comprador-entrega de la mercancía por el vendedor): «*A falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compran el mismo día de su recepción*». Una regla tal es innecesaria porque no dice otra cosa que lo que ya se establece en la legislación común (cfr. art. 339 CCom. y art. 1.500 CC). Es por lo demás regla universal en sede de obligaciones sinalagmáticas (vid., por ejemplo, el art. 58.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías). Por supuesto: la obligación del comprador de pagar el precio no enerva su derecho de rehusar con justa causa el recibo de las mercaderías adquiridas (cfr. art. 332 CCom.) ni el de reclamar por vicios internos (art. 342 CCom.) o de desistir del contrato (cfr. art. 10 de la Ley).

La Ley cubre tanto las *ventas «simples» como las otras modalidades de venta*: la venta que incorpora la facultad de usar o probar el bien objeto de oferta antes de tomar una decisión sobre su adquisición definitiva (el mal llamado «derecho de desistimiento» del artículo 10 de la Ley y que aparece también en el artículo 44 de la Ley para las ventas a distancia) o las «ventas a ensayo o prueba» y las «ventas *ad gustum*» que se contemplan en el artículo 328 del Código de Comercio (reguladoras de auténticos derechos de rescisión). Entiendo que también se incluirán las modalidades contractuales atípicas de la misma familia que el contrato típico de compraventa: el contrato de suministro y el contrato estimatorio (mal conocida como «venta-depósito»). En cuanto a las modalidades de venta y ventas especiales incluidas en la presente Ley (ventas en rebajas, ventas de promoción, ventas de saldo, ventas en liquidación, con obsequios, etc...) se trata de operaciones realizadas por el comerciante minorista con el consumidor final y por tanto normalmente no son aplicables a las adquisiciones del comerciante contempladas en los artículos que comentamos.

Rige aquí el principio de irrelevancia de la denominación que las partes hayan querido dar al contrato siempre que se produzca el efecto de la adquisición definitiva de la mercancía (cfr. art. 17.5 Ley). Lo que ocurre es que, tratándose de las llamadas «entregas en depósito» (típicas del contrato estimatorio: sólo se adquieren las efectivamente vendidas con derecho a devolver las mercancías no vendidas o caducadas en cierto plazo y condiciones); las entregas para el examen del género con facultad de decidir sobre la ulterior adquisición (vid. art. 10 Ley) o en méritos de otro título

distinto del de compraventa, la adquisición definitiva de la propiedad es posterior a la entrega anticipada («aquella en que la entrega efectivamente se haya producido») y por lo tanto habría que contar los plazos desde el momento de perfección de la adquisición del dominio sobre la mercancía y no desde la primera entrega. Esto provoca un efecto indeseable, tratándose de bienes consumibles, precisamente en el sector más necesitado de protección (en la Ley de plazos francesa cuenta con plazos más breves de pago en atención a la caducidad del producto mismo y a la mayor rotación de los *stocks*) y para ello se dicta el artículo 17.5 de la Ley. En ese caso —bienes consumibles— los plazos de pago a los efectos de este artículo se cuentan desde la entrega efectiva, aunque no implicare en su momento adquisición definitiva.

Resta por saber qué se quiere decir por «bienes consumibles». En defecto de una normativa tan escrupulosamente precisa y minuciosa como es la contenida en la legislación francesa, forzoso es acudir a las reglas generales y al artículo 337 del Código Civil.

Quedan fuera las compraventas *que no son de mercaderías como son las de bienes inmuebles, bienes muebles registrables* (buques, aeronaves, maquinaria industrial) *o derechos incorporales* tales como valores (acciones u obligaciones...), derechos de participación social, derechos de propiedad industrial o intelectual, derechos de traspaso o arrendaticios en general, etc... Es por lo demás sabido que en estas operaciones el cobro del precio aplazado se suele garantizar de otro modo: hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, prenda, condición resolutoria expresa, reserva de dominio, etc..., en operaciones normalmente instrumentadas en escritura pública o póliza intervenida por corredor. La Ley de Comercio no se aplica a *las ventas de bienes muebles a plazo* (realizadas por comerciante a consumidor final) y que se rigen por su Ley reguladora (vid. en igual sentido el art. 36.2 de la Ley).

¿Quid de los contratos entre empresarios distintos del de compraventa? De especial interés son los contratos de servicios y el contrato de obras. Y es que los problemas que trata de resolver la Ley se presentan con similar intensidad en este ámbito (piénsese en la relación entre contratistas y subcontratistas o en las obras encargadas y recibidas parcialmente por empresas en posición dominante...).

La extrapolación de nuestros preceptos a supuestos distintos de la venta de mercaderías es muy discutible por entrañar la aplicación analógica de una norma excepcional por contraria a la libertad contractual (cfr. art. 4.2 del CC).

Téngase además presente: 1. La severa restricción del ámbito de aplicación de la Ley si se compara el actual artículo 1 con lo que se disponía en la originaria proposición de Ley de Ordenación de Comercio presentada por CiU (la actividad comercial se definía como «la realizada con ánimo de

lucro consistente en la oferta o en cualquier forma de venta, permuta, arrendamiento o transmisión de derechos de cualquier tipo sobre mercancías o productos, naturales o elaborados, para su posterior consumo o incorporación a un proceso de producción, y asimismo la prestación en el mercado de servicios de carácter final y la intermediación en estas actividades»), y 2. Que cuando la Ley quiere que ciertos artículos de ella se apliquen a los contratos de servicios, así se dice expresamente (vid. Disp. Ad. Primera que aplica a los contratos de servicios a distancia las normas contenidas en los arts. 38 a 48 de la Ley).

Con todo, esa inaplicabilidad de la normativa a la prestación de servicios y a otros contratos: *a)* Entraña una severa desigualdad de trato de todo punto injustificable (piénsese, por citar un solo ejemplo, en los servicios de restauración realizados por profesionales y cuyo coste se incorpora a las antigüedades vendidas por un gran distribuidor), y *b)* Sigue una línea restrictiva contraria a la del Derecho en que preferentemente se inspira (en la Ley de plazos francesa el ámbito se ha ampliado generosamente).

Tratándose de *contratos públicos* el problema de aplazamiento de pagos es tan frecuente y grave como en los contratos privados. La Comisión de la CEE incorporó a unos y a otros en la misma recomendación de mayo de 1995. En nuestro Derecho existe un régimen especial contenido en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Vid. el régimen específico de los contratos de obras (arts. 120 y ss.); gestión de servicios públicos (art. 155 y ss.); suministro (arts. 172 y ss.); consultoría, asistencia y otros (arts. 197 y ss). Tratándose de suministros a las Administraciones Públicas, vid. sobre el pago del precio, los artículos 187 y 188 LCAP.

Para todos los contratos públicos es fundamental el nuevo artículo 100 LCAP en sede de pago del precio. El artículo 100.4 reza: *«La Administración tendrá obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acreditan la realización total o parcial del contrato (...), y si se demorase deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en un 1,5 puntos de las cantidades adeudadas»*. Si la demora fuere superior a cuatro o a ocho meses, el contratista tendrá derecho a suspender o a resolver el contrato respectivamente (apartados 5 y 6 del art. 100 LCAP).

Quedan fuera de esta ley y sujetos, en su caso, a la nuestra, los contratos de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración cuando no se den las circunstancias previstas en el artículo 1.3 de la Ley (v.gr., las entidades de derecho pú-

blico creadas para satisfacer fines de carácter exclusivamente industrial o mercantil) y desde luego todas las empresas públicas (entidades de Derecho privado bajo forma generalmente societaria, participadas mayoritaria o totalmente por el Estado o las Administraciones Públicas).

Es muy discutible la aplicación del artículo 17 de la Ley a las *operaciones de comercio exterior* (importaciones y exportaciones por comerciantes españoles). En la proposición de Ley originaria parecía quererse restringir el ámbito de aplicación a la actividad comercial interior (así se precisaba en la breve exposición de motivos y se deducía del contexto de la regulación). Nada se dice ahora en la regulación de plazos, aunque ciertos artículos de la Ley (vid., por ejemplo, el art. 12 a propósito de la garantía y servicio postventa) se refieren a este tipo de operaciones.

Es posible defender: *a)* Que la Ley de plazos es una norma de policía o sancionadora que se aplica a todo tipo de operaciones comerciales realizadas en España (aplicación territorial del Derecho «público» que ordena el Código Civil en su art. 8.1 del CC) con independencia de la ley aplicable al fondo. En este caso resta el problema de determinar cuándo la operación se entiende realizada en España, o alternativamente; *b)* Que se trata de una Ley de orden sustantivo y materia que atañe a la Ley aplicable al fondo (contrato de compraventa); Ley que se determina por la correspondiente regla conflictual de Derecho Internacional Privado (vid. art. 10.5 del CC).

La primera es la tesis seguida por el ordenamiento francés en la Nota interpretativa de la Ley de 1992: («Le texte ne permet pas d'y soumettre les acheteurs situés à l'étranger»). Esa es solución conforme con la verdadera naturaleza de la Ley de plazos del país vecino que es norma sustancialmente sancionadora y de carácter preferentemente administrativo. No es la aquí propugnada.

Como hemos defendido anteriormente, nuestro artículo 17 es norma de Derecho material (no en vano modifica con eficacia derogatoria el CCom. y el Civil en lo que proceda) y por tanto forma parte de la Ley aplicable al fondo. Se dirá entonces que el comprador con posición dominante podrá huir de la reglamentación protectora de los proveedores imponiendo otra Ley del Contrato (dado el amplio juego que permite la regla conflictual aplicable a las obligaciones). Pero si esto es así (singularmente cuando un proveedor español exporta a un gran distribuidor extranjero que impone la sujeción a la Ley extranjera) podría resistirse la inaplicación de nuestra Ley de plazos por defensa del orden público del foro *ex* artículo 12.3 del Código Civil. Desde luego es difícil imaginar cómo las autoridades españolas podrán imponer sanciones a los distribuidores extranjeros porque ello entrañaría una aplicación extraterritorial del Derecho sancionador.

VII. CUESTIONES DE DOCUMENTACION (ALBARAN Y FACTURA)

Por supuesto que en materia de forma rige el principio de libertad de forma de Derecho común (civil y mercantil): artículo 1.278 y ss. del Código Civil, y 50 del Código de Comercio. De manera otra vez absolutamente innecesaria, así se recuerda en el artículo 11 de esta Ley.

La norma entra a regular las cuestiones de documentación de la entrega (contenido propio del documento que en el tráfico se denomina albarán, recibo de entrega o similar) y la factura emitida por el proveedor a los efectos de facilitar la prueba y permitir el juego de la protección diseñada en favor de este último por el legislador.

Efectivamente: dado que es fundamental determinar el *dies a quo* (momento inicial del cómputo de los plazos) y éste en línea de principio coincide con el de la entrega y recepción de la mercancía (incluso tratándose de bienes consumibles cuando la entrega fuese a título distinto del de compraventa *ex* art. 17.5 de la Ley) es garantía —como medio de prueba— del derecho del proveedor, el documento expedido por su adquirente (a través del correspondiente apoderado, factor, mancebo o quien tenga facultades bastantes) en el que consta la operación de entrega y recepción (cuando no existe el rehúse con justa causa) y la fecha. Téngase presente el artículo 295 del Código de Comercio sobre los mancebos encargados por el principal para la recepción de mercaderías: surtirá su recepción los mismos efectos que si la hubiere hecho el principal.

Por usos del tráfico, el albarán es sellado y firmado por la entidad receptora y se emite en duplicado (un ejemplar o copia conserva la emisora). El artículo 17.2. §1 es otra vez perfectamente superfluo por limitarse a recoger un uso habitual (fuente de Derecho Mercantil *ex* art. 2 CCom).

Evidentemente, es posible el rehúse *ex* artículo 332 del Código de Comercio (en cuyo caso no se firmará el albarán) y la manifestación de reparos sobre cantidad o calidad (cfr. art. 295 del CCom). La recepción documentada debidamente no es óbice al ejercicio de las acciones correspondientes por defectos en la calidad o cantidad de mercaderías enfardadas o embaladas *ex* artículo 336 del Código de Comercio o por vicios internos *ex* artículo 342 del Código de Comercio. Y desde luego no obsta el eventual derecho de desistimiento si existiere (art. 10 de la Ley) y a la garantía y servicio postventa (art. 12 de la Ley).

El comerciante que no deja constancia documental de la fecha de entrega de las mercancías o falsea ese dato comete un ilícito tipificado en el artículo 65.1.g) de la Ley.

El proveedor expedirá la correspondiente factura, que a ello le obliga la Ley fiscal (la norma reglamentaria sobre facturas se encuentra en el

«decreto de facturas»: Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir facturas que incumbe a los empresarios y profesionales, modificado por el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, en su art. 3 y por el Real Decreto 267/1995, de 24 de febrero, también en su art. 3). Como es sabido, la Ley fiscal consagra la regla de «factura por operación», lo que supone tantas facturas como entregas. La factura debe respetar el contenido mínimo legal, emitirse por duplicado, debidamente seriada y en el plazo hábil (en el mismo momento de entrega o cuando el destinatario sea empresario o profesional dentro del plazo de treinta días *ex* art. 6 del Decreto de facturas y art. 17.3 de la Ley).

Las cuestiones de facturación y su minucia no son objeto de examen aquí. Baste saber que la Ley ordena a efectos sustantivos que se incorpore a la factura la indicación completa de la parte aplazada del precio con indicación «del día del calendario en que debe producirse el pago» (art. 17.2 *in fine* de la Ley).

Si el proveedor no emite la correspondiente factura o la emite defectuosamente, estará sujeto a las sanciones tributarias sin perjuicio de la posible rectificación prevista en el Decreto de facturas. A nuestros efectos es oportuno señalar que si la factura no ha sido debidamente enviada con carácter previo, el comerciante adquirente no puede ser obligado a emitir o a aceptar con carácter previo el documento que lleva aparejada acción cambiaria a que se refiere el artículo 17.3 de la Ley. Obsérvese que el plazo máximo de treinta días para emitir o aceptar el documento cambiario coincide con el plazo máximo de emitir facturas según la ley fiscal.

VIII. «GARANTIAS LEGALES» DE COBRO DEL PRECIO APLAZADO

Los párrafos 3.º y 4.º del artículo 17 contienen el núcleo fundamental de la regulación. El propósito de ambos preceptos es establecer mecanismos de «garantía» del cobro del precio por el proveedor en el plazo convenido. Entiéndese que no se trata de «garantías» *strictu sensu* sino de estímulos legales del pronto pago que tratan de arbitrar solución a dos problemas: a) La fijación de plazos convencionales de pago excesivamente dilatados, y b) La mora del adquirente deudor.

La Ley penaliza todo pago extemporáneo: tanto el pago en virtud de cláusula contractual de aplazamiento de pago superior al legal (de sesenta y ciento veinte días: art. 17.3) como la mora del deudor (impago en el plazo convenido). Si nada se pacta sobre el aplazamiento pero no se paga al contado contra entrega de mercancía se entiende que el pago del precio

deberá producirse dentro del plazo legal «normal» de sesenta días (cfr. art. 17.4 de la Ley *a contrario*).

A diferencia de lo que ocurre con la Legislación francesa, nuestra Ley establece un único plazo para todo tipo de productos, lo que es de aplaudir: el escalonamiento según categorías de productos con plazo más breve en los productos percederos introduce en la norma no pocas complicaciones y resulta en exceso arbitrario. Su superación no convierte *per se* el pago en ilícito (sancionable administrativa o civilmente) toda vez que son lícitos (con condiciones) plazos convencionales superiores a sesenta días.

La Ley ha fijado un plazo que podemos considerar «normal», entiéndase: «tolerable» o conforme a los usos del tráfico y a la verdadera causa del crédito comercial. Dicho plazo fue sugerido por el Informe de la Ponencia. Los estudios de mercado —recogidos en el documento de trabajo de la Comisión antes citado— revelan para Francia, España y Grecia unos plazos de pagos indicativos considerados como «normales» entre treinta y noventa días (frente a los plazos inferiores a treinta días de Alemania, Holanda o Gran Bretaña, o los plazos «normales» inferiores a sesenta días de Bélgica y Portugal; Italia, Luxemburgo e Irlanda toleran plazos superiores). Los plazos de pago «efectivo» (incluida la demora respecto al pactado) son cosa muy diversa (vid. *infra*).

En el caso de que se pactare un aplazamiento que exceda los sesenta días (la Ley, relativamente respetuosa con el principio de autonomía de la voluntad, no lo prohíbe), se imponen al adquirente medidas que refuerzan la posición del proveedor y le garantizan el cobro. Se entiende que en caso de un plazo contractual superior al «razonable» el proveedor soporta un riesgo «injustificado» (por razones estrictamente extra-comerciales) y no suficientemente retribuido (el proveedor no suele trasladar los costes a su cliente). A tal fin se distinguen dos tramos: el que va de los sesenta a los ciento veinte días; y el tramo superior a ciento veinte días.

Si se acuerda un aplazamiento de pago que exceda de los sesenta días «normales» (a contar desde el *dies a quo*: la fecha de entrega y recepción que debe constar en el albarán) el pago deberá instrumentarse en documento mercantil que lleve aparejada acción cambiaria: una letra de cambio o un pagaré *ex artículo* 18.3 de la Ley en relación a los artículos 49 y ss. de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. El cheque es siempre pagadero a la vista y se utiliza para pagos al contado. Entiendo que si excepcional y potestativamente para el adquirente la operación se instrumenta en escritura pública o en póliza con garantía real o similar —como cuando median aval bancario o seguro— quedan cumplidos los mínimos de la Ley.

La ventaja de la instrumentación cambial es que así se estimula la efectividad del cobro por mecanismo procesal —y también penalmente—

y se permite, de paso, al proveedor el descuento de los efectos entregados por el adquirente por las entidades de crédito. La Ley muestra otra vez más su desconfianza hacia el mercado, aunque es justo reconocer que las operaciones de «factoring» pueden resultarle al proveedor excesivamente gravosas: estas entidades financieras obtienen una retribución por sus servicios muy superior al tipo de descuento de efectos comerciales. La letra o el pagaré indicarán por vencimiento una fecha de pago —el día preciso del calendario— que coincidirá con la indicada en la factura (cfr. art. 17.2 de la Ley).

Cuando se dice que el efecto debe ser «emitido o aceptado por el adquirente» se está pensando en la aceptación de la letra y en la firma del pagaré respectivamente: *ex* artículo 97.1 de la Ley cambiaria, «*el firmante de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio*». Entiendo que puede admitirse la emisión o aceptación (o aval) por tercero (v.gr., la sociedad dominante de la adquirente) cuando mejora la posición de cobro (mayor solvencia de la obligada cambiaria, por ejemplo) del proveedor.

En todo caso: el proveedor tiene derecho a exigir la entrega del efecto de comercio en el plazo de treinta días y siempre que él haya expedido debidamente la factura. Como es sabido, la entrega del efecto no produce los efectos del pago (se produce «salvo buen fin» *ex* art. 1.170 CC). Si el proveedor se negare a entregar la letra o el pagaré, además de incurrir en un ilícito civil resulta sancionable administrativamente por el tipo del artículo 65.1.f) de la Ley.

Permítasenos dudar de la efectividad de la medida: es de sospechar que en muchos casos el proveedor no se atreva a denunciar ni a exigir a su cliente el pago mediante efectos de comercio por miedo a represalias (sobre todo si otros proveedores se conforman). En todo caso, si el cliente es dudosamente solvente, mal descuento obtendrá de la entidad de crédito.

Por fin, todavía resta la posibilidad de aplazamientos «extraordinarios» (superiores a ciento veinte días). El riesgo asumido por el proveedor se reputa excesivo, de suerte que no bastan los mecanismos antes mencionados de protección. En ese caso será necesario —léase: «el vendedor podrá exigir»— que los aplazamientos queden garantizados mediante aval bancario (entiéndase: prestado por entidad de crédito autorizada, no sólo los bancos) o seguro de crédito o caución (cfr. art. 17.3 *in fine*). Es sabido que esos mecanismos son alternativos al pago al contado —generalmente de cantidades en concepto de fianza— en muchos ámbitos del Derecho como en el procedimiento económico; contratos públicos (vid. art. 36 LCAP)... y hasta en el Derecho de sociedades [arts. 166, 243 LSA; art. 29.2.d) LSRL].

Resta considerar la posible —y frecuentísima— mora de la entidad adquirente. Todos los estudios de mercado manejados señalan a España y Francia como los países de nuestro entorno con más demora en el pago «efectivo», produciéndose severas desviaciones respecto a los plazos convencionales, ya de por sí bastante dilatados. El incumplimiento en tiempo por los proveedores permite a éstos alargar la disponibilidad de las sumas anticipadas por sus proveedores y repercute en unos costes importantes para el cliente (de todo tipo: de gestión, salariales, financieros). El mal funcionamiento de la Justicia permite que las empresas distribuidoras paguen mal... y normalmente no abonen los intereses de demora. El legislador ha seguido aquí, otra vez, la inspiración francesa acudiendo al mecanismo de las cláusulas penales por mora.

Se define la mora como el impago del precio en el plazo pactado, cualquiera que sea el aplazamiento considerado: el «normal», el «medio» o el «extraordinario» del artículo 17.4. La mora se produce automáticamente —conforme al principio *dies interpellat pro homine*— sin necesidad de previo requerimiento o «intimación» (y contra la regla establecida en el art. 1.100 para las «obligaciones civiles»). Así resulta del artículo 17.4 de la Ley en su primer inciso: «*En cualquier caso se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto, a aquél en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 1*». Otra vez la previsión es superflua (salvo para las marginales compraventas civiles incluidas en el precepto) toda vez que esa misma regla se sigue con toda claridad del artículo 63.1 del Código de Comercio.

La consecuencia fundamental de la mora del deudor es la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 1.101 CC). Pero si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, «*la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio en el interés legal*» (art. 1.108 CC). En igual sentido, el artículo 341 del Código de Comercio: «*La demora en el pago del precio de la cosa comprada constituirá al comprador en la obligación de pagar el interés legal de la cantidad que adeude al vendedor*».

A falta de un interés moratorio pactado, siempre que sea superior al legal —algo harto improbable—, la Ley de Comercio trata de estimular el pago del precio mediante la penalización del interés moratorio respecto al del Código Civil: «*el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será un cincuenta por ciento superior al señalado para el interés legal*». O lo que es lo mismo: el resultante de multiplicar al legal por el coeficiente 1,5 (art. 17.4 inciso final).

Con este interés legal penalizado se trata de disuadir al adquirente: difícilmente encontrará una colocación a corto de las disponibilidades líquidas retenidas y no pagadas por un tipo de interés que le compense el moratorio. Desgraciadamente no cabe que la letra o el pagaré contengan la estipulación del devengo de intereses porque la letra no es pagadera a la vista o a un plazo desde la vista (art. 6.1 de la Ley cambiaria y del cheque).

Permítasenos otra vez dudar de la efectividad de la medida. El problema del pago en tiempo seguirá presentándose mientras exista un retraso crónico en la Administración de Justicia. El cliente preferirá cobrar antes, aunque sin intereses moratorios, que enfrentarse en un largo pleito con su cliente, sobre todo si éste ostenta una posición dominante.

IX. EXAMEN DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES TERCERA Y CUARTA DE LA LEY

Las Disposiciones Adicionales de la Ley tercera y cuarta deben leerse en relación con los artículos 16 y 17 de la misma. Son resultado inmediato de varias de las Recomendaciones de la Ponencia del Congreso sobre aplazamientos de pagos a proveedores a la que entonces tuvimos ocasión de referirnos.

En esos dos artículos se suscitan diversos problemas relacionados con el tema que nos ocupa, que merecen estudiarse separadamente.

1. LA POSIBLE UTILIZACIÓN ABUSIVA DEL CRÉDITO A PROVEEDORES POR LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS Y CENTRALES DE COMPRA. LA PRESUNTA «ACTIVIDAD CREDITICIA» DE ESTAS ENTIDADES

El crédito comercial permite al comerciante financiar la adquisición de su activo circulante de las mercancías que luego pondrá a disposición de sus clientes. Conviniendo con sus proveedores aplazamientos de pago, el empresario puede renovar su *stock* de mercancías sin necesidad de disponer para ello de liquidez y sin necesidad de acudir a la financiación empresarial a corto plazo (comparativamente muy onerosa cuando posible). Con arreglo a la lógica económico-jurídica de la operación, el crédito comercial será reintegrado por el adquirente cuando éste obtiene liquidez con la venta de las mercancías a sus clientes. En buena lógica, la demanda de crédito comercial depende de la rotación de los *stocks*.

Sin embargo, la realidad a veces nos muestra una profunda desviación respecto al modelo descrito. Las entidades en situación de poder relativo de demanda en el mercado pueden sentirse tentadas a prolongar el plazo de

pago más allá de lo exigido para la recuperación de la inversión. Una vez vendidas las mercancías cuya adquisición se financia (existe una gran rotación de los *stocks* y el precio se suele satisfacer al contado o a muy corto plazo) los comerciantes distribuidores pueden sentirse tentados a demorar el pago del precio a sus proveedores, incluso más allá del período de aplazamiento convenido, con el objeto de disponer de liquidez. Los estudios demuestran que las grandes superficies operan *de facto* en ocasiones como inversores a corto plazo en los mercados financieros y de capitales: en su cuenta de resultados aparece una partida de ingresos financieros proporcionalmente significativa. Captan liquidez («pasivo») de sus proveedores para invertirla en operaciones financieras. Realizan una actividad en algún modo análoga a la crediticia de intermediación financiera escapando a los controles de supervisión específica de las entidades de crédito (o del mercado de valores) —por el Banco de España (o la Comisión Nacional del Mercado de Valores)— sin necesidad de cumplir con la rigurosa disciplina que conforma su régimen particular (en materia contable, de recursos propios y demás coeficientes), etc... De esta suerte: incurren en riesgos de insolvencia en peligro de sus proveedores y de la economía en general: las inversiones se realizan por agentes no profesionales y sin necesidad de observar las normas de prudencia inherentes a la normativa de recursos propios, concentración de riesgos, etc... Podría argumentarse que las entidades de distribución practican una competencia desleal a las financieras, dado que por la presunta infracción de normas obtienen ventajas sustantivas competitivas sobre las entidades de crédito.

Algún autor ha pretendido que tal actividad financiera de los empresarios de distribución violaría la «reserva» material de objeto social que la legislación de entidades de crédito establece en favor de las entidades financieras sujetas a su régimen de supervisión especial (tanto para las de ámbito operativo pleno como las de limitado). La propia Ley de Comercio se muestra celosa de la competencia propia de los comerciantes: vid. el artículo 8.2 que prohíbe a las entidades de crédito la realización de actividades de exposición y venta de mercancías.

Para quienes esto sostienen, la actividad financiera desplegada por los comerciantes, tal y como se ha descrito antes, es la propia —y típica— de las entidades de crédito definidas en el artículo 1 del RDL 1298/1986, en la redacción dada por el artículo 39.3 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (y en igual sentido la Directiva 77/780, de 12 de diciembre de la CEE). Por el artículo 28.2.b) LDIEC queda reservada a aquéllas toda actividad consistente «*en la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del*

mercado de valores». La actividad bancaria o crediticia «de hecho» se sanciona con multa (art. 29 LDIEC) y con la nulidad de pleno derecho de toda inscripción en el Registro Mercantil (art. 30 LDIEC); todo ello sin perjuicio de las correspondientes sanciones en el orden civil o penal (delito de estafa, por ejemplo).

En mi opinión esta tesis no es sostenible: aunque la actividad financiera pueda ser calificada de «habitual» difícilmente constituirá una captación pública de recursos financieros (no creo que exista una verdadera «oferta pública») en forma análoga a la del pasivo bancario, merced a los depósitos o préstamos que reciben las entidades de crédito de sus clientes. Lo que existe, en su caso, es una utilización abusiva del instrumento, que eventualmente puede traducirse en una desviación causal (entre el fin típico y aparentemente querido y el propósito económico perseguido, al menos por el comerciante y consentido por su proveedor). Puede incluso que exista un negocio simulado, al menos parcialmente: la causa aparente (la concesión de crédito comercial) encubre la disimulada (concesión de un crédito financiero además del comercial, siendo el primero virtualmente gratuito).

2. LA MALA GESTIÓN FINANCIERA Y EL RIESGO DE INSOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS

Precisamente por la mala utilización del crédito comercial incurren las entidades distribuidoras en considerables riesgos de insolvencia, no sólo por causa de una mala inversión de los recursos en activos a corto plazo (una mala inversión especulativa en los mercados de capitales o financieros o un cambio sustancial en las circunstancias del mercado... pueden causar estragos en un patrimonio dependiente de esas fuentes «atípicas» de financiación) sino también, y fundamentalmente, por el empleo de esos recursos financieros a corto plazo pero renovables periódicamente en inversiones estructurales y para el proceso de crecimiento empresarial. Los fondos propios apenas son suficientes para cubrir el inmovilizado material que es en buena parte financiado contra toda lógica contable y financiera con pasivo a corto plazo, lo que contrasta con los elevados índices que arroja el *ratio* de débitos a proveedores a corto plazo/inmovilizado material. Ese riesgo repercute en los proveedores, terceros (los bancos que descuentan los efectos, por ejemplo) y en la economía en general (por el efecto de onda expansiva que produciría «hacia atrás» la insolvencia del comerciante sobre sus proveedores).

Como la actividad no es la propia de las entidades de crédito, no puede pretenderse que la actuación se sujete a la disciplina de coeficientes, recursos propios, etc... Tampoco han prosperado en la nueva Ley las sugerencias

de algún sector favorable a la imposición a las grandes superficies de similares deberes de solvencia (suficiencia de recursos propios) que los que imperan en la legislación especial. Esto último con buen criterio: no parece existan suficientes razones de orden público económico que justifiquen tan severa intervención en la libertad de empresa (no está en juego la seguridad de los depositantes y del orden público monetario).

Quizá hubiera sido deseable el establecimiento de una normativa contable especial (elaboración de un plan contable para las empresas de distribución) como algunas veces se ha sugerido. Sin embargo, es de discutir hasta qué punto la tarea del ICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas) no ha propiciado una verdadera atomización contable, no del todo justificada, y desde luego muy distante del propósito original de normalización contable (establecimiento de estándares normalizados aplicables universalmente). En mi opinión, las especialidades derivadas de prácticas sectoriales y las exigencias legales específicas por sectores deberían tener reflejo en los correspondientes apartados de la memoria pero no en los otros estados contables (balance y cuenta de resultados).

3. LA TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD DE ESTAS PRÁCTICAS. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA

Desde siempre las medidas legislativas relativas a los aplazamientos de pagos han incorporado la preocupación por la transparencia. En Derecho francés el principio de «*transparence tarifaire*» es una constante desde la Ley Royer de 27 de diciembre de 1973, y todos los demás textos legales que la siguieron (*Circulaire Delors* de 22 mayo 1984, *Ley Bérégovoy* de 30 de diciembre de 1985 y, fundamentalmente, la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986: cfr. art. 33). Allí se establece la siguiente regla de Derecho positivo: todo empresario debe comunicar a sus clientes las condiciones generales de venta y suministro, incluidos descuentos y aplazamientos. De esta suerte se procura poner coto a ciertas prácticas de competencia desleal consistentes en la discriminación de empresas clientes: la empresa adquirente trata a sus empresas clientes de una manera injustificadamente discriminatoria en atención a su tamaño y a su posibilidad de dominio sobre las mismas.

En nuestro país no existe esa obligación impuesta a las empresas distribuidoras de hacer públicas sus condiciones generales de aplazamientos de pagos. Ello no obstante, las prácticas discriminatorias, en su caso, son enjuiciables como competencia desleal al amparo de lo que dispone el artículo 16 LCD.

Lo que sí preocupa al legislador es la grave situación de opacidad contable de estas empresas. Este hecho es de obligada constatación en los trabajos preparatorios.

La huida de la transparencia contable se nos presenta bajo dos formas: a) La organización de la empresa comercial bajo forma jurídica diversa de las que soportan el deber de publicidad contable (el depósito de cuentas en los Registros Mercantiles sólo pesa sobre ciertas entidades: anónimas, limitadas, comanditarias por acciones, sociedades de garantía recíproca). Asistimos a una creciente «popularidad» de formas tales como las sociedades personalistas, cooperativas, agrupaciones de interés económico, asociaciones, etc...; y b) El incumplimiento de la normativa legal: las empresas de distribución han incumplido en un nivel significativo las obligaciones legales derivadas del mal llamado «depósito de cuentas anuales» en los Registros Mercantiles.

El grave nivel de incumplimiento relativo de la normativa sobre el depósito de cuentas se explica por diversos motivos, fundamentalmente dos: las ventajas derivadas del incumplimiento de la normativa y la escasa eficacia disuasoria de la normativa sancionadora del incumplimiento hasta ahora.

La empresa distribuidora que incumple los deberes de publicidad contable obtiene con ello una ventaja relativa en el mercado. Está interesada en ocultar su situación económico-financiera a competidores, clientes y terceros en general. La opacidad le permite no revelar datos de considerable valor estratégico a los competidores, ayuda a mantener la situación de dependencia y el trato discriminatorio de los proveedores y pone trabas a la asociación o «sindicación» de estos últimos (en una reacción de «legítima defensa» frente al abuso del común opresor). La empresa que así obra podría incurrir en competencia desleal por infracción de normas, pero nadie acude a los tribunales para que se declare la deslealtad.

Como consecuencia: los interesados (bancos descontantes, entidades competidoras, proveedores) deben soportar grandes gastos para obtener información financiera de escasa calidad y veracidad.

Como demuestra la teoría económica a propósito de las «externalidades» y «efectos externos» esos fallos del mercado se corrigen cuando se estimula legalmente de un modo suficiente el cumplimiento mediante sanciones que obliguen a la empresa incumplidora a internalizar los costes. Ocurre que las sanciones por incumplimiento han existido desde siempre, pero el diseño de las normas sancionadoras ha sido muy deficiente y lo que es peor: nula su actuación (la Administración, que se sepa, no ha impuesto todavía sanción alguna al incumplidor).

Nefasto era el diseño legal del tipo sancionador en la Ley de anónimas de 1989 (antiguo art. 221 LSA antes de la Reforma de la Ley de limitadas).

Muchas eran las deficiencias: la fijación de multas insignificantes de cuantía fija que pronto queda obsoleta por su no actualización; multas que además no eran graduables en atención a la gravedad del incumplimiento y a la dimensión del incumplidor (susceptibles pues de aplicación «regresiva» mucho más gravosa cuanto menor era el tamaño del incumplidor). Añádase a esto el yerro en la elección del sujeto pasivo (se sanciona a la sociedad y no al verdadero responsable que son los administradores) y la indeterminación del órgano competente para la instrucción del expediente (luego, el ICAC). Para colmo de males la tipificación del ilícito era tan vaga (no se sabía, por ejemplo, si el mero retraso era sancionable) que hasta se extendieron dudas de su constitucionalidad (es nula la norma penal o sancionatoria cuyo tipo permite desconocer el ilícito sancionable).

Es cierto que muchos de esos males han sido subsanados en la Reforma de la Ley de Limitadas en la nueva redacción del artículo 221 LSA (sigue, sin embargo, manteniéndose la sanción a la sociedad y no a los administradores) que aprovecha para dar una nueva redacción al tipo legal. A estas alturas es sabido de todos que la solución debe discurrir por otros cauces distintos al estímulo administrativo sancionador. Aparece el «cierre registral» (art. 221.1 §1 LSA).

El cierre registral es la sanción más adecuada (el incumplimiento de un deber registral se sanciona registralmente; el incumplimiento de una carga legal acarrea la pérdida de un beneficio de la misma naturaleza), y desde luego empieza a demostrarse como la más efectiva. Medida lejanamente inspirada en otras similares en países de nuestro entorno, su factura es enteramente original.

En consecuencia: entiendo que la modificación del artículo 221 LSA por la Disposición Adicional Tercera —en vigor muy pocos meses después de promulgada la Ley de limitadas que incorpora la que se rectifica— y consistente en agravar la cuantía de la multa en razón al tamaño del incumplidor, carece de verdadero interés real y hubiera podido perfectamente ser omitida.

4. LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS DE COMERCIANTES Y EL REGISTRO MERCANTIL

El texto legal ha ganado en calidad en sus sucesivas redacciones. La proposición originaria del Grupo catalán introducía un «nuevo» Registro General de Comerciantes en el que se constatarían todos los que ejercieran «actividad mercantil en el territorio de aquellas Comunidades Autónomas que no hayan creado sus propios registros territoriales». Tal disposición hacía referencia a registros administrativos como el Registro de comercian-

tes creado en Cataluña por su Ley 23/1991, General de regulación del comercio interior, de 29 de noviembre (cfr. art. 4); el Registro General de Comerciantes y de Comercio de la Ley de Valencia 8/1986, de 29 de diciembre (art. 4), o el de mismo nombre de la Ley de Galicia 10/1988, de 20 de julio (art. 10), o el Registro General de Empresarios de Comercio y Establecimientos Mercantiles de la Ley de Aragón 9/1989, de 5 de diciembre (art. 4). La falta de inscripción no supondría la invalidez civil de los contratos, sin perjuicio de la eventual sanción administrativa [art. 3.c) de la Proposición].

La exigencia de necesaria inscripción previa en un registro público para el ejercicio de la actividad mercantil es solución a todas luces anacrónica, pues su introducción vale tanto como rehabilitar la vieja matrícula de comerciantes del Código de Comercio de 1829. Suponiendo la conveniencia de que la Administración Pública disponga de una correcta información para el ejercicio de sus funciones no se comprende —no está justificada desde el reconocimiento del principio de la libertad de empresa— la necesidad de multiplicar *ad infinitum* la carga registral. Como acertadamente puso de manifiesto la enmienda 151 del Grupo socialista, es totalmente innecesario multiplicar los registros de comerciantes, toda vez que ya existe el Registro Mercantil, pudiéndose «*si se considera oportuno, convertir en obligatoria la inscripción de los empresarios habituales*».

La Ley de Comercio adopta los siguientes criterios en materia de publicidad registral de la actividad comercial:

- a) Se omite todo lo relativo a un registro administrativo general de comerciantes y se desconoce la existencia, tan dudosamente legal y hasta inconstitucional como claramente inoperante, de esos registros administrativos generales de comercio todavía presentes en las correspondientes Comunidades Autónomas por virtud de sus respectivas leyes de Comercio. La razón: su inutilidad y su falta de justificación. La inscripción en el registro administrativo para el ejercicio del comercio es una limitación irracional, desproporcionada y arbitraria que puede llegar a menoscabar sustancialmente el ejercicio del derecho constitucional de libre empresa (cfr. arg. *ex* STC 225/1993).
- b) Sin embargo, se mantienen paradójicamente registros especiales que a estos efectos puedan establecer las Comunidades Autónomas en atención al control y supervisión de los comerciantes dedicados a las ventas especiales: cfr. artículo 37 en general y 38.2 sobre ventas a distancia; 50 para ventas automáticas; artículo 62.2 para las franquicias. Valga para ellos lo dicho antes.

- c) Se potencia el Registro Mercantil sin llegar a atreverse a romper con los perjuicios que todavía fundan la no obligatoriedad de la inscripción del empresario individual.

5. AMPLIACIÓN DEL PERÍMETRO SUBJETIVO DEL REGISTRO MERCANTIL. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA

El reto que la Ley no ha sabido afrontar es el de la simplificación registral y el de la universalización del sistema mercantil-registral. Existe una pléyade de registros administrativos absolutamente prescindibles. Supongamos, por ejemplo, que una empresa decide dedicarse a la venta ambulante. Pues bien, soportará la carga de los registros fiscales (deberá darse de alta en el censo de empresarios para obtener el NIF; darse de alta en el Impuesto de Actividades Económicas...), los registros municipales, los registros sustantivos (inscribirse en el Registro Mercantil y/o en el de Cooperativas, por ejemplo), y ahora, por fin (!) en los registros administrativos (art. 37 de la Ley de Comercio). Gran parte de la información está duplicada (en varios registros): debería existir una única «ventanilla» (un único Registro) que sirviera de centro de información pleno para todos los interesados y para todas las Administraciones. El Registro Mercantil debiera servir a todos los propósitos: no se entiende muy bien para qué debe tener la Administración Autonómica Andaluza, por ejemplo, un registro especial de comerciantes ambulantes si se inscribieran todos ellos en el Registro Mercantil.

La universalización de la solución mercantil-registral ha sido parcial e insatisfactoria: no se rompe con el principio de la inscripción potestativa del empresario individual (salvo para el naviero y ahora también las sociedades anónimas y limitadas unipersonales cuya inscripción es además de obligatoria, constitutiva) aunque se amplía, parcialmente, el perímetro registral (de entidades inscribibles en el Registro Mercantil) con la sola aparente preocupación de extender las obligaciones de depósito de las cuentas.

No se comprende por qué dispensar a los empresarios individuales de la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil sobre todo cuando su cifra de negocios alcanza cierto volumen (cfr. Disposición Adicional Cuarta 1 *in fine*, Ley de Comercio, que concuerda con lo dispuesto en el art. 16 y 19.1 del CCom. y 81, 87 y ss. del RRM). Lo contrario (la obligatoriedad) es conforme al sistema general (principio de obligatoriedad de la inscripción del comerciante) y a nuestro Derecho histórico y al comparado (en Derecho alemán, francés o italiano ésa es la regla: sólo se dispensa la inscripción del pequeño comerciante).

El legislador de la Ley de Comercio quiere que se inscriban en el Registro Mercantil y depositen sus cuentas anuales todos los empresarios con independencia de la forma jurídica de explotación de la empresa, siempre que reúnan dos requisitos simultáneamente. Las compras (de mercancías) deben alcanzar un cierto volumen de facturación (las adquisiciones realizadas o intermediadas deben superar la cifra de 100 millones de pesetas en el ejercicio inmediato anterior: párrafo 1.º de la Disposición Adicional Cuarta) y su actividad ha de ser la de distribución tipificada en la Ley de Comercio.

La actividad contemplada es la comercial (o de distribución) en todas sus modalidades (la desarrollada tanto por el comerciante mayorista como por el minorista), incluida la actividad comercial de las conocidas como «centrales de compra» (epígrafe 52.11 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas). Estas «centrales de compra» son realidades asociativas de comerciantes mayoristas y minoristas (se habla de centrales y de supercentrales de compra) que adoptan muy diversas formas de organización. Todas ellas instrumentan fórmulas de coordinación frente a las fórmulas asociativas de integración: se respeta la independiente personalidad jurídica y relativa autonomía de gestión de las entidades agrupadas. Nacieron como mecanismos de defensa frente a los procesos de concentración por integración de las entidades de distribución: frente a las grandes superficies se alzaron las centrales de compra y frente a éstas las supercentrales de compra. Adoptan diversas formas jurídicas, especialmente la forma jurídica societaria (de capitales o no capitalistas) pero también la de cooperativa y más recientemente la especialmente idónea de las agrupaciones de interés económico (entidades que carecen de ánimo de lucro y cuya finalidad típica es la de «facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios»). Su finalidad es más amplia —suelen también tener encomendadas funciones informativas, logísticas...— pero la principal y la que da el nombre a estas entidades es la que consiste en intermediar en la adquisición de mercancías de los proveedores comunes, generalmente de productos de marca de consumo masivo, en provecho de sus asociados. Es obvio que a mayor volumen de demanda, mejores serán las condiciones de adquisición.

Existen dos grandes modalidades de intermediación y dos tipos de «centrales de compra»: la «central de compra» que adquiere en firme y transmite luego a sus socios las mercancías; y la que consiste en una simple mediación de comisión de compra por cuenta de los socios comitentes. Estas dos modalidades están contempladas en la Disposición Adicional Cuarta cuando se refiere a «la realización de adquisiciones» (las primeras) o las que prestan «servicios de intermediación para negociar las mismas» (las segundas).

Ocurre que:

- a) El sistema registral —según es habitualmente entendido por cierto sector, el dominante, de la doctrina— se caracteriza por un orden cerrado o de *numerus clausus* de entidades inscribibles: las enumeradas en el artículo 16.1 del Código de Comercio y en el artículo 81.1 RRM.
- b) Que sólo cierto tipo de entidades inscribibles están obligadas al depósito de cuentas: las sociedades anónimas, las sociedades limitadas, las comanditarias por acciones y las de garantía recíproca (art. 329.1 RRM).

Por ello y con el propósito fundamental de extender el ámbito subjetivo del deber del depósito de cuentas, la Ley amplía el perímetro subjetivo de la institución del Registro Mercantil. Hay que tener presente que por el llamado principio registral de «tracto sucesivo», para inscribir actos o contratos relativos a sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto: artículo 11.1 del RRM. En consecuencia: no es posible —técnicamente— el depósito de cuentas si no existe una inmatriculación previa del comerciante. Por este motivo la Ley opera dos reformas: amplía el elenco de entidades inscribibles y al mismo tiempo el de entidades obligadas al depósito de cuentas. Todo ello bajo el principio de la irrelevancia de la forma jurídica de explotación de la empresa (criterio, por ejemplo, seguido en el art. 16.1.3.º del CC: todas las entidades de crédito o de seguros son inscribibles).

En consecuencia: entidades hasta ahora no inscribibles en el Registro Mercantil (como eran las cooperativas, las sociedades agrarias de transformación y, si esto es posible, las fundaciones y asociaciones) devienen inscribibles en éste y además, en todo caso, entidades no obligadas a depositar cuentas resultan forzadas a ello (las anteriores no inscribibles y las inscribibles que no se incluyan en el art. 329.1 RRM: las sociedades personalistas, las agrupaciones de interés económico y las agrupaciones europeas de interés económico...).

La ampliación del perímetro de lo inscribible supone agravación del problema de la duplicidad registral. Como la Ley de Comercio no afronta la reforma verdaderamente necesaria —que el Registro Mercantil sea el Registro de todos los empresarios y que éste sustituya a registros paralelos como el de cooperativas, tal y como recomienda la mejor doctrina— resultará que las entidades que adopten, por ejemplo, forma cooperativa, seguirán sujetas a inscripción en ese registro, en el Registro Mercantil y en los administrativos que proceda. Puede incluso ocurrir que hasta se duplique la obligación de depósito de cuentas (en el Registro Mercantil y en otro registro): así

podrá ocurrir con las fundaciones de Derecho común que dediquen parte de sus recursos y actividad al comercio (cfr. Disposición Adicional 7.^a y arts. 18, 19.4 y, especialmente, el art. 23.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre) o con ciertas cooperativas, por ejemplo, las valencianas (la Ley 11/1985, de 25 de octubre, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, estableció el depósito de cuentas en su art. 58.5). Estas disposiciones siguen en vigor y se aplicarán acumulativamente: vid. párrafo tercero de la Disposición Adicional Cuarta.

La Ley pretende estimular la inscripción y el depósito de cuentas en el Registro Mercantil de las entidades a que se refiere la Disposición Adicional Cuarta con la amenaza de las sanciones previstas en el artículo 221 LSA que la propia Ley de comercio reforma (párrafo segundo de la Disposición Adicional Cuarta). Obsérvese que por primera vez en nuestro Derecho se sanciona administrativamente de manera directa la no inscripción en el Registro Mercantil (por regla general la inscripción es obligatoria pero su incumplimiento no es sancionable administrativamente de manera directa, aunque sí indirectamente: cfr. art. 24.2 del CCom) y que será aplicable lo establecido a propósito del cierre registral en el artículo 221 LSA.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador Mercantil de Barcelona

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFARO AGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», en *RDM* 202 (1991), págs. 667 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en A. BERCOVITZ/R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de consumidores*, 1987.
- «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, 1992, págs. 13 y sigs.
- CASAS VALLÉS, J., «Defensa de los consumidores y Derecho civil», en *RJC* 1992, pág. 79.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», en *ADC* (1982), págs. 987 y sigs.
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. D.G. XXIII (1993): *Auditon publique sur les délais de paiement*, Bruselas, 7 y 8 de julio.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1992): *Los plazos de pago en las transacciones comerciales*, documento de trabajo de los servicios de la Comisión, SEC (1992) 2214, Bruselas, 18 de noviembre.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones», en *ADC* (1994).
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prácticas comerciales y protección de consumidores», en *Derecho privado y Constitución*, 1995, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 85 y sigs.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.; CALONGE VELÁZQUEZ, A.; LAGUNA DE PAZ, J. C., Y GARCÍA DE COCA, J. A., *La proposición de Ley de Comercio*, Instituto de Estudios Económicos.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «Protección a los consumidores, *lus poenitendi* en ciertos documentos privados», en *Revista Jurídica del Notariado* (1992), págs. 257 y sigs.
- MASSAGUER FUENTES, J., «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Broseta Pont*, tomo II, págs. 2203 y sigs.
- MIGUEL MACHO, «Reglamentación administrativa de la actividad comercial por las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 133.
- MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO, *Informe sobre el Comercio Interior y la distribución en España*, tomo I, Análisis descriptivo, ICE, 1995.
- M. ET MOUSSERON, J. M., *Le Droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Litec, 1993, Paris.
- PRADA, M. (1991): *Rapport sur le Crédit Interentreprises*, Rapport établi à demande du Conseil National du Patronal Français et de la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises, Paris.
- ROMÁN GONZÁLEZ, M.ª V., «Estudio de la función financiera de los plazos de pago», en *Investigación y Marketing*, núm. 46, diciembre, págs. 72 y sigs.
- «Análisis comparativo de los plazos de pago en la industria alimentaria y la distribución comercial», en *ICE*, marzo 1995, núm. 739, págs. 93 y sigs.
- SÁNCHEZ SOLE, S., «La violación de normas como acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 21 de marzo de 1994)», en *RGD* 604-605 (1995), págs. 791 y sigs.
- SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, «Poder de mercado y pago a proveedores», en *Boletín Económico del ICE*, n.º 2420, 11 al 17 de julio de 1994, págs. 1851 y sigs.
- TRONCOSO Y REIGADA, M., «Notas críticas a la Proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán», en *La Ley*, 1994-4, págs. 969 y sigs.

DICTAMENES Y NOTAS

Inscripción en el Registro Mercantil de la oposición de un cónyuge al ejercicio del comercio por parte del otro cónyuge

SUMARIO: I. INTRODUCCION. SENTIDO DEL CODIGO DE COMERCIO.—
II. LA OPOSICION. ALCANCE.—III. LA VIGENCIA SOCIAL DE ESTA
FACULTAD EN EL REGISTRO MERCANTIL: 1. PRIMERA INSCRIPCIÓN. 2. SE-
GUNDA INSCRIPCIÓN. 3. TERCERA INSCRIPCIÓN.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION. SENTIDO DEL CODIGO DE COMERCIO

El artículo 6 del Código de Comercio dispone que *en caso de ejercicio del comercio por persona casada...* quedan obligados a sus resultados sus propios bienes y los bienes adquiridos con la actividad mercantil. También establece que el comerciante puede enajenar y disponer de esos bienes; sin embargo, para la vinculación de los restantes bienes comunes necesita el consentimiento del otro cónyuge. Por tanto, el Código de Comercio está recogiendo unas normas de responsabilidad y de disposición de los bienes gananciales propias de la regulación civil de los regímenes económico-matrimoniales (1).

(1) Sobre la regulación mercantil del ejercicio del comercio por persona casada, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ejercicio del comercio por persona casada», en GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J., *Curso de Derecho mercantil*, vol. I, 7.^a ed., Madrid, 1976, págs. 272-288; DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», en *Academia Sevillana del Notariado*, 1989, págs. 267-299; GARCÍA VILLAVARDE, R., «Ejercicio del comercio por persona casada», en *RDM*, 1982, págs. 497-534; ILLESCAS ORTIZ, R., «El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 285-312; LACRUZ BERDEJO, J. L., «Algunos aspectos (más o menos) mercantiles de la reforma del régimen económico del matrimonio», en *RDBB*, 1982, págs. 535-566; LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A.,

La causa del doble régimen actual se debe a los avatares del Derecho histórico. Se encuentra en el hecho de que la reforma sobre la igualdad jurídica de marido y mujer se hizo en dos momentos, que fueron las Leyes de 2 de mayo de 1975 y de 13 de mayo de 1981.

En efecto, cuando en el último cuarto de este siglo, se quiso equiparar la mujer casada al marido, la Ley de 2 de mayo de 1975 reformó el Código Civil y el Código de Comercio. Respecto a la regulación mercantil modificó los artículos 6 al 12 estableciendo un régimen común para la *persona casada*. Anteriormente, el Código de Comercio de 1829 y el de 1885 contemplaron un régimen especial para la mujer casada comerciante, que le permitía ejercer el comercio con autorización marital (2), y preveía las

«La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981», en *RJC*, 1983, págs. 585-617; OLIVENCIA RUIZ, M., «Significado de la reforma del Código de Comercio», en *Curso de Conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1975, de 2 de mayo*, Madrid, 1978, págs. 155-175; PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, J. M., «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», en *AAMN*, tomo XXVIII, 1987, págs. 193-232, y SANCINENA ASURMENDI, C., *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, 1995

(2) El Código de Comercio de 1829 permitió que la mujer casada ejerciera el comercio con autorización marital expresa, salvo cuando estuviera separada legítimamente de su marido. La autorización del marido debía manifestarse en escritura pública, y le era exigida a la mujer en el momento de su inscripción obligatoria en la matrícula de la provincia. Por tanto, la mujer para poder ejercer el comercio debía inscribirse en la matrícula de comerciantes y acompañar a la solicitud de inscripción la autorización marital expresa o la sentencia firme de divorcio, que era el único supuesto que entonces se admitía para el ejercicio del comercio por habilitación legal.

El Código de Comercio de 1885 permitió que la mujer casada pudiera ejercer el comercio con autorización marital, o sin ésta cuanto concurriera alguno de los supuestos del artículo 11 del Código de Comercio. Asimismo, introdujo la inscripción potestativa de los comerciantes individuales en el Registro Mercantil y la posibilidad de que la autorización fuera expresa, tácita o presunta. Con esto, el sistema dejó de ser un régimen basado en la autorización marital, para convertirse en un sistema de oposición: *la mujer casada podía ejercer el comercio mientras el marido no se opusiera*. Pues, el particular significado de la autorización marital tácita o presunta impedía considerarla exclusivamente como un acto positivo del marido, ya que la mera tolerancia del marido ante el ejercicio notorio del comercio por parte de su mujer implicaba su autorización presunta. La Ley presumía la autorización marital cuando la mujer ejercía la actividad mercantil durante el matrimonio, con el conocimiento de su marido y sin su oposición (art. 7 del Código de Comercio), y cuando la mujer ya era comerciante al contraer matrimonio si el consorte no se oponía (art. 9 del Código de Comercio). En este último caso, no se exigía el conocimiento del marido, sino que éste se presumía y con él la autorización marital. Cfr. SSTs de 29 de diciembre de 1948 y 5 de diciembre de 1958.

Además, la mujer casada podía inscribirse en el Registro Mercantil, aunque ejerciera el comercio con la autorización presunta. Los sucesivos Reglamentos del Registro Mercantil unánimemente permitieron la inscripción de la mujer casada comerciante cuando acompañase documento acreditativo del conocimiento por parte de su marido del ejercicio del comercio, en el supuesto del artículo 7 del Código de Comercio, o de que lo venía ejerciendo antes de su matrimonio para el caso del artículo 9 del Código de Comercio. La diferencia estribaba en que el RRM de 1919 exigió que se acreditase en

consecuencias jurídicas en orden a la vinculación y disposición de los bienes gananciales, parafernales y dotes (3). Entonces, la regulación

documento público (art. 95.2.º), en cambio, el artículo 29 RRM de 1885 y el artículo 74.1.º RRM de 1956 no exigieron que el documento fuese público.

Los supuestos del artículo 11 del Código de Comercio hacían referencia a los casos en que el marido carecía de la potestad familiar: cuando la mujer viviera separada de su consorte por sentencia firme de divorcio, estuviera su marido sujeto a curaduría o ausente, ignorándose su paradero sin que se esperase su regreso, o sufriendo la pena de interdicción civil. En estos casos, no se exigía a la mujer casada para ser comerciante que tuviera la libre disposición de sus bienes —de la que carecía por el art. 1.444 del Código Civil—, sino que el Código de Comercio establecía una regulación especial (cfr. BENITO Y ENDARA, L., *Manual de Derecho mercantil*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, 1924, pág. 374). En cuanto al divorcio, el Código de Comercio se refería al divorcio no vincular, aunque durante la vigencia de la Ley de 2 de marzo de 1932 se aplicó también al divorcio vincular. El Código Civil diferenció en su artículo 73 los efectos de la separación según la culpabilidad o inocencia de los cónyuges. Sin embargo, el Derecho mercantil no hizo esta distinción, sino que la mujer separada tenía la misma facultad para comerciar, ya fuese inocente o culpable de la separación (cfr. MARÍN LÁZARO, R., *Comentarios del Código de Comercio español*, tomo I, Madrid, 1932, pág. 520; en contra, BENITO Y ENDARA, *ob. cit.*, pág. 385). Respecto a la institución de la curatela, existente en el Derecho civil en 1885, el suprimirse en el Código Civil de 1889, se incluyó en esta causa la incapacitación del marido y su sometimiento a tutela (cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M., *Fundamentos de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1956, pág. 95, y RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, pág. 594). La ausencia del marido fue el único supuesto en que no se exigió una sentencia judicial. No obstante, tampoco bastaba una ausencia de hecho, sino que hacía falta que se constataste que el marido estaba ausente, se ignoraba su paradero y no se esperase su regreso. Esto se conseguía, por ejemplo, cuando el juez nombraba al defensor establecido en el artículo 181 del Código Civil (redacción según Ley de 8 de septiembre de 1939). Por último, la pena de interdicción civil no sólo se exigía que hubiera sido declarada a través de una sentencia firme, sino que el marido debía estar sufriendo dicha pena; ahora bien, como la sentencia firme condenando al marido a la pena de interdicción daba lugar a la figura de la tutela, este supuesto quedaría subsumido en el número segundo de estar sujeto a curaduría.

(3) El Código de Comercio de 1829 estableció dos regímenes distintos de responsabilidad según cuál fuera el modo de ejercer el comercio. En el caso de autorización marital respondían «*los bienes dotes de la mercadería y todos los derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad social*» Respecto a los bienes parafernales, aunque no estaban mencionados, se entendieron incluidos. Cuando la mujer estaba legítimamente separada de su marido y ejercía el comercio sin autorización respondían exclusivamente determinados bienes propios de la mujer, aquéllos que tuviere en propiedad, usufructo y administración cuando se dedicó al comercio, los bienes dotes que se le hubieran restituido por la sentencia de separación y todos los bienes que adquiriera posteriormente, tanto en el ejercicio del comercio como de cualquier otra manera.

Por su parte, también el Código de Comercio de 1885 diferenció las consecuencias jurídicas del ejercicio del comercio de la mujer según actuase con el consentimiento marital o sin él. Así, cuando se ejercía el comercio con la autorización del marido, la mujer obligaba todos los bienes gananciales, dotes y parafernales, y también podía enajenarlos e hipotecarlos (art. 10 del Código de Comercio y R. de 18 de abril de 1964). En cambio, cuando ejercía el comercio según el artículo 11 del Código de Comercio, las consecuencias jurídicas aplicables eran las del artículo 12 del Código de Comercio,

mercantil era especial respecto a la civil, pues el Código de Comercio concedía a la mujer casada la posibilidad de realizar los actos propios de su actividad mercantil que le estaban vedados según la regulación civil (4).

El análisis del *iter legislativo* de la Ley de 2 de mayo de 1975 revela las vicisitudes por las que transcurrió la modificación de los artículos del Código de Comercio y demuestra que la intención de los legisladores fue suprimir la exigencia de la autorización marital para que la mujer casada ejerciera el comercio. En este sentido, el Proyecto de Ley estableció en un solo artículo —el sexto— que la mujer tenía capacidad para ser comerciante sin necesidad del consentimiento del marido (5), y dejó sin contenido los artículos 7 al 12 del Código de Comercio.

Sin embargo, la Ponencia de la Comisión de Justicia pretendió consagrar el principio de igualdad entre los cónyuges. Para ello sustituyó en el inicio del artículo 6: *mujer casada* por *persona casada*, pero mantuvo la regulación anterior cuya destinataria era la *mujer*. También con una finalidad estética, cual era evitar que los artículos 7 al 12 figuraran en blanco, recogió una redacción cuyo contenido tenía una estructura similar a la de 1885. De este modo, introdujo por primera vez un régimen mercantil para el marido, en el que se igualaba el marido a la mujer —y no al contrario—, pues se limitó las facultades de responsabilidad y de disposición de los bienes gananciales por el marido comerciante. Ahora bien, el resultado final no fue la equiparación de los cónyuges, pues el marido comerciante gozaba de las facultades como administrador legal de la sociedad de gananciales, que el Código Civil —de aplicación subsidiaria— le otorgaba, sin que le perjudicasen las restricciones contenidas en el Código de Comercio para la *persona casada* (6).

es decir, podía vincular y disponer de sus bienes propios y de los bienes comunes adquiridos en su actividad mercantil. Por tanto, y de este modo, se introdujo la diferencia —que subsiste hasta hoy—, entre los bienes gananciales adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio y los restantes bienes comunes.

(4) Sobre el Derecho derogado, véase por todos, SERRANO MONFORTE, M., *Ejercicio del comercio por mujer casada*, Madrid, 1974.

(5) El artículo 6 del Proyecto de Ley de 25 de octubre de 1974 tenía la siguiente redacción: «en caso de ejercicio del comercio por mujer casada quedarán obligados a las resultas del comercio los bienes propios de la mujer y los de la comunidad o sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por esas mismas resultas, pudiendo la mujer enajenar los unos y los otros. Para que queden obligados los demás bienes comunes y puedan ser enajenados o gravados por la mujer, será necesario que el marido haya expresado su consentimiento a tal efecto en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Con las mismas formalidades y efectos el marido podrá extender su consentimiento incluso a sus bienes privativos» (*Boletín Oficial de las Cortes Españolas* de 30 de octubre de 1974, número 1.384, págs. 33-34).

(6) La Ley de 2 de mayo de 1975, aunque introdujo la fórmula «persona casada» en el Código de Comercio, no modificó las facultades de administración y disposición sobre los restantes bienes comunes que el Código Civil concedía al marido y, por tanto,

En un segundo momento, la Ley de 13 de mayo de 1981 introdujo la igualdad entre los cónyuges en el Código Civil, pero dejó intacta la redacción del Código de Comercio. Sin embargo, al variar los principios civiles sobre los que se sustentaba la normativa del régimen económico matrimonial, indirectamente ha modificado la regulación mercantil del comerciante casado, que ha perdido su carácter especial para convertirse en una regulación contrapuesta (7).

Las Leyes de 2 de mayo de 1975 y de 13 de mayo de 1981 tendrían que haber evitado esta doble normativa. La primera podía haber incorporado la solución adoptada cuatro meses antes por la Ley General de

al comerciante, sino que éste seguía siendo el administrador legal de la sociedad de gananciales y ostentando las facultades exclusivas en orden a la disposición y vinculación.

Sin embargo, PÉREZ-JOFRE ESTEBAN consideró que el artículo 6 del Código de Comercio de 1975 afectó a la responsabilidad del marido comerciante sobre los bienes gananciales en el ejercicio de su actividad mercantil, de modo que sólo se le concedía las facultades del Código de Comercio, pero que no varió sus facultades dispositivas, por lo que seguiría sujeto a las facultades del Código Civil (cfr. «La evolución del Derecho de familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges», en *Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, XIII, Barcelona, 1975, pág. 527).

(7) En efecto, la reforma civil sobre el régimen económico matrimonial ha variado profundamente los principios reguladores. Así se ha pasado de una administración realizada exclusiva y separadamente por el marido a una administración conjunta de ambos cónyuges. En este sentido, Díez-PICAZO manifiesta que la igualdad entre los cónyuges sólo se podía establecer con base en el principio de gestión conjunta: «un ordenamiento que considera a los cónyuges en pie de igualdad no puede llegar en materia de bienes comunes a una solución distinta. El principio de la cogestión (la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges) constituye, como se ha dicho acertadamente, uno de los objetivos más claros de la Reforma de 1981 y es, además, una consecuencia ineludible del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges, establecido en nuestro Derecho desde la Ley de 2 de mayo de 1975 y definitivamente, consagrado por el artículo 32 de la Constitución» («Comentario al artículo 1.375 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, tomo II, Madrid, 1984, pág. 1760).

Por tanto, la regla de gestión separada del comerciante del Código de Comercio choca con la cogestión recogida en el Código de Comercio.

Sin embargo, creo que la igualdad consiste en conceder a ambos cónyuges los mismos derechos y facultades en la gestión de la sociedad de gananciales, y que es compatible con una gestión separada de ambos cónyuges, en la cual cada uno de ellos tuviera la capacidad para actuar sobre los bienes gananciales, aunque con excepciones, atendiendo a la importancia de determinados actos y para los cuales fuese necesario una actuación conjunta. En el fondo, se hubiera llegado al resultado actual, pero variando la naturaleza de las normas. En vez de establecer como regla general la codisposición y recoger una serie de excepciones de gestión separada, se podría haber acogido la gestión disjunta y después los supuestos en los que necesariamente debe haber codisposición.

Cooperativas (8), que en vez de recoger un régimen peculiar para la mujer casada, como lo había propuesto la Ponencia (9), determinó que la mujer tendría las *mismas facultades* que tenía el marido en el Código Civil. De esta forma, estableció la completa igualdad entre marido y mujer, equiparándolos por arriba; además con esta remisión eludía el concretar un régimen especial de la mujer casada y tener que adaptarlo a las siguientes reformas civiles. En 1975, era todavía necesario que el Código de Comercio hiciese una referencia a la mujer casada, puesto que si entonces se hubiera eliminado del Código de Comercio, la mujer, a tenor del Código Civil, no hubiera podido ser comerciante.

La segunda —la Ley de 13 de mayo de 1981— debería haber abordado el tema de la regulación mercantil, bien para mantenerlo, especificando su razón de ser y adaptándolo al nuevo régimen civil, y de este modo evitar la doble regulación contrapuesta actual, o bien para suprimirlo, como generalmente ha hecho el Derecho Comparado. En efecto, así se hizo en Francia, Italia o Portugal, donde las respectivas leyes de reforma que introdujeron la igualdad de los cónyuges en el ámbito civil, suprimieron la

(8) La Ley 52/1974, de 19 de diciembre, reguló la capacidad de la mujer casada, de la siguiente manera: Artículo 8. Capacidad 1. «La capacidad de las personas naturales para constituir y formar parte de una cooperativa se regirá por la legislación civil, sin más salvedades que las siguientes: (...) b) La mujer casada, mayor de dieciocho años, tendrá plena capacidad para ser socio y actuar como tal, sin licencia marital, en cualquier cooperativa, comprometiendo únicamente sus bienes dotales y parafernales. Para enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales, la mujer tendrá las mismas facultades y limitaciones que para el marido establezcan las leyes civiles».

(9) El artículo 8 del Proyecto de Ley de 16 de enero de 1974 afirmaba: Capacidad. Uno. «La capacidad de las personas naturales para constituir y formar parte de una Sociedad Cooperativa se regirá por la legislación civil» (*Boletín Oficial de las Cortes Españolas* de 23 de enero de 1974, número 1314, pág. 32040). Remitía por completo la capacidad para ser socio de una Cooperativa a las normas del Código Civil, por lo que la mujer casada no hubiera tenido capacidad para ser socia.

La Ponencia para favorecer la capacidad de la mujer casada incluyó una norma que les permitía ser socias de una Cooperativa sin necesidad de licencia marital, y establecía las consecuencias jurídicas en orden a la vinculación y disposición de los bienes gananciales según que la mujer contase o no con el consentimiento de su marido. El artículo 8 presentado por la Ponencia tuvo la siguiente redacción: «(...) b) La mujer casada, mayor de edad, tendrá plena capacidad para ser socio y actuar como tal, sin licencia marital, en cualquier cooperativa, comprometiendo únicamente sus bienes propios y los de la comunidad conyugal que adquiera por resultados de aquella actuación. Cuando obtenga la citada licencia quedarán solidariamente obligados a las resultados de su actividad, tanto sus bienes dotales y parafernales como todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad o sociedad conyugal, pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los propios y privativos suyos, así como los comunes».

regulación específica que los Códigos de Comercio contemplaban para la mujer casada (10).

II. LA OPOSICION. ALCANCE

El artículo 6 del Código de Comercio establece, dependiendo del consentimiento del cónyuge del comerciante (11), dos grados de vinculación de los bienes gananciales: el nivel menor afecta a los bienes propios del comerciante y a los bienes adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio, mientras que el mayor sujeta a responsabilidad los restantes bienes gananciales, y se aplica en el supuesto de que el consorte consienta dicho ejercicio. Por tanto, parece que el consentimiento del cónyuge del comerciante determina el régimen de responsabilidad aplicable al ejercicio del comercio por parte de su consorte.

El Código de Comercio admite el consentimiento para la vinculación (12) de los bienes gananciales en forma expresa o presun-

(10) En Italia la especialidad del ejercicio del comercio por la mujer casada recogida en los artículos 13 y siguientes del Código de Comercio no pasó al Código Civil en 1942. En Francia, la Ley 85/1372, de 23 de diciembre, suprimió el contenido del artículo 5 del *Code de commerce*, que había sido modificado por la Ley 65/570, de 13 de julio, para acoger el régimen de disposición y de responsabilidad de la mujer casada en el ejercicio del comercio. En Portugal, el artículo 1 del *Decreto-Lei* 363/77, de 2 de septiembre, dejó sin contenido el artículo 9 del *Código Comercial* que trataba de la capacidad de la mujer para ser comerciante.

Asimismo, en España, la Ley 3/87, de 2 de abril, General de Cooperativas, que derogó la anterior de 1974, ha suprimido toda referencia a la capacidad de la mujer casada.

(11) El artículo 6 del Código de Comercio subordina la responsabilidad de los bienes gananciales a la existencia del consentimiento de «ambos cónyuges». Sin embargo, y a pesar de esta doble exigencia, el consentimiento relevante es el del cónyuge del comerciante. El comerciante consiente con su sola voluntad de ejercer el comercio, además no se exige su consentimiento para la vinculación de sus bienes a sus actos, cuando no puede impedir dicha responsabilidad, puesto que por su sola voluntad no puede excepcionar el carácter imperativo del artículo 1.911 del Código Civil, es decir, que todos sus bienes (entre los que se encuentran los gananciales) respondan de sus propios actos, ya sean actos derivados del ejercicio del comercio, como de cualquier otra actividad. Cfr. ILLESCAS ORTIZ, *ob. cit.*, pág. 293.

(12) El consentimiento no produce efectos personales, sino sólo patrimoniales: fija la extensión de la responsabilidad sobre los distintos bienes del matrimonio en el ejercicio del comercio por parte de un cónyuge. Cfr. PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, *El cónyuge...*, cit., pág. 202; BELLO JANEIRO, *La defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993, pág. 449; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, págs. 477-478, y RAMS ALBESA, J. J., *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992, pág. 252. La jurisprudencia considera que el cónyuge del comerciante consiente la responsabilidad de los bienes gananciales. La STS de 27 de junio de 1989 declara que el artículo 6 del Código

ta (13), y presume el consentimiento en dos supuestos: cuando un cónyuge ejerce el comercio con conocimiento y sin la oposición del otro cónyuge (art. 7), y cuando al contraer matrimonio un cónyuge ya estuviera ejerciendo el comercio y lo continuare sin la oposición del otro (art. 8) (14). Sin

de Comercio «supedita al consentimiento de ambos cónyuges el hecho de quedar obligados los demás bienes comunes al ejercicio del comercio por uno de ellos, cuyo consentimiento viene presumido por las circunstancias relatadas en los artículos siguientes»

Sin embargo, del Código de Comercio parece desprenderse dos tipos diferentes de consentimiento: *para que los demás bienes comunes queden obligados* (art. 6) y *al ejercicio del comercio* (arts. 7 y 8). Esto se debe a que la redacción de los actuales artículos 7 y 8 del Código de Comercio deriva de la regulación anterior. El Código de Comercio en 1985 exigía el conocimiento y consentimiento del marido para que su mujer adquiriera la condición de comerciante durante el matrimonio; mientras que la mujer que ya lo era comerciante de soltera, necesitaba, al casarse, que su marido no se opusiese a que continuara con dicha actividad. La regulación actual deriva de la redacción de 1885 donde el artículo 7, similar al actual del mismo número, exigía el conocimiento del marido cuando empezase a ejercer el comercio durante el matrimonio, mientras que el anterior artículo 9, equivalente al actual 8, no exigía el conocimiento sino simplemente su no oposición cuando la mujer ejercía el comercio antes de casarse. No obstante, los artículos 7 y 8 manifiestan sin ninguna duda que se presume otorgado el *mismo* consentimiento del artículo 6 del Código de Comercio, es decir, que *se vinculen* los restantes bienes gananciales a las obligaciones adquiridas por un cónyuge en el ejercicio de su comercio. Algunas sentencias del Tribunal Supremo repiten la dicción del artículo 7 del Código de Comercio, por lo que parece que apoyan que el consentimiento sea dirigido al ejercicio del comercio. Cfr. SSTs de 16 de febrero, 4 de mayo, 10 de septiembre y 29 de diciembre de 1987, 21 de marzo de 1988 y 25 de noviembre de 1991.

LÓPEZ SÁNCHEZ (cfr. *ob. cit.*, pág. 602), BISBAL (cfr. «Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio», en *RJC*, 1982, pág. 364), e ILLESCAS ORTIZ (cfr. *ob. cit.*, págs. 292 y 299) entienden que aunque el contenido del consentimiento, la oposición y la revocación es al ejercicio del comercio del otro cónyuge, exclusivamente tiene efectos patrimoniales. GIMÉNEZ DUART va más lejos, otorga al consentimiento y a la oposición ciertos efectos personales, pero evita las consecuencias equivalentes a la anterior autorización marital, al establecer que el cónyuge tiene obligación de consentir, salvo si el comerciante actúa incorrecta o negligentemente, en cuyo caso el otro cónyuge puede solicitar del juez la disolución de la comunidad (cfr. «Cargas y obligaciones del matrimonio», en *RDP*, 1982, págs. 548-549).

(13) Cfr. las SSTs de 4 de mayo de 1987, 21 de marzo de 1988, 27 de junio de 1989, 22 de octubre de 1990, 15 de marzo de 1991, 22 de junio de 1993 y 6 de junio de 1994.

También debe permitirse el consentimiento tácito del cónyuge del comerciante deducido de sus actuaciones en tal sentido, aunque el Código de Comercio no lo señale. En este sentido, la STS de 29 de diciembre de 1987 estima el consentimiento tácito: «no constando la oposición expresa de la recurrente al ejercicio mercantil profesional de su marido, sino su conocimiento manifestado en su calidad de colaboradora activa y en cargos directivos de otras empresas constituidas con su marido»

(14) El Código de Comercio les exige requisitos diferentes. El artículo 7 requiere el conocimiento por parte del consorte del ejercicio del comercio, mientras que el artículo 8 no exige dicho conocimiento. Asimismo, el artículo 21 del Código de Comercio, en la redacción dada por Ley de 2 de mayo de 1975, establecía la necesidad de inscribir la oposición del artículo 7 y no recogía la oposición del artículo 8 del Código de Comercio.

embargo, actualmente sólo cabe entender un consentimiento presunto, el del artículo 7, y que éste engloba el supuesto del artículo 8, pues como el consentimiento ha perdido el carácter personal de la vieja autorización marital y ya no se trata de un problema de capacidad sino de responsabilidad, no tiene relevancia que un cónyuge viniera ejerciendo el comercio antes de contraer matrimonio (15). Por tanto, se presume el consentimiento cuando el comerciante ejerce el comercio constante matrimonio, si su consorte conoce dicho ejercicio y no se opone.

Ahora bien, la presunción del consentimiento descansa sobre la presunción del conocimiento por parte del cónyuge del comercio ejercido por el otro. Se presume que el cónyuge conoce la actividad mercantil de su consorte, de modo que, el cónyuge debe probar su desconocimiento (16), incluso aunque el comerciante ejerza notoriamente el comercio y tenga un establecimiento mercantil abierto al público. Por tanto, la prueba por parte del cónyuge del comerciante de su ignorancia o de la falta de conocimiento destruye la presunción de conocimiento y la presunción de consentimiento, lo que produce la exoneración de responsabilidad los bienes gananciales no adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio (17).

(15) Las deudas contraídas por el comerciante de soltero tendrán para el régimen económico del matrimonio la misma consideración que las demás deudas ante-matrimoniales.

(16) Parte de la doctrina se manifiesta en contra, pero por causas diferentes. GARCÍA VILLAVERDE afirma que no se presupone el conocimiento del ejercicio del comercio por parte del consorte, sino que son los terceros quienes tienen que probarlo para que tenga lugar la afectación de los bienes comunes, aunque en los supuestos de notoriedad baste con demostrar ésta (cfr. *ob. cit.*, pág. 513). Asimismo, cfr. BELLO JANEIRO, *ob. cit.*, pág. 448. GIMÉNEZ DUART entiende que al imponer la Ley el deber de informarse recíprocamente los cónyuges de sus actividades, si un cónyuge no conoce la actividad comercial de su consorte es por dejación de su derecho a ser informado o por pura negligencia o desinterés. Por ello, concluye eliminando este requisito y haciendo que respondan los bienes gananciales *in genere*, a no ser que medie expresa oposición (cfr. *ob. cit.*, pág. 548).

(17) La jurisprudencia admite unánimemente la presunción de conocimiento. Establece que la única manera de evitar la responsabilidad de los bienes gananciales cuando no consta la oposición, es mediante la prueba de la ignorancia por parte del cónyuge del comerciante sobre el ejercicio del comercio de su consorte, que corresponde a aquél, sin requerir en ningún caso, que los acreedores prueben el conocimiento por parte del consorte. La STS de 10 de junio de 1993 declara que basta el consentimiento tácito «cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, y en el caso no se acreditó que la mujer hubiere permanecido separada o no conviviente con su esposo, y consecuentemente fuera ignorante de la profesión a la que se dedicaba, la que era pública y notoria desde hacía muchos años». Igualmente, la STS de 22 de junio de 1993 entiende que hay consentimiento de las esposas, pues no se prueba que hubiera desconocimiento u oposición al comercio de los maridos. Cfr. SSTS de 2 de junio de 1986, 29 de diciembre de 1987 y 5 de junio de 1990.

En suma, el consentimiento se presume prestado cuando el comerciante ejerce el comercio sin la oposición del consorte. De este modo, la oposición del consorte se convierte en el elemento clave en la determinación del régimen aplicable en la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por el comerciante en el ejercicio de su actividad mercantil; pues el silencio del cónyuge del comerciante se interpreta como consentimiento a la responsabilidad de todos los bienes gananciales. Por ello, el sistema español no está basado en el consentimiento del cónyuge del comerciante al ejercicio del comercio de su consorte, sino más bien, es un régimen basado en la oposición.

La oposición del cónyuge del comerciante —a la que se equipara la revocación del consentimiento anteriormente prestado— (18) tiene, al igual que el consentimiento presunto, dos formas de manifestarse en el Código de Comercio. Así, cuando se ejerza el comercio con conocimiento es necesario que la oposición sea expresa (art. 7), mientras que cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio basta simplemente con la oposición del otro (art. 8). Congruentemente con esto, tanto el artículo 11 del Código de Comercio como el artículo 21.8.º (redacción dada por Ley de 2 de mayo de 1975) exigían que la oposición del artículo 7 figurase en escritura pública y se inscribiese en el Registro Mercantil, omitiendo toda referencia a la oposición del artículo 8 del Código de Comercio (19). Posteriormente, la Ley de 25 de julio de 1989 ha subsanado esta omisión, pues exige que en la hoja abierta del comerciante individual en el Registro Mercantil se inscriban *el consentimiento, la oposición y la revocación a que se refieren los artículos 6 al 10* (art. 22.1 del Código de Comercio) (20).

(18) La oposición y la revocación tienen los mismos efectos, consisten en una declaración unilateral realizada por el cónyuge del comerciante, por la que exterioriza su voluntad de evitar que se presuma otorgado su consentimiento para que los demás bienes comunes queden sujetos a las resultas del comercio. No obstante, entre ambas figuras se puede señalar alguna diferencia aunque sea teórica. La oposición es la manifestación contraria al ejercicio del comercio antes de haberse otorgado ningún tipo de consentimiento, mientras que para que exista revocación, previamente debe haber habido un consentimiento bien en forma expresa o presunto.

(19) Los procuradores de la Comisión advirtieron en la discusión del artículo 21 la omisión de la oposición del artículo 8 del Código de Comercio entre los actos inscribibles del artículo 11, y pidieron la subsanación mediante una referencia tardía al artículo 8 en el artículo 21 del Código de Comercio, pues el artículo 11 ya se había aprobado, sin embargo, en ninguno de los dos artículos se incluyó la solicitada mención (cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 20 de marzo de 1975, número 486, págs. 76-77).

(20) La Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades ha dado nueva redacción al Título II del Libro I del Código de Comercio, y trasladado el contenido del artículo 21 al 22 del Código de Comercio. Después, la Ley

Sin embargo, y como he señalado al referirme al consentimiento de los artículos 7 y 8 del Código de Comercio, estimo que tampoco pueden establecerse diferencias entre la oposición del artículo 7 y del artículo 8 del Código de Comercio, sino que ambas deben de tener la misma forma y efectos: ser expresa e inscribirse en el Registro Mercantil (21), y tras el Reglamento del Registro Mercantil de 1989 debe publicarse en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 386 RRM en relación con su art. 351).

La inscripción en el Registro Mercantil y la publicación en su *Boletín Oficial* es un requisito imprescindible para que la oposición tenga eficacia frente a terceros de buena fe, y por tanto, les sea oponible (22). Por otro lado, la oposición y la revocación no inscritas ni publicadas tendrán eficacia frente a un tercero de mala fe, siempre que el cónyuge del comerciante pruebe que el tercero conocía el acto de oposición y revocación no publicado ni inscrito (23).

Por último, interesa para completar el alcance de la oposición, analizar detenidamente cuáles son sus efectos en orden a la responsabilidad de los bienes gananciales y cuáles, por el contrario, son los efectos de la falta de oposición. Cuando un cónyuge ejerce el comercio con la oposición de su consorte quedan obligados a sus resultas, los bienes propios del comerciante y los bienes adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio; quedan exonerados de responsabilidad los restantes bienes gananciales, es decir, los bienes gananciales que no han tenido origen mercantil (24).

2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ha modificado el artículo 22 del Código de Comercio suprimiendo de la inscripción en la hoja abierta de un empresario individual «la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones».

(21) En el supuesto de que el cónyuge comerciante no estuviese inscrito, el consorte podrá solicitar esa inscripción con la finalidad de que su oposición pueda acceder al Registro (art. 88.3 RRM).

(22) La Ley concede un plazo de quince días —que empiezan a contar desde la publicación de la oposición en dicho *Boletín Oficial*—, para que los terceros conozcan la oposición publicada, de manera que la oposición les será inoponible durante ese plazo si prueban que no pudieron conocerla (art. 21.2 del Código de Comercio).

La oposición y la revocación no perjudican, en ningún caso, los derechos adquiridos con anterioridad por los terceros, quienes, para que la oposición y la revocación les sean inoponibles, sólo deberán probar la anterioridad de su derecho, aún cuando la obligación contraída por el comerciante en el ejercicio de su comercio se vea jurídicamente reconocida o sea exigible con posterioridad a la publicación de la revocación. Cfr. ILLESCAS ORTIZ, *ob. cit.*, pág. 298.

(23) En este sentido, VICENT CHULIÁ concede eficacia a la oposición expresa pero no formal, cuando se prueba su conocimiento por parte de los terceros —ejemplifica que fácilmente ocurre en los pequeños municipios donde todo el mundo se conoce—, puesto que las inscripciones en el Registro Mercantil son meramente declarativas, siendo constitutivas exclusivamente aquellas que la Ley determina (cfr. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. I, 3.ª ed., Barcelona, 1991, pág. 119).

(24) Quedan obligados a las resultas o consecuencias —en el sentido de deuda y responsabilidad— del ejercicio del comercio los bienes que se hayan adquirido mediante

En cambio, cuando no existe oposición de un cónyuge al comercio ejercido por el otro, se presume su consentimiento, y quedan obligados a las resultas del ejercicio del comercio todos los bienes gananciales. En este caso, la responsabilidad que previene el Código de Comercio coincide con la prevista en el Código Civil para las deudas consorciales contraídas por un cónyuge (cfr. art. 1.365 del Código Civil). Por tanto, la especialidad del Código de Comercio en cuanto a la responsabilidad en la actividad mercantil reside en la oposición de un cónyuge al comercio ejercido por el otro, de modo que en los supuestos de falta de oposición, la peculiaridad mercantil desaparece.

III. LA VIGENCIA SOCIAL DE ESTA FACULTAD EN EL REGISTRO MERCANTIL

La aplicación de la regulación mercantil para el ejercicio del comercio por persona casada dependerá de los casos de oposición a la vinculación de los bienes gananciales a esa actividad mercantil.

la actividad mercantil —en sentido activo—, ya sea directamente o por subrogación real de esos bienes o derechos. Por tanto, todos los bienes que se obtienen por el ejercicio del comercio están afectados y vinculados a las responsabilidades derivadas del mismo (cfr. OLIVENCIA RUIZ, *ob. cit.*, pág. 163). Esta era la doctrina común desde que entró en vigor el Código de Comercio de 1885, y se mantiene a pesar de la modificación de preposiciones que ha sufrido el texto de 1975 en relación con el de 1885. En efecto, en vez de los adquiridos *por* esas resultas, ahora se señala los adquiridos *con* esas resultas, de este modo se ha introducido una visión más estática y menos dinámica, pero no se varía sustancialmente la concepción sobre la subrogación real de las resultas.

Respecto a los bienes obtenidos en el ejercicio del comercio, se plantea la cuestión de si por *resultas* hay que entender todos los bienes y derechos que haya producido el ejercicio del comercio, con independencia de que se integren en la actividad mercantil, o si únicamente se consideran resultas aquellos bienes que, producidos por la actividad comercial, pertenecen al ámbito de la empresa, de modo que se excluyan los bienes que ya no pertenecen al campo de la actividad comercial aunque su origen haya sido mercantil. En sede de responsabilidad, la doctrina mayoritaria aboga por que son bienes *ex commercio* todos aquéllos adquiridos como consecuencia del ejercicio del comercio cualquiera que sea su posterior destino: incluyen todos los bienes obtenidos por la actividad comercial, ya pertenezcan o no a la actividad mercantil, y los bienes en los que se subroguen. Se basan en la expresión del Código de Comercio que no especifica otra cosa, y en una norma de equidad: si esos bienes se han obtenido por las resultas del ejercicio del comercio, deben responder del mismo. Cfr. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 280; GARCÍA VILLAVARDE, *ob. cit.*, pág. 508; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1.365 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XVIII, vol. II, Madrid, 1984, pág. 289, y PÉREZ-JOFRE, *El cónyuge...*, cit., pág. 210.

Sin embargo, en orden a las facultades dispositivas, los bienes adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio se limitan a aquéllos cuyo destino actual sea la actividad empresarial, entendiéndose excluidos los bienes que, aunque tuvieren origen mercantil, no se encuentren vinculados a la empresa sino que se han destinado a *usos civiles* de la familia.

En la práctica, se observa que el instituto de la oposición, piedra angular de la regulación del Código de Comercio, ha caído en desuso. He rastreado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos veinte años —a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975— y no he hallado ni una sola sentencia en cuyo supuesto de hecho se haya verificado la oposición de un cónyuge al comercio ejercido por el otro (25).

En cuanto a su inscripción en el Registro Mercantil, no se ha publicado ninguna oposición en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Asimismo, he analizado las estadísticas publicadas anualmente por la Dirección General de los Registros y del Notariado y advertido que, a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 (26), sólo se han inscrito tres *escrituras de autorización marital para ejercer el comercio* —como allí se le denomina—; una en Baleares y dos en Valencia.

Desde el primer momento pensé que se trataban de oposiciones por parte del marido al ejercicio del comercio de su mujer. Sin embargo, cuál no sería mi sorpresa, cuando vi de qué se trataban. Paso a continuación a transcribirlas, por su interés, aunque las citas resulten largas, siguiendo un orden cronológico, omitiendo los datos identificadores y subrayando lo interesante. Quiero adelantar, sin perjuicio de una explicación en cada caso, que ninguna de las tres inscripciones tiene eficacia como voluntad de un cónyuge al ejercicio del comercio por parte de su consorte en orden a la responsabilidad de los bienes gananciales, por lo que hubiera dado lo mismo que no se hubieran inscrito.

1. PRIMERA INSCRIPCIÓN

El primer asiento, del Registro Mercantil de Baleares, consta de dos inscripciones que llevan fecha de 24 de diciembre de 1976, y fueron presentados en el Registro Mercantil conjuntamente, a las diez de la mañana del día 23 de diciembre de 1976. La primera es la inscripción como comerciante individual de una mujer casada:

(25) Sin embargo, sí he encontrado supuestos en los que un cónyuge ejercía el comercio sin la oposición de su consorte. Sin ánimo de exhaustividad, cfr. SSTs de 2 de junio de 1986, 16 de febrero, 4 de mayo, 10 de septiembre y 29 de diciembre de 1987, 21 de marzo de 1988, 27 de junio de 1989, 5 de junio y 22 de octubre de 1990, 15 de marzo y 25 de noviembre de 1991, 10 y 22 de junio de 1993, 6 de junio de 1994 y 18 de marzo de 1995.

(26) Antes de esta Ley se inscribían regularmente unas tres o cuatro *escrituras de autorización marital para ejercer el comercio* cada año, cifra que va aumentando conforme se aleja en el tiempo.

Doña mayor de edad, casada, de nacionalidad española, vecina de Palma, domiciliada en, titular del negocio denominado, dedicado al comercio de compraventa de, situado en, que dio comienzo a sus actividades el primero de febrero de 1971, solicita su inscripción en este Registro como comerciante individual, a cuyo fin afirma bajo su responsabilidad que tiene la libre disposición de sus bienes y que no está comprendida en ninguna de las incompatibilidades expresadas en los artículos 13 y 14 del Código de Comercio. Acompaña escritura de licencia marital conferida por su esposo Don el día dos del actual, ante el Notario de Palma Don .. que causará inscripción segunda de esta hoja. Queda en su virtud inscrita como comerciante individual Doña con el nombre comercial Así resulta de una solicitud suscrita por duplicado por la interesada el diez y siete de diciembre actual, legitimada su firma por el Notario de esta ciudad Don (el anteriormente citado), que, junto con el último recibo de la Licencia Fiscal Industrial, fue presentada a las diez horas de ayer, según el asiento al folio del tomo del Diario, quedando archivado el duplicado de la solicitud No está sujeto al impuesto. Palma, veinte y cuatro (sic) de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

La segunda inscripción en la misma hoja:

Don (el marido), mayor de edad, casado en régimen de separación de bienes, de regionalidad mallorquina, vecino de Palma, domiciliado en .. en nombre propio otorga Que concede y presta a su esposa Doña mayor de edad y de su misma vecindad y domicilio, consentimiento y autorización para que pueda ejercer el comercio en cualquier lugar de España, sin ninguna limitación. En su virtud inscribo la expresada licencia marital para ejercer el comercio a favor de Doña Así resulta de la escritura otorgada el día dos de diciembre actual, ante Notario de esta ciudad Don presentada a las diez horas de ayer, según el asiento al folio del tomo ... del Diario, quedando archivado el duplicado de la solicitud. No está sujeto al impuesto. Palma, veinte y cuatro (sic) de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

Como se observa, no se trata de la oposición de un cónyuge al comercio ejercido por el otro, sino de una verdadera autorización o licencia marital para poder ejercer el comercio por parte de un marido a favor de su mujer, otorgada ante Notario el 2 de diciembre de 1976, es decir, un año y siete meses después de que la Ley de 2 de mayo de 1975 derogase la necesidad de licencia marital para ejercer el comercio, y estableciese la igualdad de los cónyuges en el ejercicio del comercio y la capacidad de las mujeres casadas para ser comerciantes.

Esta inscripción no tiene virtualidad, puesto que la mujer casada después de la Ley de 2 de mayo de 1975 tiene capacidad para ejercer el comercio. Sin embargo, esta escritura tendrá los efectos del consentimiento

expreso para el ejercicio del comercio por parte de un cónyuge respecto al otro, previsto en el artículo 6 del Código de Comercio (27).

2. SEGUNDA INSCRIPCIÓN

El segundo asiento registrado en el Registro Mercantil de Valencia consta a su vez de dos inscripciones que llevan distinta fecha. La primera es de un comerciante individual:

Don mayor de edad, casado, industrial, y vecino de y D.N.I en instancia suscrita por el mismo por duplicado en el 16 de octubre de 1978, con su firma legitimada por el Notario de Don, HACE CONSTAR: a) Que está casado en únicas nupcias con Doña ; b) tener 73 años de edad; c) ser español, d) que el comercio al que se dedica es el curtido de pieles, su venta y derivados, e) que su nombre comercial es el propio; f) que el domicilio de su industria lo es en ; g) que dio comienzo a sus operaciones sociales en el mes de marzo de 1952; h) que afirma bajo su responsabilidad no estar comprendido en ninguna de las incapacidades expresadas en los artículos 13 y 14 del vigente Código de Comercio. Y en virtud de lo expuesto, SUPLICA se le inscriba como comerciante individual. Se acompaña recibo del Impuesto Industrial del ejercicio 1978 extendido a su nombre. En su virtud inscribo a Don, como comerciante individual. Así resulta de la relacionada instancia que por duplicado ha sido presentada en esta Oficina a las trece horas veinticinco minutos de hoy, según el asiento del diario Archivándose uno de los ejemplares con el número Valencia, a veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y ocho.

La segunda inscripción de esta hoja:

*Don , casado con Doña , aparece inscrito como comerciante individual según inscripción 1.ª Por escritura otorgada en el diez de octubre de mil novecientos setenta y ocho, ante el Notario Don (el mismo) número 1777 de protocolo. Doña mayor de edad, casada con Don , sus labores, vecina de interviniendo en su propio nombre y derecho DICE: Que en uso de las facultades que le concede el artículo 10 del Código de Comercio **REVOCA EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO** que los artículos 7 y 8 del mismo Cuerpo legal suponen a favor de su esposo Don , para ejercer el comercio. En su virtud queda inscrita la expresada **REVOCACION DE CONSENTIMIENTO PRESUNTO**. Así resulta del Registro y de copia fehaciente de la relacionada escritura que ha sido presentada en esta Oficina a las diez horas cuarenta minutos de hoy,*

(27) Ahora bien, este consentimiento expreso inscrito, tampoco añade eficacia ni al consentimiento expreso no inscrito ni al consentimiento presunto o tácito, sino que todos tienen los mismos efectos en orden a la responsabilidad de los bienes gananciales.

según el asiento del diario Valencia, trece de diciembre de mil novecientos ochenta.

Lo llamativo de esta segunda inscripción es que no se trata de la oposición de un marido al ejercicio del comercio de su mujer, sino de la oposición de una mujer al comercio ejercido por su marido. La esposa otorgó escritura de oposición (28) ante Notario, y seis días después dicho Notario legitimó la firma del marido para proceder a su inscripción como comerciante individual. Sin embargo, la inscripción del marido como comerciante individual se produjo por solicitud instada por él mismo, dos años antes de la inscripción de la revocación de su consentimiento presunto por parte de la mujer.

Ahora bien, conjugando la regulación del Código de Comercio con la vigente entonces en el Código Civil, se observa que en 1978 —cuando se otorgó escritura de oposición al ejercicio del comercio— y en 1980 —cuando esa escritura se inscribió en el Registro Mercantil—, el marido era el administrador de la sociedad de gananciales (29). Por tanto, es bastante dudosa la eficacia de esta oposición, pues aunque el marido comerciante tuviese, por la voluntad de su mujer, limitadas sus facultades de disponer y vincular los bienes gananciales, el Código Civil le permitía obligar y disponer libremente a título oneroso los bienes gananciales (30). En una hipotética confrontación entre las reglas del Código Civil y la oposición de la mujer al comercio ejercido por su marido, es decir, si este marido hubiese obligado y dispuesto de bienes gananciales en el ejercicio de su actividad mercantil, no dudo de que se hubiera dado prevalencia a las disposiciones legales, de manera que se reconociese, a tenor del Código Civil y en contra de la oposición inscrita en el Registro Mercantil, capacidad al marido.

(28) Esta oposición al ejercicio del comercio se articula como revocación, puesto que el marido llevaba veintiséis años ejerciendo el comercio. Desde marzo de 1952, cuando el marido empezó sus actividades mercantiles hasta la vigencia de la Ley de 2 de mayo de 1975, el marido ejercía el comercio sin necesidad de autorización, licencia o consentimiento *uxoris*, sino por su propia autoridad, y la mujer no podía oponerse a dicho ejercicio ni limitar los bienes gananciales que obligaba.

(29) Es necesario deducir que dicho matrimonio estaba sometido a este régimen legal, pues del Registro no se deriva otra cosa, y si hubiese otorgado capitulaciones matrimoniales, éstas deberían haberse inscrito, ya que la modificación del régimen económico-matrimonial no inscrita es inoponible para los terceros de buena fe.

(30) El marido vinculaba los bienes gananciales a las obligaciones que contraía al amparo del anterior artículo 1.408 del Código Civil. También podía disponer a título oneroso de los bienes gananciales, pero necesitaba el consentimiento uxorio para la disposición de los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles e industriales (cfr. art. 1.413 del Código Civil redactado por la Ley de 24 de abril de 1958).

3. TERCERA INSCRIPCIÓN

La última escritura inscrita, asimismo, en el Registro Mercantil de Valencia recoge la inscripción de un comerciante individual, entre cuyos datos figuran la falta de consentimiento de su consorte, el régimen económico de su matrimonio y las capitulaciones matrimoniales que contienen pactos especiales:

*INSCRIPCION DE COMERCIANTE. Por escritura otorgada en Valencia el once de diciembre de mil novecientos ochenta y siete ante su Notario Don, número 2215 de protocolo los consortes Don y Doña , mayores de edad, del comercio, casados bajo el régimen de separación absoluta de bienes según capitulaciones matrimoniales que se dirán, con D.N.I. y RECTIFICADA POR OTRA OTORGADA ANTE EL MISMO NOTARIO EL ONCE DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO, número 411 de su protocolo, por los indicados consortes, otorgan Don, manifiesta que ejerce su actividad comercial bajo sus consignados nombre y apellidos, girando comercialmente bajo los rótulos de Que su actividad es la compraventa al por menor de toda clase de Que el comienzo de sus actividades fueron las que seguidamente se consignan Y que los establecimientos de la propiedad privativa del exponente, en los que se ejerce su expresada actividad comercial están ubicados en los domicilios y con los rótulos siguientes. (se cita un establecimiento principal que dio comienzo a sus operaciones el día treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, y dos sucursales, abiertas posteriormente) Que no está comprendido en ninguna de las incompatibilidades y prohibiciones establecidas en los artículos 13 y 14 del Código de Comercio y disposiciones complementarias. Doña no obstante el régimen matrimonial de separación absoluta de bienes que tienen concertada los indicados cónyuges **NO PRESTA EL CONSENTIMIENTO MARITAL** exigido en derecho para que su nombrado esposo ejerza como comerciante individual, por razones de salud que afecta a su dicho esposo, extremo que hace constar expresamente a los efectos procedentes de derecho. Que en virtud de escritura OTORGADA EN VALENCIA EL ONCE DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE ANTE SU NOTARIO Don , número 2214 de protocolo, los indicados consortes otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes con arreglo a los siguientes pactos: PRIMERO. El régimen económico del matrimonio es de absoluta separación de bienes, teniendo y conservando cada cónyuge el dominio, administración y disfrute de aquéllos cuya titularidad ostente y haciendo suyos los frutos y rentas de sus bienes y lo que obtenga de su trabajo o por cualquier título o consecuencia de su actividad personal. SEGUNDO. Los otorgantes proceden a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal de gananciales formada por ambos y existente hasta el día del otorgamiento de tal escritura, en la forma y adjudicaciones que en la misma constan TERCERO. Los bienes que en lo sucesivo se adquieran pertenecerán en propiedad exclusiva al cónyuge adquirente y su titularidad vendrá determinada sin necesidad de otro requisito de prueba en contrario, por lo que resulte de la escritura notarial, de la*

póliza de contratación de valores, documento privado en defecto de público, de la cuenta corriente, depósito, libreta de ahorro o de cualquier otra operación o documento bancario, y en definitiva del contrato o documento que, conforme a la legislación o práctica usual, confiere o no la relación matrimonial. Si adquieren conjuntamente ambos cónyuges algún bien, su titularidad se determinará por lo convenido al tiempo de su adquisición y, a falta de ello, se entenderá que les pertenece por mitad y pro indiviso. CUARTO. En ningún caso los bienes de un cónyuge responderán por las deudas, obligaciones y responsabilidad contraídas por el otro, ni derivadas de cualquier actividad del mismo, aunque ésta redundare en beneficio de la familia, salvo el caso de que expresamente uno de ellos avale o afiance al otro. QUINTO. Los gastos de cada cónyuge, de todo tipo y en cualquier circunstancia serán de cargo exclusivo del que los produjere. SEXTO. Cualquiera de los cónyuges podrá pedir por sí solo y obtener la inscripción o constancia de estos capítulos en los registros correspondientes, otorgando al efecto los documentos aclaratorios descriptivos complementarios que se necesiten sin precisar para ello la intervención de otro cónyuge. SEPTIMO. Proceden a la liquidación de su disuelta sociedad conyugal, adjudicándose en pago de su respectiva participación en la misma los bienes que en esta escritura constan, con cuyas adjudicaciones se dan por pagados y satisfechos de cuantos derechos les corresponden por esta liquidación. Que entre los bienes se adjudican a Don ... se encuentran los siguientes: ... (los establecimientos antes mencionados). Se acompaña certificado del Registro Civil de Valencia en el que se hace constar que las referidas capitulaciones han sido anotadas en la sección 2ª, tomo con fecha catorce de enero de mil novecientos ochenta y uno. Y por todo ello suplica su inscripción como comerciante individual a cuyo fin acompaña los correspondientes recibos de la Licencia Fiscal extendidos a su nombre. En su virtud queda inscrito Don ... como comerciante individual con los rúbricos comerciales de Así como las expresadas sucursales. Así resulta de los referidos complementarios y de copia fehacientes de las relacionadas escrituras que han sido presentadas en esta Oficina a las doce horas treinta minutos del quince de julio último según el asiento ... del tomo ... del Libro Diario. Valencia, a ocho de agosto de mil novecientos ochenta y ocho

Esta tercera inscripción lleva fecha de 1988, es decir, posterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 que reformó el Código Civil en materia de régimen económico-matrimonial. En la hoja del comerciante que se abre, se inscribe que la mujer casada *no presta el consentimiento marital* al ejercicio del comercio. Esta declaración impide la presunción de consentimiento, por lo que se debe interpretar como una oposición, con la consecuencia de que los bienes gananciales no responden de las obligaciones contraídas por el marido comerciante en el desarrollo de su actividad mercantil.

También se inscriben las capitulaciones matrimoniales pactadas entre los dos cónyuges en las cuales se establece la más absoluta separación de bienes, y unas reglas especiales, amparadas en el artículo 12 del Código de Comercio, que anulan la eficacia de la oposición inscrita. En efecto, los

cónyuges pactaron la separación de bienes y disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales, por lo que eliminan del matrimonio los bienes comunes. Además previeron unas reglas específicas, más rígidas y favorables a la separación que el régimen de separación tipificado en los artículos 1.435 y siguientes del Código Civil.

Por tanto, con la inscripción de las capitulaciones matrimoniales no es preciso inscribir la falta de consentimiento o la oposición, pues en los capítulos ya se establecen las reglas referentes a la responsabilidad y a la disposición de los bienes del matrimonio, aparte de que al pactarse la separación de bienes y disolverse la sociedad de gananciales, la oposición a que respondan determinados bienes comunes pierde sus presupuestos fácticos para poder ser aplicada.

IV. CONCLUSIONES

La especialidad de la regulación mercantil en sede de responsabilidad se basa en la oposición que determina los bienes gananciales vinculados a las resultas del ejercicio del comercio. No obstante, la vigencia social de esta institución es mínima, por no decir casi nula, y en las poquísimas ocasiones en las que ha tenido lugar, no ha desencadenado sus efectos propios.

De todo esto se puede derivar que la oposición ha sido derogada por desuso. Sin embargo, también puede interpretarse que el instituto de la oposición ha perdido su razón de ser y que por esa causa no se usa. Antes de la Ley de 2 de mayo de 1975 el fundamento de la oposición era la soberanía familiar encarnada en la figura del marido y la *falta de capacidad* de la mujer casada, lo que permitía que el marido se opusiera con efectos personales a que su mujer ejerciese el comercio.

Además, la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 ha hecho muy difícil que los cónyuges puedan pactar, en el régimen mercantil, una limitación que no sería posible en Derecho civil, pues en este ámbito las normas de responsabilidad de los bienes gananciales son inderogables por los cónyuges (31).

(31) En efecto, la Ley de 13 de mayo de 1981 obliga a cuestionarse acerca del significado de la oposición, o sea, sobre el fundamento de la regulación mercantil. ¿Tiene sentido que un cónyuge se pueda oponer a que se vinculen los restantes bienes gananciales por el ejercicio del comercio de su consorte?, o ¿puede el Código de Comercio excepcionar las normas civiles sobre la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por un cónyuge? Se duda sobre la subsistencia de la oposición al ejercicio del comercio, pues el Código Civil ha establecido un criterio basado en la finalidad —inderogable por voluntad de uno de los cónyuges— para la calificación como deudas consorciales de las contraídas por un solo cónyuge, entre las cuales cabe incluir las deudas adquiridas por el comerciante en su actividad mercantil,

Por tanto, el instituto de la oposición no tiene predicamento hoy en día. Si los cónyuges no quieren que se responsabilicen los bienes gananciales al comercio ejercido por un cónyuge pueden acudir a otras soluciones, como la modificación del régimen económico matrimonial y el establecimiento de un régimen de separación de bienes e incluso uno de participación en las ganancias; o que el comerciante forme una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, tal y como lo permite la Ley 2/1995, de 23 de marzo.

CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI (*)

Doctora en Derecho

Profesora Asociada de Derecho Civil.

Universidad de Oviedo

y acogido la responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales para las deudas privativas de un cónyuge en el artículo 1.373 del Código Civil, lo que corregiría la exoneración de responsabilidad de los restantes bienes gananciales en caso de oposición de un cónyuge al ejercicio del comercio por el otro. Sobre las relaciones entre la regulación mercantil del ejercicio del comercio por persona casada y la civil de los regímenes económico-matrimoniales, véase mi trabajo, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, 1995.

(*) Quiero agradecer al Registrador Mercantil de Pamplona, Joaquín Rodríguez Hernández; al de Valencia, Rodolfo Bada Maño, y a la abogada de Mallorca, Ana Roca Mir, el haberme facilitado las inscripciones incluidas en este trabajo.

Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PRINCIPALES POSICIONES SOBRE EL CARACTER DE LA INSCRIPCION.—III. INSCRIPCION CONSTITUTIVA EN POTENCIA —VIRTUALMENTE CONSTITUTIVA—IV. POSIBLES OBJECCIONES A ESTA POSICION: 1. LA BUENA FE. 2. LA ADQUISICIÓN A TÍTULO ONEROSO. 3. LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE: A) *La fe pública registral y la inscripción previa del transmitente*. B) *La tesis dualista del tercero y la inscripción a favor del transmitente*. C) *Momento en que debe de constar en el Registro la inscripción a favor del transferente*. D) *La consulta del Registro por el adquirente*. 4. LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL ADQUIRENTE.—V. ¿DEBE ADOPTARSE LA INSCRIPCION CONSTITUTIVA?

I. INTRODUCCION

Aunque hay textos legales de casi dos milenios antes de J.C., no obstante, en la segunda mitad del siglo XVIII, decía MANUEL KANT: «todavía buscan los juristas una definición de su concepto del Derecho».

En menor escala, algo parecido sucede con el carácter o naturaleza de la inscripción en nuestro Derecho. Si bien nuestra primera Ley Hipotecaria es de 8 de febrero de 1861, todavía se sigue discutiendo si la inscripción es declarativa, constitutiva, cuasiconstitutiva, convalidante o conformadora de la eficacia del derecho real. En esta frase ya hemos resumido las principales posturas de la doctrina. Puede haber algo de certero en todas ellas. Como dice don CAMILO JOSÉ CELA en la «carta responsorial», que consta en el prólogo de los Estudios de Derecho Hipotecario, de CHICO ORTIZ —para un supuesto muy concreto, que generalizamos— «no parece que sea bueno eso de que alguien, a veces, pueda tener toda la razón. Es más prudente que cada cual tenga su pequeña parte de razón, aunque no le sirva de mucho, porque eso le ayuda a seguir viviendo y soñando».

Lo que pretendemos ahora es enfocar la cuestión desde un nuevo punto de vista, teniendo en cuenta aquellas distintas posturas, que conviene exa-

minar, aunque sea brevemente, puesto que, en todas ellas puede haber algo o mucho de verdad. Y es posible que aquí suceda lo mismo que cuando varias personas contemplan algo, sea un objeto, un ser, etc.: los que lo vieron solamente de frente nos darán una descripción completamente distinta —salvo los casos de simetría— de la que nos darán los que lo contemplaron únicamente de perfil. Y esto porque unos y otros lo han visto sólo en dos dimensiones. Un tercer grupo que lo examine en perspectiva —es decir, en tres dimensiones—, obtendrá una síntesis de las dos anteriores visiones —y aquí se reproduce, en cierta manera, el «mito de la caverna», de Platón—. Pero, con sólo aquellas tres dimensiones, el objeto o ser no puede tener existencia real, pues aparte de ellas tiene que haber una determinada proyección temporal. ¿Puede, acaso, existir un edificio instantáneo, o sea, un edificio que sólo exista durante una fracción de microsegundo?

Por ello, nosotros intentaremos averiguar el carácter o naturaleza de la inscripción en nuestro Derecho, considerándola en su proyección temporal, es decir, teniendo en cuenta el momento en que se practica la inscripción y aquel otro en que ocurre alguno de los supuestos, que hace pensar, a un gran sector de la doctrina, que la inscripción es constitutiva. En efecto, hay autores que, atendiendo al instante en que se practica la inscripción y con cierta razón, dicen que es declarativa. Otros, fijándose en el momento en que, en virtud de la inscripción, se ha producido un determinado resultado —que al que inscribió no le ha perjudicado lo no inscrito, que ha sido mantenido en su adquisición, que es el que ha adquirido la propiedad por ser el que inscribió antes, etc.— nos hablan, también con bastante razón, de inscripción constitutiva.

Pretendemos, pues, contemplar la inscripción en su integridad temporal y podemos anticipar que consideramos que aquélla es declarativa «en acto», o sea, inicialmente, pero también, desde ese mismo momento, es constitutiva «en potencia», es decir, potencialmente —o virtualmente— constitutiva. Y aquí tenemos que hacer una advertencia previa: que muchas cuestiones serán examinadas muy someramente y otras quedarán —como se dice con frecuencia— «en el aire», pues, en caso contrario, el tema sería demasiado extenso. Y ahora veamos las

II. PRINCIPALES POSICIONES SOBRE EL CARACTER DE LA INSCRIPCION

Prescindimos de las expresiones inscripción confortativa e inscripción inmunizante. La primera fue utilizada por COSSIO. Conforme a su significado sería una inscripción que reforzase el título inscrito, lo cual es muy vago. También PELAYO HORE y, si mal no recordamos, IGNACIO DE CASSO, emplea-

ron dicha expresión. Por su parte, LA RICA nos habló de los efectos defensivos e inmunizantes de la inscripción, de forma que, para adjetivar a ésta en nuestro sistema, habría que hablar, no de inscripción declarativa o constitutiva, sino de inscripción inmunizante. Pero con esta expresión parece que la inscripción está relacionada con algo patológico. Nos interesa más la otra postura de LA RICA, que luego veremos.

1. Inscripción declarativa.—Esta es la posición de una parte de la doctrina, cuyo principal baluarte es ROCA SASTRE.

Este autor —a quien consideramos un gran maestro, aunque discrepemos de él—, en su obra *Derecho Hipotecario*, 1954 —que en su día hemos estudiado con verdadero ahínco (1958-1962)— distinguía entre inscripciones constitutivas y declarativas. Es constitutiva la inscripción cuando la misma es requisito necesario o *sine qua non* para que la transmisión del dominio de inmuebles o la constitución o transmisión de un derecho real inmobiliario se produzca. Es declarativa la inscripción cuando la misma no es necesaria para que la transmisión o constitución se opere, pues se limita a publicar una transmisión o constitución que ya ha tenido lugar con anterioridad.

En su reciente obra —*Derecho Hipotecario*, 1995— ROCA-SASTRE MUNCUNILL hace la misma distinción, variando, tal vez ligeramente, sus términos. «La inscripción es declarativa cuando la mutación jurídico-real inmobiliaria se opera independientemente del Registro, y es constitutiva *cuando además el Registro interviene como factor o elemento, unido a otros, para que tal modificación se produzca*.

La primera tiene función rectificadora del contenido inexacto del Registro, porque, como la modificación jurídico-real ya ha surgido antes, su inscripción pone en armonía el Registro con la realidad jurídica extrarregistral; en cambio, la segunda, como la modificación real surge con la inscripción, ésta no rectifica inexactitud registral alguna y, por tanto, tiene virtud transformadora de la realidad jurídica en general».

Señala que en nuestro sistema inmobiliario la regla es la inscripción declarativa y la excepción la constitutiva —ésta tiene lugar en la hipoteca, el derecho de superficie, los actos y contratos referentes al dominio y derechos reales sobre inmuebles en zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros—.

Examina lo que él denomina «desviaciones al llamado principio de inscripción» y que coinciden, más o menos, con las posiciones que examinaremos en breve, hace la crítica de las mismas, y trata *de lege ferenda* la cuestión de si la inscripción debe ser constitutiva, lo cual veremos en otro epígrafe.

Creemos que, tal vez en principio, puede hablarse de inscripción declarativa. Pero esta expresión no penetra en la entraña o en la mismidad

—como diría ORTEGA Y GASSET— de lo que la inscripción supone. Esta implica la creación y publicación de una apariencia —en su caso—, que puede tener gran trascendencia jurídica —como luego veremos—. Y esto se da en relación a todas las inscripciones. Por tanto, también respecto a las inscripciones de inmatriculación. Y es aquí cuando el Registrador puede incurrir en responsabilidad, en el supuesto de que aquella apariencia publicada no concuerde con el título —que se ha tenido en cuenta para producirla— o el mismo no sea idóneo para practicar la inscripción, por adolecer de defectos. Por eso, aquella posible trascendencia hace que el principio de legalidad, que se hace efectivo mediante la titulación pública y la calificación registral, tenga una gran importancia en nuestro sistema.

Pero también creemos que no es admisible hablar de inscripción «meramente», «simplemente» o «puramente declarativa». Los solos efectos que produce la inscripción, en virtud del llamado principio de legitimación, hace que esos términos deban ser descartados de una forma fulminante. La inscripción no es «pura» ni «meramente» declarativa. Si ello fuera cierto, la inscripción no produciría otro efecto distinto que el de declarar o publicar «meramente», es decir, su finalidad sería meramente publicitaria. Y entonces no tendría razón de ser el principio de legalidad.

Pero esto no es así. Es suficiente leer el artículo 1, párrafo final y 38-1.º, ambos de la LH. Según este último: «A todos los efectos legales se presumirá que *los derechos reales inscritos* en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo...» Aquí hay base también para pensar que el nuestro es un Registro de derechos reales, pero esto no lo vamos a tocar. Lo cierto es que los asientos respectivos están «bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud». Y estos efectos se producen desde que la inscripción se practica, sea una primera o posterior inscripción. La única excepción la constituyen, con toda verosimilitud, aquellas inscripciones que están pendientes de que se acredite la publicación de edictos. Por consiguiente, es inadecuado utilizar la expresión de inscripción «meramente» declarativa u otra similar.

En este mismo sentido, con toda la razón, dice GARCÍA GARCÍA, «que resulta sorprendente que se pueda hablar de inscripción meramente declarativa sin asignar ningún efecto ni papel a la misma, como si ésta fuera entonces negativa en sus efectos».

Ahora bien, todos los autores, que le atribuyen a la inscripción carácter declarativo, saben perfectamente los importantes efectos que ésta produce. Creemos que lo que quieren decir es que la inscripción en nuestro Derecho no es constitutiva, y al no ser constitutiva —según la terminología ya clásica— tiene que ser declarativa.

Sucede aquí lo mismo que con otros conceptos, como, por ejemplo, el de tercer poseedor, que, a pesar de ser impropio, está abonado por una fuerte tradición legal, jurisprudencial y doctrinal. Esto mismo ocurre respecto a la «inscripción declarativa», cuyo concepto se ha consagrado por la doctrina y la jurisprudencia, sin que ello signifique que se desconozcan los efectos que produce tal inscripción declarativa. A la inscripción declarativa se refieren las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944, que posteriormente veremos.

Podemos, pues, aceptar que la inscripción es declarativa, pero matizando: es decir, la inscripción es declarativa «en acto», pero constitutiva en potencia, lo cual examinaremos luego más extensamente. Es declarativa la inscripción porque en nuestro Derecho rige la teoría del título y el modo en cuanto a la transmisión del dominio y demás derechos reales, consagrada en los artículos 609 y 1.095 del Código Civil, pero también en los artículos 433 —este *cum expresis verbis*—. 1.462 y 1.473, entre otros.

2. Inscripción legitimadora.—Según leímos en la excelente obra de GARCÍA GARCÍA, este es un término que le propuso TOMÁS ZUMALACÁRREGUI y que, aunque lo consideró interesante, le pareció más propio de los efectos del principio de legitimación que de los efectos del principio de inscripción.

Pero es indudable que el término «legitimadora», referido a la inscripción, es más expresivo que el de «declarativa». Este último, como agudamente observa GARCÍA GARCÍA, no expresa nada. Se trata de un concepto vacío, aunque esté aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. Nosotros lo seguiremos utilizando con las reservas que hemos expuesto. En cambio, el término legitimadora, al menos ya nos da idea de algo, de algo que puede producir la inscripción.

3. Inscripción convalidante.—Es la postura mantenida por SANZ FERNÁNDEZ.

Según este autor: «Inscripción convalidante es aquella que, siendo en principio de simple eficacia declarativa, tiene en cierto aspecto valor para dar vida al derecho real. En esta forma de inscripción se parte, como en la declarativa, de la constitución extrarregistral de los derechos, y se da INICIALMENTE a la inscripción este último carácter. Pero no se limita el Registro a los fines de mera publicidad, sino que, adentrándose en el problema mismo de la existencia del derecho real, se exige la validez del mismo para sujetarle al régimen del Registro (calificación), se presume que el derecho es tal como el Registro lo manifiesta (legitimación) y se le dota de eficacia real, en ciertos supuestos, aunque en sí mismo careciera de ella».

«Las leyes hipotecarias de 1944 y 1946, restableciendo y aún reforzando el sistema de 1861, dan plena consagración al sistema de inscripción convalidante, DE TIPO INTERMEDIO, que presta a las inscripciones normal-

mente un valor declarativo y en algunos supuestos constitutivo del derecho real».

Y dice que la inscripción puede ser:

- a) Declarativa en todos los supuestos que el Registro es exacto y se corresponde a la realidad jurídica. También es declarativa —aún existiendo alguna inexactitud—: 1.º Cuando se trata de relaciones entre partes, esto es, entre el adquirente y su causante inmediato; 2.º Cuando se trate de adquisiciones en virtud de título distinto del contrato (ley, sentencia judicial, resolución administrativa y sucesión *mortis causa*); 3.º Cuando se trate de adquirentes por donación, y 4.º Cuando, aún tratándose de adquirentes por contrato y a título oneroso, no tenga aplicación la fe pública registral, bien por mala fe del adquirente, bien por tratarse de inscripciones cuyos efectos están suspendidos por la Ley.
- b) Inscripción constitutiva.—Tiene este valor la inscripción en nuestro sistema, con carácter general, en el caso de que sea preciso proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante, teniendo para ello carácter constitutivo la inscripción, o más exactamente, carácter convalidante.

«Este carácter constitutivo de la inscripción, derivado de la función convalidante de la misma, es completamente distinto del concepto de la inscripción constitutiva al modo alemán y suizo. Debe tenerse en cuenta la separación de ambos conceptos, ya que de otro modo se puede incurrir en equivocaciones. Por no hacerse cargo de la distinción, incurre precisamente en esta confusión ROÁN MARTÍNEZ, en "Texto refundido de la Ley Hipotecaria", en *Revista de Derecho Privado*, 1946».

Esta posición de SANZ fue criticada, fundamentalmente por utilizar el término convalidante.

Se dijo que, dentro de nuestro sistema, no se puede hablar de inscripciones convalidantes, porque en el caso de que el titular registral —que resulta transmitente— lo fuese en virtud de un título ineficaz e inoperante por carecer del derecho que pretendía tener, y a base del cual logró inscribir la finca correspondiente, transmitiéndola luego a un tercero, los artículos 32 y 34 LH, no convalidarán esta transmisión, caso de que el tercero adquirente reuniera los requisitos que para su protección exige dicho artículo 34; y no la convalidarán porque el negocio jurídico era, como tal, PLENAMENTE VALIDO, y lo único que le faltaba al transmitente era el derecho objeto del mismo y que, por obra de tales preceptos, llegó a adquirir efectivamente el tercero protegido.

Estas críticas no nos parecen justas. SANZ sabía perfectamente lo que significa la convalidación de los actos o negocios jurídicos. Tratándose de inscripciones, ya aclaró antes, según quedó dicho, lo que él entendía por inscripción convalidante. La idea de SANZ era buena —lo cual nos parece que no se tuvo en cuenta—, si bien el término empleado «convalidante» podía prestarse a confusiones. Nos parece que los que lo critican, no han leído lo que él entendía por inscripción convalidante.

Lo que no sabemos es por qué empleó esta palabra. No lo hizo en vista del artículo 33 LH, interpretado *a contrario sensu*. En la LH de 1861 los artículos 33 y 34 estaban muy relacionados, de modo que el artículo 34 parecía una excepción a lo dispuesto en el artículo 33. Así el artículo 34 comenzaba diciendo: «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se *invalidarán*...» Pero SANZ entiende que estos dos artículos se refieren a supuestos diferentes. En el caso de una venta, el artículo 33 se aplica al supuesto de venta nula de cosa propia y el artículo 34 se aplica al de venta válida de cosa ajena. Tal vez tuvo en cuenta aquella expresión «invalidar» del artículo 34, que parece contraria a «convalidar».

Lo cierto es que SANZ no empleó de una forma clara y terminante el término «constitutiva», referido a la inscripción —habla del carácter constitutivo de la inscripción derivado de la función convalidante de la misma—, tal vez porque en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 se dijo: «No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva... Pero, ... de ningún modo puede ser aceptado el referido principio». Y más adelante: «La inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de *efectos declarativos*...»

SANZ es uno de los redactores de la reforma de 1944-46, y procuró adaptar sus conclusiones a la terminología legal. Un ejemplo: no nos habla de registración, como hace ROCA —lo cual en modo alguno es criticable—, sino de «toma de razón», expresión utilizada en el artículo 313 de la Ley Hipotecaria. Por el mismo motivo cree que la inscripción no es constitutiva en las hipotecas, ya que según el artículo 140 LH: «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse *en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria*...» Por su parte, el artículo 145 LH establece que: «Para que las hipotecas queden válidamente *establecidas* se establece: 1.º Que se *hayan constituido* en escritura pública...»

SANZ, como redactor de la Ley —y teniendo en cuenta su Exposición de Motivos— no podía decirnos, de una forma demasiado clara y terminante que la inscripción en general, en determinados casos, fuese constitutiva. Pero resulta evidente que, en aquellos supuestos, consideraba que la inscrip-

ción, en nuestro Derecho, producía los efectos de una inscripción constitutiva.

Esto consta en sus Instituciones de Derecho Hipotecario, tomo I, páginas 244 a 248, cuyo texto debería ser nuevamente leído por los que lo critican.

En nuestra opinión ANGEL SANZ tiene un mérito indudable. Se da cuenta de que la inscripción inicialmente es declarativa, pero que —esto no lo dice expresamente, salvo por lo que se refiere al 34 LH— puede ser constitutiva o, como él dice, «convalidante».

4. Inscripción cuasiconstitutiva.—Es decir, la inscripción es casi constitutiva. Este término podía ser aceptable, pero lleva consigo una cierta indeterminación, pues no revela con exactitud el ser de la inscripción. No nos dice en qué consiste el «casi».

5. Inscripción constitutiva.—Esta posición tiene dos variantes:

I. La inscripción es constitutiva en cuanto a tercero.—Es la postura de VILLARES PICO y MANUEL GÓMEZ GÓMEZ.

Tal vez no haya mejores términos, para explicar esta postura, que las palabras de la Exposición de Motivos de la LH de 1861, que, a pesar de haber transcurrido más de *ciento treinta y cuatro años* desde que se escribieron, todavía resultan aplicables a la época actual:

«Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

II. La inscripción es constitutiva tratándose de la propiedad inscrita.—Es la posición de LA RICA Y ARENAL, el cual dice que «tratándose de fincas ya inscritas, ¿es que con el título y el modo, o sea, con el contrato y la tradición, real o presunta, puede afirmarse que el derecho real sobre las mismas ha quedado constituido mientras no se inscribe?... Supongamos un censo o un usufructo que se establezcan sobre una finca inscrita, mediante título válido y tradición o cuasitradición, pero sin que se inscriban en el Registro. ¿Puede afirmarse que ya, con sólo eso, han quedado constituidos el derecho real de censo o el usufructo *erga omnes*, con eficacia frente a todos? La respuesta nos la da el artículo 32 de la vigente LH... «la inscrip-

ción es constitutiva, ya que con el título y el modo no será suficiente para que la modificación jurídico-real, que afecta a una finca, tenga eficacia *erga omnes*, porque «si la finca la adquiere un tercero que inscribe su título, para este tercero carecen de existencia los derechos que no se inscribieron, conforme al artículo 32 de la Ley Hipotecaria».

LACRUZ —*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957— cree que esto es confundir la inscripción constitutiva con un efecto de la publicidad, cual es de la protección al adquirente de buena fe que inscribe su título. En el momento en que la propiedad se transmite por el contrato y la tradición, o en el momento en que se constituyen el censo o el usufructo mediante título y tradición o cuasitradición, se opera un cambio real frente a cualquier persona: por tanto, no sólo respecto al transmitente, sino respecto a todos los demás. El hecho de que, eventualmente, el nuevo titular pierda su derecho en beneficio de otro adquirente posterior que se apresura a inscribir, no significa que la inscripción de cualquier cambio real por negocio jurídico sea constitutiva: por el contrario, la transmisión al primer adquirente es, en sí, perfecta desde que existen el título y el modo, y la prueba está en que puede oponerse entonces a cualesquiera personas; sólo en un momento posterior, el que adquirió plenamente y es propietario, titular del censo, del usufructo, etc., deja de serlo para hacer honor a la protección del Registro en favor del que —reuniendo además otras condiciones— inscribió. Se podrá decir, en todo caso, *que es constitutiva esta inscripción del segundo adquirente que primero lleva al Registro su derecho*, pero no que falte algún requisito en la adquisición de quien no inscribió. Esta frase subrayada nos dio mucho que pensar hace bastantes años, de forma que no podemos dejar de tenerla en cuenta ahora.

Es cierto que este autor, a lo largo de su obra, considera que la inscripción es declarativa, pero, en aquel fragmento, que hemos destacado, viene a reconocer —aunque incidentalmente— que la inscripción es constitutiva, al menos en determinados supuestos. No pensamos que LACRUZ haya tenido un lapsus, ya que era profundamente reflexivo —lo conocimos porque fue profesor nuestro en la Universidad de Santiago—. Tal vez tenía en el subconsciente la idea de la inscripción constitutiva, porque realmente resulta difícil pensar que, en nuestro Derecho, la inscripción sea meramente declarativa.

Aunque LACRUZ empieza diciendo que LA RICA confunde la inscripción constitutiva con un efecto de la publicidad, al final, en el párrafo subrayado, parece llegar a una conclusión idéntica. Por ello, lo que parecía una crítica termina siendo casi una confirmación. Y decimos casi, porque estamos de acuerdo con LACRUZ respecto a que, para la transmisión del dominio o constitución del derecho real —con eficacia *erga omnes*—, es suficiente con el título y el modo.

Pero en definitiva, la clarividencia de LA RICA y la profundidad de LACRUZ vienen a coincidir. LA RICA examina la cuestión *a priori*, inicialmente, cuando existe título y tradición, pero no inscripción: el derecho real no está —entiende él— plenamente constituido. Este es el pequeño fallo de su postura y que revela LACRUZ. El Código Civil sólo exige el título y la tradición y está plenamente vigente. Ahora bien, la segunda parte de LA RICA es, evidentemente, muy cierta: Si surge un tercero que inscribe su adquisición, a éste no le afecta lo que no esté inscrito. Y aquí tenemos la coincidencia con la posición de LACRUZ, que admite que, en este caso, puede decirse que la inscripción es constitutiva para este tercero.

6. Inscripción conformadora de la eficacia del derecho real.—Esta es la posición de GARCÍA GARCÍA.

En síntesis, este autor nos dice que la inscripción representa algo en la conformación o configuración plena del derecho real como tal. Que este «algo» es precisamente el ser una inscripción que configura o conforma plenamente el derecho real como tal, en su nota de absolutividad o eficacia *erga omnes* total. La inscripción conformadora o configuradora no es un elemento necesario para el nacimiento del derecho real, pero sí para «que tenga plenitud de efectos respecto a terceros, de tal manera que, mientras no se inscribe el derecho real, no afecta a otros titulares que inscribieron antes, y cuando se inscribe tiene plena eficacia *erga omnes* sin limitación alguna. Se trata, en definitiva, de «la inscripción constitutiva respecto a terceros».

PAU PEDRÓN dice que se inspiró en la opinión de LA RICA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL lo incluye también en la misma «línea» de LA RICA.

Pero ROCA-SASTRE no nos da una argumentación sólida en contra de la opinión de GARCÍA GARCÍA, y por tanto, de la tesis de los que defienden que la inscripción es constitutiva respecto a terceros. El argumento fundamental de ROCA es que tales criterios implican una lamentable confusión, al involucrar, en el ámbito de las inscripciones constitutivas, unos principios que son privativos del principio de fe pública registral y en cierto modo del principio de legitimación registral. Es decir, la inscripción es declarativa —salvo los casos contados de la hipoteca, el derecho de superficie, etc.— y el artículo 34 LH —complementado por otros, entre ellos, el art. 32— es expresión de la fe pública registral, protegiéndose al adquirente cuando concurren los requisitos que dicho precepto establece.

Esta crítica de ROCA no nos parece muy acertada. No se puede separar la inscripción, por un lado, y la fe pública registral, por otro, ya que la segunda es consecuencia de la primera y, por tanto, no hay ninguna involucración, según veremos, aunque sea muy brevemente.

Nosotros consideramos que la posición de GARCÍA GARCÍA, por una parte, es más amplia que la de LA RICA, porque este último sólo considera cons-

titutiva la inscripción tratándose de la propiedad «ya» inscrita y GARCÍA GARCÍA se refiere también al inmatriculante —cuya protección deriva del art. 32 LH—, si bien ambos se apoyan en la tesis de la inscripción constitutiva respecto de tercero; y por otra parte, es más restringida, porque parece que LA RICA se refiere a la inscripción constitutiva en general —tratándose de la propiedad inscrita—, y GARCÍA GARCÍA a la inscripción constitutiva respecto de tercero.

En realidad, a la tesis de GARCÍA GARCÍA sólo se le puede objetar algo análogo a lo que hace LACRUZ respecto de LA RICA.

En nuestro Derecho rige la teoría del título y el modo, como hemos visto. Por consiguiente, tal vez no sea muy exacto afirmar que la inscripción es conformadora de la eficacia real, puesto que el título y el modo tienen energía bastante para configurar un derecho real. Y este derecho real, por el hecho de serlo, tiene una eficacia *erga omnes*, porque si no fuese así, no sería tal derecho real —véase el art. 609 del Código Civil: «La propiedad y los demás *derechos sobre los bienes* (derechos reales) se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición»—. La adquisición realizada fuera del Registro —mediante el contrato y la tradición— es siempre válida *erga omnes*, con algunas excepciones, ya que el adquirente extrarregistral no puede hipotecar y puede ser vencido, no por cualquier adquirente, sino por el protegido por la LH. El adquirente, en virtud del título y la tradición, que pierde su derecho en beneficio del protegido por la inscripción, ha sido titular del mismo, con plenitud y *erga omnes* hasta el momento de perder su titularidad.

De todos modos, hemos de hacer constar que las posiciones de VILLARES PICÓ, GÓMEZ GÓMEZ, LA RICA y GARCÍA GARCÍA tienen a su favor un argumento histórico fundamental. Tal es el fragmento —que hemos transcrito antes— de la exposición de motivos de nuestra vieja y querida LH de 1861, al cual parece que ROCA nunca le concedió la suficiente importancia. Pero es que, además, el precepto de la LH de 1861, donde se recogía con más claridad, aquel pasaje expositivo, era el artículo 23 —equivalente al actual 32—: «*Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º —títulos traslativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos— que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero*». Y es este precepto el que, con toda su pureza, se integra en el Código Civil —art. 606—, con la siguiente redacción: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

Pero aún podemos señalar otra razón a favor de la posición de aquellos autores: que el legislador de 1861 tuvo en cuenta la teoría del título y el modo, y, a pesar de ello, dijo, a propósito de la compraventa: «si no se

inscribe, aunque —el comprador— obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». Es decir, que —adelantándose a las doctrinas italianas— se admitió una especie de propiedad «relativa», o una eficacia relativa de la misma. El comprador con título y tradición es dueño respecto al vendedor, pero no con relación a otros —los terceros— que han inscrito, lo cual dice mucho en favor de la tesis examinada y en contra de la de ROCA.

Creemos que terminará imponiéndose el criterio de la inscripción constitutiva, ya sea respecto de terceros —inscripción relativamente constitutiva—, ya sea la virtualmente constitutiva, que proponemos nosotros. Lo mismo opinamos respecto a la tesis dualista del tercero.

7. Inscripción sustantiva.—Es la que opera el cambio real, sin necesidad de ningún otro elemento. La verdad registral es, entonces, la verdad real, no pudiendo haber discrepancias entre el Registro y la realidad. Por la misma razón, no puede hablarse de apariencia, ni de buena fe en el adquirente, pues la verdad que publica el Registro es la única posible.

Esta inscripción sólo ha existido en algunas legislaciones alemanas, antes de la promulgación del BGB: Sajonia, Hamburgo, Mecklemburgo. En la actualidad el sistema australiano tiene cierto parentesco con la misma.

La inscripción sustantiva puede llamarse inscripción «absolutamente constitutiva». NÚÑEZ LAGOS nos dice que es la inscripción «propriadamente» constitutiva.

III. INSCRIPCION CONSTITUTIVA EN POTENCIA —VIRTUALMENTE CONSTITUTIVA—

Hemos recorrido, peldaño a peldaño, los distintos conceptos que, en nuestro Derecho, se formulan acerca del carácter o naturaleza de la inscripción —el último no se admite— y teniendo en cuenta la intensidad de los efectos de la misma, de menor a mayor. Pero en casi todos nos hemos encontrado con la teoría del título y el modo —o lo que es lo mismo, el contrato y la tradición (arts. 609 y 1.095 del Código Civil, entre otros)—, la cual supone un serio inconveniente, de forma que la misma parece desbaratar las distintas posiciones examinadas, constituyendo, no obstante, el principal apoyo de la teoría de ROCA.

También, con lo dicho anteriormente, se observa que hay como un esfuerzo de la doctrina por buscar una tercera vía para catalogar la inscripción en nuestro Derecho. Los autores citados (a excepción de ROCA) columbraron —usando la palabra de la E. de M. de 1944— la constitutividad de

la inscripción, pero quizá les faltó explicar y relacionar aquella constitutividad con la teoría del título y el modo.

Para intentar ese logro, vamos a partir —de forma similar a LA RICA— de la posición del adquirente cuando existe título, tradición e inscripción, y nos preguntamos por el carácter o naturaleza que tiene esta inscripción. En principio o inicialmente —como dijo SANZ FERNÁNDEZ— es declarativa —entendido este término en el sentido de que de la inscripción se derivan efectos protectores en favor del titular inscrito y no como un concepto vacío—. En este momento no puede decirse que tal inscripción sea constitutiva, porque normalmente la modificación jurídico-real ya se había producido antes de la inscripción, y —como indica LACRUZ— frente a todos. El ciclo transmisivo es completo, sin que la inscripción sea constitutiva.

Pero el titular registral —que resulta de dicha inscripción— puede ser un adquirente que inscribió su adquisición, en perjuicio de un adquirente anterior que no inscribió, y ya hemos visto la coincidencia de criterio entre LA RICA y LACRUZ BERDEJO en este supuesto. La inscripción es aquí constitutiva, pues en virtud de ella, se produjo la adquisición a favor del llamado «adquirente posterior» —éste, antes de la inscripción, no había adquirido nada, conforme a los axiomas *nemo dat quod non habet, nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*—, pues antes de tal inscripción el *verus dominus* —que no había inscrito— conservaba su derecho y seguía siendo su titular. Refiriéndonos concretamente al derecho de propiedad, es un imposible metafísico, que haya simultáneamente dos propietarios y, por tanto, dos adquirentes —fuera de los casos de comunidad o proindivisión— de la totalidad de un mismo inmueble, pues la adquisición eficaz de uno excluye necesariamente la del otro. Si el *verus dominus* —que no inscribió— conserva el derecho o es titular del mismo hasta el momento de la inscripción del adquirente posterior, es de una lógica rigurosa pensar que esta inscripción es la que determina la adquisición de tal adquirente posterior y la pérdida de su derecho por el *verus dominus*. Y con ello viene a resultar que *el Registro interviene como factor o elemento, unido a otros, para que la modificación (jurídico-real) —en este caso la adquisición— se produzca*. Y esto coincide, exactamente, con la definición que nos da ROCA de la inscripción constitutiva, que antes y ahora hemos destacado.

Al supuesto examinado se pueden asimilar otros:

- Cuando se anule o resuelva el derecho del transmitente en virtud de causas que no consten en el Registro —art. 34 LH—. En este supuesto, ya se entendió, hace tiempo, por autores como SANZ FERNÁNDEZ, HERMIDA LINARES y GARCÍA GARCÍA —obra citada, tomo II, pág. 296— que la inscripción opera aquí como un supuesto de inscripción constitutiva.

- Cuando se ejerciten acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias en virtud de causas que no consten en el Registro —art. 37 LH—.
- Cuando se declare la nulidad de una inscripción anterior —art. 31 LH—, o la inexactitud del Registro —art. 40 LH— o se rectifique éste —art. 220 LH—.
- Cuando se dé el supuesto de doble venta del artículo 1.473 del Código Civil, que el TS ha extendido a todo contrato de finalidad traslativa a título oneroso —Sentencia de 17 de diciembre de 1984—. En este caso, CANO TELLO —*Manual de Derecho Hipotecario*— sostiene que la inscripción tiene carácter declarativo si el primero que inscribe es el primer comprador; pero si el que inscribe primero es el segundo comprador, la inscripción tiene carácter constitutivo, pues entonces hay tradición —modo—, pero no título en sentido material, es decir, no hay título legalmente válido, pues el segundo contrato de compraventa es nulo por falta de objeto o, mejor, inexistente. La inscripción basta por sí sola para determinar la adquisición de la propiedad por ministerio de la Ley. Esta opinión es muy sugestiva, pero discutible, lo mismo que las de PAU PEDRÓN y GARCÍA GARCÍA, que, por diferentes vías, sostienen que el segundo adquirente que inscribe adquiere del verdadero dueño. Pero no podemos detenernos en el examen de esta cuestión, ya que sería demasiado extensa para unas simples notas en torno a un tema muy concreto. CANO TELLO dice que también es necesario que el vendedor sea titular registral —ésta también es la tesis de ROCA— ya que lo reconoce implícitamente el artículo 1.473 del Código Civil, pues de no ser así no podría practicarse la inscripción por impedirlo la actuación negativa del principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH. Esto último es difícilmente admisible. El artículo 1.473 del Código Civil sólo nos habla del «adquirente que *antes* la haya inscrito en el Registro». Por tanto, el titular registral, que inmatricula, goza de la protección del precepto, que no distingue entre primeras y posteriores inscripciones.

Esta última opinión ya fue sostenida por VILLARES PICO, ALONSO FERNÁNDEZ, MOLINA RAVELLO y DEL HOYO. Actualmente la sostienen GARCÍA GARCÍA, inspirándose en la doctrina italiana y en el principio de inoponibilidad de lo no inscrito —art. 32 LH— y PAU PEDRÓN —que en su momento desarrollará la idea de la adquisición a *vero domino*—.

Por cierto, que ROCA dijo que, en rigor, sobraba el término «antes» del artículo 1.473 del Código Civil —*Derecho Hipotecario*, 1954: Tomo I, pág. 767—, que hemos subrayado. Esto era discutible. Pero la sentencia del

TS de 12 de mayo de 1983, que abordó un supuesto de doble inmatriculación, atribuyó la propiedad al adquirente que «antes» inscribió su derecho en el Registro.

Volviendo al carácter constitutivo de la inscripción, en los supuestos enumerados, tenemos que hacer una observación. El adquirente a cuyo favor se inscribe —salvo mala fe— y, por supuesto, el Registrador que practica la inscripción, no saben si ésta va a ser constitutiva, porque sólo es constitutiva en los supuestos expresados. Dicho con otras palabras: en el momento de practicar la inscripción, ésta puede considerarse como declarativa, pero si después se anula o resuelve el derecho del transmitente, se declara la nulidad o inexactitud de la inscripción del transmitente, se había vendido antes la finca, etc., la inscripción es constitutiva. Con lo cual no se aclara el carácter que, en principio, tiene la inscripción. Creemos que este es el punto clave de la cuestión.

Pensamos que es inconcebible que, en circunstancias normales, la inscripción sea declarativa y que, cuando sobreviene alguno de los eventos enumerados, sea o se convierta en constitutiva. Esto sería inexplicable, salvo que se admita que la inscripción, desde un principio, *ab initio*, lleve consigo el germen de la «constitutividad». Y esto sólo es posible si se considera que la inscripción, desde el principio, es constitutiva en potencia, potencial o virtualmente constitutiva —o conformadora—, que cualquiera de estas expresiones puede servir.

Esta terminología no es nueva en nuestra doctrina. De constitutivas hablan los procesalistas respecto a determinadas sentencias. Y de constitutivas hablaron los tratadistas respecto a determinadas inscripciones, y a la inscripción en general. La expresión «en potencia» también ha sido utilizada con anterioridad. Se dijo que el embargo y la hipoteca implicaban una enajenación en potencia. Por tanto, lo único nuevo es la conjunción del término «constitutiva» con la expresión «en potencia»: inscripción constitutiva en potencia o virtualmente constitutiva.

Los casos, antes citados, de destrucción o derrumbamiento de la titularidad del transmitente o de la doble venta, no son frecuentes. Afortunadamente son rarísimos y ello quizá sea debido, precisamente, a la existencia del Registro, con todas sus consecuencias —la LH no sólo soluciona conflictos, sino que también tiende a evitarlos, principalmente a través del principio de publicidad—. Ahora bien, el hecho de que aquellos casos sean insólitos, no quiere decir que no sean posibles. Por tanto, en tales casos, la inscripción devino constitutiva o es constitutiva —según parte de los autores citados—. Y es aquí donde nosotros hablamos de inscripción constitutiva, pero en potencia —o virtualmente constitutiva—, refiriéndonos al momento inicial en que se practicó la inscripción, en el cual aún no se había producido aquel derrumbamiento de la titularidad del transferente, o no se

conocía al adquirente anterior que no inscribió. Dicho en otras palabras: en el momento de practicarse la inscripción, es una incógnita lo que puede suceder con la titularidad del transferente —tenga o no inscrito su derecho, según los casos—, y lo es, asimismo, el que no hayan tenido acceso al Registro determinados títulos que, tal vez, impedirían la práctica de aquella inscripción. Por ello, en términos generales, decimos que la inscripción es constitutiva en potencia. Posteriormente, si se produce alguno de los supuestos indicados y el adquirente que inscribió «es mantenido en su adquisición» o «no pueden perjudicarle los títulos no inscritos», aquella potencialidad despliega su energía latente y hace que la inscripción devenga constitutiva.

Esta concepción de la inscripción como «constitutiva en potencia» no tropieza con la teoría del título y el modo, como vamos a ver. Para ello volvemos a partir del supuesto de una transmisión, en la que concurren el título, el modo y la inscripción. Con el título y el modo se opera el cambio real *erga omnes*. La inscripción no interviene en tal cambio porque sólo es potencialmente constitutiva. Los efectos que la inscripción produce entonces no interfieren el cambio real producido, a saber: la publicación de una titularidad —al menos, aparente—, reforzada con las presunciones del artículo 38 LH —principio de legitimación—; el cierre registral, en su caso, conforme al artículo 17; los efectos que derivan del artículo 20, así como la posibilidad de hipotecar la finca, etc. Si el transmitente era el *verus dominus* —que es el caso normal— no se planteará ningún problema al adquirente, ya que la inscripción no produce —ni es necesario que produzca— más efecto que los señalados. Pero *en el caso de que no lo sea*, entonces tiene razón LA RICA, ya que con el título y el modo, *per se*, no hay adquisición alguna —*nemo dat quod non habet*— y es en este supuesto cuando la inscripción, que desde el principio era potencialmente constitutiva, despliega —como antes dijimos— esa eficacia constitutiva y se presenta como elemento determinante de la adquisición, conforme a los preceptos de la LH.

Podemos hacer una última observación. Nosotros hablamos de la inscripción virtualmente constitutiva o potencialmente constitutiva, ya que virtual y potencial son términos sinónimos, porque virtual significa «que tiene la posibilidad de ser, que es en potencia». Puede haber otros términos para indicar, poco más o menos, lo mismo que hemos expresado. Pero nos parece que los que utilizamos nosotros tal vez son los más adecuados.

CONSECUENCIAS de considerar que la inscripción es constitutiva en potencia:

Desde el punto de vista del Derecho positivo no se produce ninguna. Es el examen de los preceptos legales y su aplicación práctica lo que nos llevó

a considerar la inscripción como constitutiva en potencia —o virtualmente constitutiva—, y no a la inversa, es decir, que tal consideración no nos lleva a una interpretación distinta de tales preceptos.

Desde el punto de vista doctrinal tenemos que constatar que no ha sido nuestro propósito llegar a una posición conciliadora de las diversas opiniones. Pero lo cierto es que, con nuestro criterio —que tiene poco o casi nada de nuevo, ya que nos inspiramos en posturas ya existentes—, es más explicable que mentes tan brillantes y preclaras como LA RICA, SANZ, ROCA, NÚÑEZ LAGOS, GARCÍA GARCÍA, y muchos más, sostengan posiciones tan distantes, al menos teóricamente.

Hemos hablado de la inscripción en general. En algunos supuestos concretos como la hipoteca, el derecho de superficie, la anotación preventiva de embargo, la mayoría de los autores consideran que la inscripción es constitutiva, ya inicialmente. Esto es aceptable, a pesar de las opiniones de NÚÑEZ LAGOS y SANZ FERNÁNDEZ, cuyos respectivos trabajos, en otros aspectos, suponen una aportación muy brillante y valiosa. No obstante, tratándose de la anotación preventiva de embargo pueden surgir dudas. Pero esto sería objeto de un examen distinto.

IV. POSIBLES OBJECIONES A ESTA POSICION

La fundamental es la de ROCA-SASTRE MUNCUNILL, referida a la inscripción constitutiva. En su reciente obra —Tomo III, pág. 33— la plantea de esta forma:

«No cabe sostener que el hecho de la inscripción de su adquisición por el tercero protegido atribuya a tal adquisición valor *convalidante* o *sanante* de su título de adquisición, porque por la misma razón serían convalidantes o sanantes los otros tres requisitos que debe reunir conjuntamente dicho tercero para su protección, como son el haber adquirido del titular registral, a título oneroso y con buena fe».

Vamos a referirnos muy brevemente a estos requisitos, y solamente en lo que respecta a su relación con el tema de que tratamos, es decir, su posible constitutividad.

1. LA BUENA FE

La primitiva LH de 1861 y las posteriores no hablaban de este requisito, tal vez porque se consideraba que era lógico que se exigiese, como veremos enseguida.

Lo cierto es que don JERÓNIMO GONZÁLEZ, inspirándose —según NÚÑEZ LAGOS— en el BGB y recogiendo frases dispersas de la Exposición de Motivos de la LH de 1861, de la propia Ley y de la jurisprudencia del TS, construyó una teoría hipertrofiada de la buena fe, ampliando su concepto al igual que se hizo en Alemania, a manera de correctivo de la rigidez del negocio real abstracto, cosa que en España no era necesaria, ya que el título tiene espiritualidad bastante para evitar los excesos del negocio abstracto, que, de todas formas, no está acogido en nuestro Derecho.

Por su parte, el Tribunal Supremo exigió la buena fe, desde el principio, en jurisprudencia reiterada, y mantuvo con firmeza este criterio, no obstante, las violentas críticas de parte de la doctrina y a pesar del silencio de la Ley de 1909.

La posición del Tribunal Supremo era completamente lógica. La buena fe es algo que debe inspirar todo ordenamiento jurídico, que se tenga por civilizado. Por consiguiente, debe inspirar el Derecho civil, que es el Derecho civilizado por excelencia. A este respecto, se puede leer en SANZ —obra citada, Tomo I, pág. 451—: «Es principio fundamental de todos los ordenamientos jurídicos, a poco adelantados que sean, que la buena fe ha de regir las actuaciones humanas en la vida del Derecho... Esta repercusión fue aceptada ampliamente por el Derecho romano, con alguna mayor limitación por el germánico, y extraordinariamente extendida por el Derecho canónico. Las legislaciones modernas recogen el requisito de la buena fe, como fundamental en el desarrollo de las relaciones jurídicas, bien en forma general, como hace el Código suizo, bien haciendo constantes referencias a ella, como hace nuestro Código Civil».

JORDANO BAREA, en su trabajo «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros» —*Anuario de Derecho civil*, 1950—, nos dice que la buena fe no puede ser un elemento determinante porque si fuera un *requisito constitutivo* de la adquisición lógicamente correspondería la prueba al tercero y la ley no sentaría la presunción *iuris tantum* en favor de ella; y concluye diciendo que el tercero sólo será mantenido en su adquisición una vez que haya cumplido el último requisito del artículo 34, o sea, la inscripción de su derecho, pues *hasta entonces el titular verdadero no pierde su acción ni su derecho, ni tampoco lo adquiere el tercero*.

Entendemos, por tanto, que el artículo 34 LH recoge el requisito de la buena fe, no como un requisito específico de la adquisición del tercero, sino como algo concordante con nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual se evitaban dudas y discusiones, aunque éstas no tuviesen razón de ser. No hacía falta su inclusión en el artículo 34, pero lo cierto es que tal inclusión se hizo.

Pero, por eso mismo, entendemos que es injusta la crítica que se hace a la LH por tener un método analítico, detallista y fragmentario. El legis-

lador hizo bien empleando ese método, por lo menos, para evitar aquella y otras discusiones.

En definitiva, la buena fe es un requisito exigido, por lo que Roca denomina Derecho Institucional, y no un requisito específico para la protección del tercero. No es un principio hipotecario, sino un principio que debe inspirar cualquier ordenamiento jurídico. Por ello es aplicable no sólo en los casos del artículo 34 LH, sino también en los del artículo 32 —precepto más general que el anterior, según la tesis dualista— y en el supuesto de artículo 1.473 del Código Civil.

GARCÍA GARCÍA distingue la *buena fe objetiva*, o sea, «la resultante de los datos del asiento registral, como principio o idea tenidos en cuenta por el legislador para regular y fundamentar los resultados del principio de fe pública registral», y la *buena fe subjetiva*, que tiene múltiples formulaciones y que es la que presume el artículo 34 LH. No sabemos si esta distinción —que tiene sus precedentes romanos y que recogen muchos autores— puede prosperar tratándose del artículo 34 LH. Más que de buena fe objetiva, podría hablarse de circunstancias objetivas que sirven para apreciar la buena fe, la cual tiene un marcado carácter subjetivo. Lo cierto es que este autor, con análogo criterio que JORDANO BAREA entiende que si la buena fe subjetiva se presume y no se tiene que demostrar, mal puede fundarse el principio de fe pública registral en un *requisito no probado sino presumido*.

En el mismo sentido, ya mucho antes, GONZÁLEZ PALOMINO había entendido que la buena fe no era un requisito positivo de la protección del tercero, sino una causa de privación de protección —cuando no había buena fe—.

Pero como de lo que tratamos ahora es de la objeción de ROCA sobre la constitutividad de la buena fe, admitimos, precisamente, el concepto de este último autor, que considera que la buena fe es algo puramente subjetivo, un estado psicológico e intelectual, en el que se dan los dos aspectos tradicionales, positivo y negativo —cfr. arts. 433 y 1.950 del Código Civil—. Incluso admite la buena fe contra los pronunciamientos del Registro —al comentar el art. 36 LH—, lo cual es más que discutible, porque si no se protege al tercero del artículo 34 —que tuvo *medios racionales y motivos suficientes* para conocer... que la finca o derecho estaba poseída... por persona distinta de su transmitente—, aplicando una especie de justicia distributiva —que sería como la Ley del Talió, pero muy mejorada—, lo mismo habría que exigirle al usucapiente contra el Registro y éste actuaría siempre de mala fe, ya que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer la titularidad (registral) de los inmuebles. Porque una cosa es el adquirente de buena fe y otra distinta el ignorante —cuya ignorancia puede ser inexcusable—, del que se quiere predicar la buena fe, cuando en realidad lo único que quizá se demuestre es su absoluta falta de diligencia. Y es que hay situaciones objetivas muy relevantes —entre ellas, la publi-

cidad registral— para apreciar la buena fe subjetiva. Esto es lo que, con distintas palabras, sostuvieron PORCIOLES y AZPIAZU. Según ellos, quien prescribe un derecho inscrito debe ser considerado de mala fe, a no ser que por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que han existido otras transmisiones no inscritas, o de que se ha operado una usucapición anterior. Esta posición nos parece muy razonable.

Pero aceptando el concepto de ROCA sobre la buena fe resulta que ésta no se exterioriza ni en el título ni en la inscripción, ya que es algo inmaterial, subjetivo y psicológico. Pero, como tal estado psíquico, *sólo puede existir en la mente del adquirente*, y esto, aunque puede ser determinante de la adquisición, nunca puede ser considerado como elemento constitutivo de la misma. La buena y la mala fe pueden tener sus reflejos —circunstancias objetivas para apreciar una y otra— pero, en sí, son inmateriales, y no constan ni en el título ni en la inscripción, como acabamos de decir. Solamente tratándose de una sentencia, en ella podría constatarse la existencia —por *apreciación*, como resultado de una demostración— de la buena o mala fe. Por tanto, la buena fe sólo cabe presumirla —como hace el legislador— o apreciar su existencia —lo que corresponde a los Tribunales—.

Cuestión distinta es lo que debe entenderse por buena fe a los efectos de la protección del titular, que dimana de la inscripción, así como el momento en que la misma debe ser exigida, y quién debe tenerla —representante o representado—. Pero tal examen rebasa la pretensión de estas «notas».

2. LA ADQUISICIÓN A TÍTULO ONEROSO

Este requisito no lo exigió la LH de 1861. Fue la Ley de reforma de 17 de julio de 1877 la que lo recogió, modificando al artículo 34 LH, sustituyendo en él la expresión «en cuanto a tercero» por la de «en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso...»

Por cierto, que en esta ocasión se introdujo una modificación sin que se diese ninguna explicación y hubo que esperar *sesenta y siete años* para que el legislador lo hiciese. En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 nos dice:

«Los adquirentes en virtud de la ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente».

Según ROCA, este requisito estaba implícito en la legislación anterior. Pero si esto fuera así —y lo era, al menos, a partir de 1877—, en verdad sobraba una explicación tan tardía.

Por tanto, son razones de equidad, de política legislativa, las que imponen este requisito. Pero no son razones que impidiesen, institucionalmente, la protección del adquirente a título gratuito.

En cuanto al tercero del artículo 32, este precepto no exige la onerosidad, al menos expresamente. Tal vez, por una especie de «agravio comparativo», puede pensarse que también debe ser exigida, ya que eso es lo que hace el artículo 34. No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 32 contiene un precepto más general que el artículo 34, si bien la protección que dispensa este último es más contundente. Por ello estimamos razonable la posición —AMORÓS GUARDIOLA y CHICO ORTIZ— que en el supuesto de colisión de dos títulos gratuitos considera aplicable el artículo 32 y, por tanto, se protege al que inscribe. Ahora bien, entendemos, en términos generales, que si la colisión se da entre un título gratuito inscrito y un título oneroso no inscrito, los Tribunales —que son los que, en definitiva, deciden— probablemente van a pronunciarse por la protección del adquirente a título oneroso, aunque sólo sea por razones de equidad.

3. LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE

Esto se exige en el artículo 34 LH cuando dice: «el tercero... que adquiriera... algún derecho de persona que en el Registro *aparezca* con facultades para transmitirlo». Esta exigencia tendría relación con la previa inscripción, a que se refiere el llamado principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH. Pero ello se discute, como luego veremos.

VALLET negó a la inscripción del transferente la fuerza motriz o energía dinámica de la fe pública, puesto que dicha inscripción no concede poder dispositivo alguno y sólo es un dato material, una apariencia legitimadora suficiente para servir de apoyo a la buena fe, siendo ésta la que tiene eficacia de creación jurídica. Estamos de acuerdo con la primera parte, pero no con lo último, como veremos.

De todas formas, esta cuestión está íntimamente relacionada con otras que vamos a examinar muy esquemáticamente.

A) *La fe pública registral y la inscripción previa del transmitente*

Se dijo que, en nuestro Derecho, los derechos reales —salvo la hipoteca— nacen fuera del Registro de la Propiedad. La inscripción es declara-

tiva. Ahora bien, los derechos reales inscritos gozan de una fuerte protección: a los asientos registrales se les dota de una presunción *iuris tantum* de exactitud y veracidad que opera mientras no se demuestre la inexactitud registral: principio de legitimación.

Pero cuando un tercer adquirente que reúne los requisitos preceptuados por la Ley inscribe su adquisición, es mantenido en ella, no pudiendo perjudicarle la inexactitud registral. Por tanto, según ROCA, «el contenido del Registro, en beneficio del tercero, se presume verdadero, con presunción *iuris et de iure* o se finge por la ley irrefutablemente exacto». A este drástico efecto de la inscripción se la ha denominado tradicionalmente principio de la FE PUBLICA REGISTRAL.

Corresponde a NÚÑEZ LAGOS el mérito de hacer notar que esta expresión no es muy correcta cuando se aplica a nuestro Derecho, ya que responde a una concepción germánica, muy diferente a la nuestra, en cuanto a su gestación.

En el Derecho alemán, la verdad del Registro es sólo una verdad presunta *erga omnes*; pero cuando entra en juego un adquirente del titular registral, al asiento del transmitente se le dota de fe pública, convirtiéndolo en documento íntegro y exacto en beneficio del tercero. Procede este juego del sistema del principio de inscripción: *Eintragungsprinzip*, llamado también sistema del libro registro: *Grundbuchssystem*.

En el Derecho español, el asiento del transmitente puede desaparecer por nulidad de forma —art. 30 LH—, o por nulidad de fondo —art. 33— (esta expresión es incorrecta, como expuso SANZ) o, en general, por ser declarado inexacto —art. 40—. Por consiguiente, en nuestro Derecho el asiento anterior inválido nunca se convalida, sino que debe ser cancelado o rectificado. Lo que sucede es que esta cancelación o rectificación no perjudica al tercero. Por lo tanto, no puede haber una fe pública sin texto, sin documento —se refiere a la inscripción del transmitente—. Y es que nuestro sistema registral pertenece al grupo de los que la técnica germánica denomina del «Principio de publicidad»: *Publicitätsprinzip*, o de la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de tercero: *Drivirkung*.

Este argumento, según ROCA-SASTRE MUNCUNILL —DH II, págs. 164 y 165— no convence, si se tiene en cuenta:

1.º «Que no es extraña a nuestro sistema la presunción de exactitud del contenido del Registro en virtud del principio de legitimación consagrado en nuestro artículo 38 de la LH». Esto de la presunción del artículo 38 es obvio, y lo tuvo en cuenta NÚÑEZ LAGOS. Pero lo que dice ROCA no desvirtúa *en nada* lo que dice NÚÑEZ LAGOS, por lo que luego veremos.

2.º «El razonamiento de NÚÑEZ LAGOS de que en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del alemán, se cancela el asiento cuyo título objeto del

mismo sea declarado nulo, *no es del todo exacto*, pues, aparte de ser cierto, que no lo es, resultaría prácticamente algo circunstancial, hay que tener en cuenta que en caso de nulidad se llega a igual resultado en Alemania, por bien que por un nuevo asiento logrado en virtud de una pretensión personal de rectificación».

No obstante, nos convence más la postura de NÚÑEZ LAGOS. No vamos a traer a colación lo que sucede en el Derecho alemán. Solamente decir que, en este derecho, la inscripción a favor del adquirente implica la adquisición de la propiedad —en su caso—, y el transmitente tiene una acción personal del mismo o análogo carácter que la *conditio* romana —acción de carácter abstracto, de derecho estricto, en terminología de ALVARO D'ORS—, de naturaleza personal, para obligar al adquirente a retransmitirle la propiedad, si ello es posible. En cambio, en nuestro Derecho, el *verus dominus* puede ejercitar la acción reivindicatoria. Y esto implica una *gran diferencia*, al menos teóricamente.

Luego nos habla ROCA de la Sentencia del TS de 26 de febrero de 1949, que niega la procedencia de la cancelación de la inscripción del transmitente. Pero es que esta sentencia partió de la base de que la cancelación era inútil, ya que la inscripción a cancelar aparece extinguida por la inscripción de transferencia a favor del tercero. Se tuvo en cuenta, pues, el artículo 76 LH, que hace una especie de equiparación entre la cancelación y la inscripción de transferencia, a efectos de la extinción de las inscripciones. Pero de todos son sabidas las críticas de que fue objeto este artículo, fundamentalmente por el mismo ROCA.

Pero tal vez NÚÑEZ LAGOS no quiso llevar su idea hasta las últimas consecuencias. Para nosotros la fe pública registral es un efecto de la inscripción, y precisamente de la inscripción del adquirente, dados determinados presupuestos. Ya LACRUZ había tenido en cuenta este efecto que puede producir la inscripción, considerándolo como uno de los efectos «ofensivos» de la misma. Lo mismo ocurre con LA RICA, que nos habla del drástico efecto que puede producir la inscripción.

Y aquí haremos dos puntualizaciones:

1.ª En la misma doctrina alemana se discute también el papel que juega la inscripción respecto a la adquisición del dominio y derechos reales, pudiéndose dibujar dos tendencias:

- Los que consideran que el acuerdo real abstracto de transmisión es ya un contrato perfecto, si bien sometido a la *conditio iuris* de la inscripción: FUCHS y PLANCK, entre otros.
- Los que entienden que el acuerdo real no es un contrato, porque no produce directamente efectos jurídicos, los cuales sólo se dan cuando

se practica la inscripción, recayendo en ésta el centro de gravedad:
WOLFF y ROSENBERG.

2.º La inscripción, en el Derecho alemán, es plenamente eficaz con relación a cualquier adquirente de buena fe. Aunque luego resulte que no coincide con la realidad jurídica, el adquirente de quien está legitimado para transmitir, según el Registro, deviene verdadero titular.

Por consiguiente, en el Derecho alemán entran en juego: la inscripción a favor del transferente, la inscripción a favor del adquirente y la buena fe de éste. Y si nuestra doctrina es unánime en considerar que la inscripción en el sistema alemán es constitutiva —la del adquirente— ¿por qué en nuestro sistema se atribuye a la buena fe eficacia de creación jurídica o valor «sanante» a la inscripción del transmitente?

Pero veamos los preceptos legales —del Derecho alemán y del español— y que el lector juzgue:

El párrafo 892-1.º del BGB establece que: «en beneficio de aquél que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro *vale como exacto*, a no ser que contra dicha exactitud se haya practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente».

Hay aquí, si no una presunción *iuris et de iure*, al menos una auténtica ficción, pues el BGB dice que el Registro «vale como exacto» —aunque no lo sea— en beneficio del adquirente. No dice que el Registro se presume que es exacto: hay en el párrafo 892 una afirmación contundente, lo que no ocurre en nuestro Derecho, como vamos a ver.

El artículo 34 de nuestra LH dice: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho *de persona que en el Registro APAREZCA con facultades para transmitirlo*, será mantenido en su adquisición...»

La casi totalidad de los autores entiende que la presunción *iuris tantum* en favor del transmitente, se convierte en presunción *iuris et de iure* respecto del adquirente. La E. de M. de la Ley de reforma de 1944 parece darles la razón, pues nos dice: «La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles.

Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que, en orden a la aplicación del predicho principio, rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción —entendemos que es la del adquirente— solamente protege con carácter *iuris et de jure* a los que contratasen a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe...»

Nuestra opinión puede parecer completamente herética, pero no vemos en el artículo 34 LH presunción alguna, ni siquiera creemos que la misma haga falta. Ciertamente existe la presunción *iuris tantum* de que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, pero esto es porque lo dicen los artículos 1.º-3 y 38 LH, no porque lo diga el artículo 34.

Una cosa es lo que el legislador tal vez quiso decir —E. de M.— y otra lo que realmente dijo —art. 34—.

Este último precepto sólo exige que se adquiera de persona que en el Registro «aparezca» con facultades para transmitir el derecho, pero sin sentar ninguna presunción —tenemos que distinguir entre el *dicere* y el *praesumere*, como hace ROCA respecto al art. 35 LH—. Es suficiente la simple apariencia y esto es lo que realmente concuerda con la terminología del legislador. Este protege al adquirente, *una vez que haya inscrito su derecho*, dados los presupuestos que el mismo establece. Ni siquiera el tercer adquirente tuvo que haber consultado el Registro, ni mucho menos probar que lo hizo. Basta con que la persona —de la que el tercero, de buena fe, adquiera el derecho— sea la que en el Registro *aparezca* con facultades para transmitirlo. En este mismo sentido LACRUZ dice que el tercer adquirente será protegido si «ha confiado en la existencia de una situación como la que configura el Registro» —aunque no se haya consultado éste—.

Pero este mismo autor ya había apuntado que al artículo 34 —al igual que a otros— se le quiere hacer decir algo distinto de lo que dice, y que estaba redactado en forma hipotética.

GARCÍA GARCÍA, por su parte, nos habla de la «confianza en la apariencia registral», derivada del principio de legitimación —esto sería aplicable a la LH actual, pero no a la de 1861—. De todas formas este autor, concretamente en el tema de la fe pública, no nos habla de presunciones. Sólo resulta implícita la del artículo 38-1 LH.

Por lo demás, cuando el legislador establece determinadas presunciones, normalmente lo suele hacer con mucha claridad.

En cuanto a la frase «será mantenido en su adquisición», ésta coincide con el artículo 973 del Código Civil suizo, que dice: «El que adquiera la propiedad u otros derechos reales *fundándose* de buena fe en una inscripción del Registro, *será mantenido en su adquisición*» —traducción de ROCA— o «debe ser protegido en su adquisición» —traducción de GARCÍA GARCÍA—. Como el Código Civil suizo es anterior a la reforma de 1944, hemos de pensar que la LH tomó la frase de aquél —según la traducción de ROCA—, lo cual no es criticable.

Podrá discutirse, pues, el fundamento o naturaleza de la protección que resulta de la inscripción del adquirente, en el supuesto del artículo 34 LH,

pero no se pueden ver presunciones donde no las hay —la instaurada en el art. 38 LH actual, no se contenía en la primitiva LH, en la que, en cambio, se recogía el art. 34—. Nosotros creemos que se trata de una adquisición *ex lege*, porque el artículo 34 la establece, y de una verdadera adquisición *a non domino* porque el mismo artículo nos habla de adquisición: no se trata, pues, de un supuesto de irreivindicabilidad, como sostuvo NÚÑEZ LAGOS.

Finalmente, es cierto que la expresión fe pública registral ha tomado carta de naturaleza entre nosotros —Exposición de motivos de la Ley de Reforma de 1944, opiniones de la doctrina y jurisprudencia—, lo cual aceptamos, pero en el sentido que dijimos, o sea: la fe pública es un efecto del Registro, y más concretamente de la inscripción —tal vez el más importante—. En caso contrario, quizá se podría hablar de fe pública, de la clase que fuese, pero no precisamente «registral». Y dentro de la inscripción, la fe pública protege el derecho del adquirente, basándose en la inscripción de éste, que es el fundamento inmediato de tal protección. La apariencia, que publica la inscripción del transferente, vendría a ser el fundamento mediató —es decir, el antecedente— de la protección.

B) *La tesis dualista del tercero y la inscripción a favor del transmitente*

El concepto, que del tercero se tenga, depende de la posición doctrinal que se admita. Nosotros somos partidarios de la tesis dualista —con independencia del número de los que la defiendan y del carácter que tenga la inscripción—, porque es la que más nos convence, teniendo en cuenta los precedentes históricos —cfr. Díez PICAZO—, la estructura de la LH, tanto la de 1861, como la de la actual, lo dispuesto en el artículo 606 del Código Civil, así como otras razones que exponen los partidarios de la tesis dualista —particularmente GARCÍA GARCÍA— y que, para abreviar, omitimos.

Solamente recordaremos que el precedente inmediato del artículo 32 es el artículo 3 del anteproyecto del Ministerio, cuyo texto fue simplificado en las redacciones posteriores y en la Ley, que dice que «los títulos que NO estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a terceros». NÚÑEZ LAGOS llamó a esta regla «la protagonista de la Ley» y el ministro de Gracia y Justicia, al defender el proyecto ante el Congreso de los Diputados, dijo que **CONTENIA EN SI TODA LA LEY**. Precisamente es una de las cuatro reglas hipotecarias que más tarde se consignarán en el Código Civil. No obstante, si conforme al artículo 32 —antes 23— el título inscrito no podía ser atacado por otro no inscrito, se corría el peligro de que los títulos inscritos fueran inexpugnables ante títulos anteriores no inscritos ni de

posible inscripción por el artículo 17, y vendría a resultar, entonces, que la inscripción convalidaba títulos inválidos frente a acciones de nulidad derivadas de títulos anteriores no inscritos. Por eso se puso un límite o tope al artículo 23 —actual 32—, aclarando en el artículo 33 que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes». Ahora bien, «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se otorguen por persona, que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro...» —sigue la redacción del art. 34 LH de 1861—.

Este punto de vista, que tuvo sus precedentes en los autores que defendieron el valor ofensivo del asiento de inmatriculación —VILLARES PICÓ, ALONSO FERNÁNDEZ, DEL HOYO, etc.— fue seguido por BALLARÍN, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, HERMIDA, NART y otros.

Por tanto, según NÚÑEZ LAGOS, conforme al artículo 32 LH, *al adquirente le basta con inscribir, sin jugar para nada la inscripción a favor del transferente* —nosotros añadimos siempre que tal adquirente sea de buena fe—: «En el Registro hay un derecho de asilo; frente a las embestidas de los derechos extrarregistrales, la inscripción, como ha dicho GONZÁLEZ PALOMINO, es un burladero» —en términos taurinos—. La defensa del titular inscrito contra los ataques extrarregionales no precisa una inscripción antecedente.

C) *Momento en que debe constar en el Registro la inscripción a favor del transferente*

A pesar de lo que llevamos dicho —que se opone a la constitutividad de la inscripción del transferente—, examinamos esta cuestión, porque si se acepta determinada posición, la inscripción del transferente puede tener cierta relevancia, aunque sin llegar a los límites de la constitutividad.

El artículo 34 LH nos habla de «el tercero que adquiera... de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo» —el derecho—. Pero la interpretación de esta expresión no es pacífica. Vamos a distinguir un supuesto general y otro especial:

— SUPUESTO GENERAL:

GARCÍA GARCÍA nos dice que el TS viene interpretando el requisito de la previa inscripción en sentido bastante riguroso, referido al momento de la adquisición, sin que baste tenerlo en el momento de la inscripción.

En la doctrina hay autores que interpretan el requisito de la previa inscripción en el sentido señalado por la jurisprudencia: VILLARES PICÓ y ROCA. Concretamente este último, cambiando de opinión, entiende que «el requisito de la previa inscripción debe darse en el momento de la celebración del contrato» y que «el esfuerzo de VALLET —en sentido contrario y que él había admitido antes— descansa en la base falsa de equiparar el requisito de figurar inscrito el derecho del transferente, que exige el artículo 34 LH con la previa inscripción requerida por el artículo 20 de la misma, equiparación que carece de consistencia a estos efectos».

Otros autores como MOLINA RAVELLO y SANZ FERNÁNDEZ, le dan otra interpretación al requisito de la previa inscripción del transferente. Según SANZ, el mismo «no debe ser interpretado en el sentido de que el transferente del derecho ha de tener el suyo inscrito en el momento de realizar el acto o contrato de transmisión, cosa que literalmente parece exigir el artículo 34 LH. Basta que el disponente sea titular inscrito en el momento en que el acto o contrato se inscribe, de forma que la cadena de transmisiones se desenvuelva normalmente, cumpliéndose el artículo 20... Cuando el que dispone de un derecho real es ya titular inscrito tiene plenas facultades para disponer hipotecariamente; cuando en el momento de realizar el acto de disposición no ha inscrito aún su derecho, si bien carece de estas facultades entonces, las adquiere (luego), convalidando retroactivamente las disposiciones realizadas en el momento que inscriba su derecho en el Registro. Es, pues, indiferente que la previa inscripción se practique antes o después de realizarse el acto o contrato: únicamente es necesario que la inscripción se practique en forma normal y corriente».

GARCÍA GARCÍA entiende que SANZ confunde la previa inscripción del artículo 34 LH y la del artículo 20 de la misma. Pero, en favor de la opinión de SANZ, tenemos que hacer determinadas consideraciones, que posteriormente examinaremos. Antes tenemos que ver ciertos casos que surgen en la práctica, a saber:

1. Cuando los herederos —no voluntarios— del titular registral venden una finca a cualquier persona —previa la correspondiente adjudicación en la misma escritura—.
2. Cuando se presentan simultáneamente dos escrituras de venta, una del titular registral A, que transmite a B, y otra en que B transmite a C, y ambas escrituras llegan a inscribirse.
3. Cuando el comprador de una finca paga el precio con el dinero que obtiene, mediante un préstamo garantizado con hipoteca, que se «establece» en la misma escritura de venta o en otra otorgada inmediatamente después de aquélla.

Los dos primeros casos pueden ser conflictivos, pero no el tercero si se admite que la inscripción de la hipoteca es constitutiva. Todo ello lo examinaremos brevemente:

GARCÍA GARCÍA entiende que en los dos primeros supuestos, los respectivos adquirentes del dominio —o de un derecho real— NO están protegidos por el artículo 34 LH, pero SI por el artículo 32, conforme a la tesis dualista. Cosa distinta es que esté presentado en el Registro el título intermedio —antes de que el adquirente, según el mismo, transmita— y que tal título llegue a inscribirse, pues entonces entra en juego el artículo 24 LH y la adquisición posterior derivaría de un titular registral, en cuyo caso tendría lugar la protección del artículo 34 LH.

Según la tesis monista, en los dos primeros supuestos, el tercer adquirente no estaría protegido, ni por el artículo 34, ni por el artículo 32. Por tanto, la posición de este tercer adquirente sería como la del inmatriculante, aunque sin necesidad de publicación de edictos y sin que se produzca la suspensión de efectos del artículo 207 LH, con lo cual los efectos de la inscripción serían bastante raquíticos y, a esta postura, podía denominársele «tesis minimalista». Pero ROCA-SASTRE, que es uno de los defensores de la tesis monista, dándose cuenta de ello, trae a colación el artículo 105 RH, como vamos a ver:

— SUPUESTO ESPECIAL DEL ARTICULO 105 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO:

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en su *Derecho Hipotecario II*, págs. 435 y 436, nos dice:

«Este precepto está dictado para resolver un problema de tracto sucesivo, pero, por repercusión, puede resolver una cuestión de protección del tercero hipotecario por la fe pública registral, en conexión con la prioridad registral».

«Si la finca se halla inmatriculada e inscrita a nombre del causante del actual transferente, el tercero adquirente de éste, en el caso de que así se alegue y se acredite, quedará protegido por la fe pública registral, siempre que llegue a inscribirse debidamente el título de dicho transferente, así como el del adquirente, durante la vigencia del asiento de presentación del título del tercero y, en su caso, de la prórroga o prolongación que del mismo supone la anotación preventiva de suspensión practicada al amparo del artículo 105, *in fine*, del RH».

Nos remite luego a las páginas 247 y 248 del mismo *Derecho Hipotecario II*, en que, en el supuesto de doble venta, nos dice:

«Si el título presentado es el del segundo comprador y se subsana el defecto aquí subsanable de la falta de la inscripción intermedia durante la

vigencia de tales asientos —el de presentación y el de anotación preventiva, en su caso, o la prórroga de ésta—, el mismo será protegido, si reúne las demás condiciones de la fe pública registral.

En definitiva y como resumen, en caso de doble venta, el segundo comprador compra de un *non dominus*, que, no obstante, en el momento de vender tiene inscritos la finca o derecho vendidos a su favor —aunque sea por dicho art. 105 del RH—, en cuyo contenido registral confía aquél».

Esto puede ser incierto, incongruente e inadmisibile.

Puede ser incierto, porque se intenta hacer decir al artículo 105 RH lo que éste no dice ni quiere decir. El artículo 105 es un precepto reglamentario —no se olvide esto— que no puede desvirtuar lo dispuesto en el artículo 34 LH. El artículo 105 sólo nos dice que se podrá tomar anotación preventiva, en caso de que resulte que el transmitente es causahabiente del titular registral. Pero este precepto no va más allá. No considera que está inscrito lo que no lo está. Esta es una cuestión que abordó exhaustivamente GARCÍA GARCÍA —al tratar del tema de la prioridad—, al cual nos remitimos y que tal vez, en su momento, examinemos.

Puede resultar incongruente con el artículo 34 LH, el cual exige para la protección que «el tercero ADQUIERA... algún derecho de persona que EN EL REGISTRO APAREZCA con facultades para transmitirlo». Y en el caso del artículo 105 RH no se cumple esto. Por tanto, una de tres: o se admiten los criterios de MOLINA RAVELLO y SANZ FERNÁNDEZ; o se admite la tesis dualista, o se considera que el adquirente no está protegido por los artículos 34 y 32 LH (tesis minimalista, como hemos dicho). Lo que no se puede hacer es considerar —por una aplicación indebida del artículo 105 RH— que está inscrito un título que puede que ni siquiera esté presentado.

Puede resultar inadmisibile, pues parece que el adquirente que anota preventivamente su derecho es de mejor condición que aquél que inscribe su título, en el que se realiza la transmisión anterior, o que, a su título, acompaña el de la transmisión anterior, inscribiéndose ambos. Creemos que ROCA entiende que la protección del artículo 34 actúa en los casos señalados, aunque en ellos no sea aplicable propiamente el artículo 105 del RH, pero entonces se sitúa en una posición muy parecida a la de SANZ y MOLINA RAVELLO.

Nosotros descartamos las opiniones de estos dos últimos autores —aunque haya argumentos en su favor como veremos—, y aceptamos el criterio de GARCÍA GARCÍA —de conformidad con la jurisprudencia del TS—, aunque parezca formalista y en cierto modo no concordante con el carácter espiritualista de nuestro Derecho, y aunque presente, además, otro inconveniente, ya que aún está por ver si los Tribunales reconocerán la protección del artículo 32 LH, de conformidad con la tesis dualista del tercero —la Sentencia del TS de 4 de marzo de 1988 parece que admite tal protec-

ción—. Pero, a pesar de ello, su criterio es el que más concuerda con el texto del artículo 34 LH. Para comprobar aquel carácter formalista volvemos a traer a colación alguno de los casos antes expuestos y haremos algunas consideraciones:

- Si la previa adjudicación a favor de los herederos —no voluntarios— y la subsiguiente venta se hace en la misma escritura, el comprador no resulta protegido por el artículo 34 —aunque sí por el 32—. Ahora bien, si se otorga la escritura de adjudicación previa, que se presenta inmediatamente en el Registro, y un segundo después de dicha presentación, se otorga la escritura de venta, el comprador resulta protegido por el artículo 34 LH. Esto mismo sería aplicable al supuesto de ventas sucesivas.
- En el caso de venta y préstamo hipotecario hecho al comprador, aquella exigencia de que se presente en el Registro la escritura de venta, y luego se otorgue la de préstamo, para que el acreedor —normalmente una entidad bancaria— quede protegido por el artículo 34, también implicaría un formalismo, que incluso podría dificultar bastante el tráfico jurídico, si se admitiese la tesis de los que consideran que la inscripción de la hipoteca no es constitutiva.

Por todo ello, en favor de las opiniones de SANZ y MOLINA RAVELLO, pueden hacerse determinadas consideraciones:

- En el supuesto del artículo 34 LH, el momento determinante de la adquisición es el de la inscripción a favor del adquirente, pues es a partir de entonces cuando el *verus dominus* deja de serlo. La expresión del texto es clara. La Ley, al decir «será mantenido en su adquisición» se refiere a que el tercero inscriba antes de que se anule o resuelva el derecho del otorgante. Y tal criterio podría aplicarse al momento en que el transmitente debería tener inscrito su derecho. No obstante, también resulta claro que el artículo 34, al hablar de adquisición, se refiere a una adquisición realizada conforme a la doctrina del título y el modo, sin que la inscripción supla a la tradición —y por consiguiente, tal adquisición debe ser posterior a la inscripción del transmitente—. Solamente *en el singular caso de la hipoteca* la inscripción ha venido a sustituir a la tradición y, por tanto, al ser la tradición un elemento constitutivo de la transmisión, la inscripción de la hipoteca es constitutiva —ROCA—. En los otros supuestos también puede pensarse que «la persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo» —el derecho— es no sólo el titular registral, sino también su representante —esto es indiscutible— o su causahabiente o causahabientes: tratándose de herederos,

éstos subentran en la posición del causante y, si no son voluntarios, no entra en juego la limitación del artículo 28 LH.

- ROCA, en varias ocasiones, habló de que había que estimar que la «intención del legislador había sido otra» —art. 36-1.º a) LH—; que al legislador «se le había ido la mano» —art. 41 LH respecto a la relación jurídica «directa» y artículo 86 respecto a la prórroga de las anotaciones—, del extraño precepto del artículo 83 LSA, etc. Y esto mismo podía pensarse en aquellos supuestos de aplicación del artículo 34 LH.
- Por lo que se refiere a la jurisprudencia, no hay que olvidar que ésta atiende a las particularísimas circunstancias de cada caso muy concreto para resolverlo, y esta resolución, que puede estar basada en la interpretación más o menos certera de unos textos legales, intenta, más que nada, procurar la realización de la justicia en aquel caso concreto. Por eso la jurisprudencia puede variar, al menos de forma aparente. Como dijo un profesor nuestro: «la jurisprudencia es voluble como la mujer. Por eso tiene nombre femenino».

Pero lo cierto es que la postura del TS y la de GARCÍA GARCÍA —a pesar de su carácter formalista— son las que realmente se acomodan al texto del artículo 34 LH, y a este texto es al que hay que estar. Sólo cabe el supuesto del artículo 24 LH —antes indicado—, pero no el del artículo 105 RH, ya que si este último se admite, queda involucrada una cuestión de tracto sucesivo, al fin y al cabo, muy parecida a las de SANZ y MOLINA RAVELLO, como hemos visto antes.

De todas formas, la posición de ROCA nos favorecería —si la admitiésemos—, en cuanto que el requisito de la inscripción a favor del transmitente, con su criterio, aparecería muy debilitado. Y tan debilitado quedaría, que el mismo no sería necesario, al menos en el momento de la adquisición del tercero, siempre que pudiera cumplirse lo dispuesto en el artículo 105 RH.

Finalmente, tratándose de hipotecas, para que los futuros titulares de ellas estén protegidos por el artículo 34 LH, no es necesario que, antes de otorgarse las respectivas escrituras de hipoteca, consten las previas inscripciones a favor de los correspondientes hipotecantes, considerando que la hipoteca se adquiere cuando se inscribe, por la razón que hemos visto.

D) *La consulta del Registro por el adquirente*

Nos dice ROCA-SASTRE que: «conforme expresa VALLET, en la fe pública registral el elemento material es la inscripción a favor del transferente;

y el psicológico es la buena fe del adquirente. La presunción *iuris tantum* existente a favor del transferente se transforma, más que en presunción *iuris et de iure*, en palpitante realidad a favor del adquirente». Nos parece que esto no se deduce de los textos legales, según hemos examinado antes, al tratar de la fe pública. No hay transformación de la presunción. Para ello el artículo 34 tenía que estar redactado de otro modo, como vimos antes. Y respecto a la «palpitante realidad», es lo cierto que la inmensa mayoría de los presuntos adquirentes no consultaban el Registro antes de otorgar el correspondiente título, con lo cual malamente podían confiar en él. Pero es que el artículo 34 no exige esta consulta previa, ni tampoco la exige la jurisprudencia. La consulta previa puede ser un indicio para apreciar que el adquirente obró de buena fe, o que no obró de mala fe; pero tal indicio no es suficiente, puesto que si el tercer adquirente conocía la situación real, la consulta del Registro no le confiere la buena fe —según la jurisprudencia reiterada—.

Y no confundimos la publicidad con la buena fe. El Registro publica una apariencia, que tiene a su favor la presunción *iuris tantum* del artículo 38 LH. Pero, aparte de esta apariencia publicada, se requiere la buena fe del adquirente —según el mismo texto del art. 34 LH—.

ROCA-SASTRE se da cuenta de ello —de que muchas veces no se consultaba el Registro— y nos dice lo siguiente —que también transcribe GARCÍA GARCÍA en su obra—: «hay que contestar con la simple remisión al valor de la publicidad registral como instrumento de cognoscencia legal, como subrogado del conocimiento efectivo del Registro, sin lo cual estarían condenados al fracaso los sistemas inmobiliarios registrales en general» —*Derecho Hipotecario* II, pág. 431—. Luego nos remite a la página 119 del I, en que dice: «La publicidad registral, como instrumento de cognoscibilidad legal supone que las funciones de legitimación, protección y afección del Registro de la Propiedad serían insuficientes para desplegar su total energía o eficacia sin su auxilio, ya que la denominada cognoscibilidad legal implica que el contenido registral es conocido por todos sin que se pueda alegar su desconocimiento.

No existe precepto alguno en nuestra legislación inmobiliaria registral que de un modo expreso consagre esta cognoscibilidad legal, pero la necesidad de la misma es tan evidente que ha de considerarse proclamada por una norma implícita en dicha legislación».

Aceptamos esto último con algunas reservas, puesto que el legislador nos manda hacer determinadas notificaciones —arts. 1.453 y 1.492 LEC—. También podría discutirse la publicación de los edictos conforme al artículo 205 LH. Claro que aquí tendríamos que distinguir entre publicidad, publicación y notificación, lo cual examinan con detalle los autores italianos, cuestión esta que parece que les apasiona.

Pero después ROCA nos dice —*Derecho Hipotecario* II, pág. 572—, a propósito del usucapiente contra el Registro: que la usucapición ha de regirse por el Derecho civil puro, que exige una buena fe simple «o a secas», «porque, aún cuando el principio de publicidad impone *de lege* la cognoscibilidad del contenido del Registro, esta cognoscibilidad legal, *no confirmada por la consulta material de los libros registrales* (?), no sitúa al tercer adquirente por negocio jurídico *en mala fe...*» Nos remite luego a las páginas 348 y siguientes, y en éstas nos remite a la 119 del I, ya vista.

Creemos, sencillamente, que la publicidad registral no supone el conocimiento efectivo de la situación registral, sino la posibilidad de aquel conocimiento, el cual está o debe de estar al alcance de todos, de forma que nunca se podrá alegar la ignorancia de la situación registral. La función primigenia del Registro fue la de la publicidad —con algunas excepciones como la Pragmática de 1539, que era muy restrictiva—. Por tanto, en nuestro Derecho, la *iusta opinio quaestio dominii* no puede adquirirse «sin tener en cuenta» el contenido de los libros registrales. Y hablamos de «tener en cuenta», con independencia de la consulta del Registro.

Actualmente tal consulta ha sido potenciada por el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre. Entre otras disposiciones, se da nueva redacción al artículo 175 del Reglamento Notarial, que en su número 1 dispone: «El Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada...»

Esta disposición no implica que antes de haberse dictado la misma, se pudiese alegar la ignorancia del estado registral. Lo que quiere esta disposición es que «realmente» se consulte el Registro.

Y con lo dicho concluimos la cuestión de la inscripción a favor del transferente. Precisamente, se habla de que la inscripción a favor del adquirente tiene eficacia constitutiva, cuando la del transferente pierde su vigencia y se cancela:

- Por nulidad del asiento.
- Por nulidad del título inscrito.
- Por anularse o resolverse el derecho del transmitente, y en general:
- Por ser declarado el Registro inexacto.

Es difícil pensar que es «sanante» una inscripción que debe ser cancelada o rectificadora, como vimos anteriormente.

4. LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL ADQUIRENTE

Parte de la doctrina tiende a minimizar este requisito, cuando es lo realmente constitutivo, y además indispensable en cualquiera de los dos sistemas de protección: en el latino del artículo 32 y en el germánico del artículo 34.

Otros autores, sin embargo, tuvieron en cuenta la importancia de la inscripción del adquirente.

SANZ afirmó que el elemento fundamental que lleva en sí la energía legitimadora capaz de subsanar la inexistencia del derecho adquirido es la inscripción del título adquisitivo del tercero, cuya inscripción determina el momento de la adquisición. Como dijo JORDANO BAREA: «el titular verdadero no pierde su acción ni su derecho, ni tampoco lo adquiere el tercero hasta que éste lo inscriba».

NÚÑEZ LAGOS sostuvo que el desplazamiento de la propiedad es debido a la actividad del titular registral y *desde la inscripción* a favor del tercer adquirente, y únicamente por esto es la inscripción verdadero modo de adquirir la propiedad.

LACRUZ BERDEJO dijo que la inscripción del adquirente determina —dándose los demás presupuestos o condiciones— la eficacia de su propio derecho y la resolución del derecho del *versus dominus*.

GARCÍA GARCÍA considera la inscripción del adquirente como verdadera causa determinante de la misma.

En efecto, antes de esta inscripción —y aunque concurren los demás requisitos— el *versus dominus* sigue siéndolo. Sólo con la inscripción del adquirente pierde su derecho.

Examinando los preceptos legales, vemos que mientras el artículo 34 LH exige expresamente tal inscripción, el artículo 32 no habla de ella. Pero el tercero a que alude debe de tener inscrito su derecho. Esto siempre se entendió así, pues si el título del tercero no está inscrito y los que se le pretenden oponer no deben estar inscritos —ya que esto último es lo que se presupone en el artículo 32 para su aplicación—, entonces ya no entra en juego la LH.

Por eso, cuando se reformó la LH en 1869, se entendió que el artículo 396 —que equivalía al actual 313 y que establecía la inadmisibilidad de los títulos registrables no registrados, en el supuesto de que perjudicasen a tercero—, era redundante, ya que el tercero a que aludía era el que había inscrito su derecho y estaba ya protegido registralmente, de forma que aquella norma era una repetición de la regla de inoponibilidad del título no inscrito, consagrada en el artículo 23 —actual 32—.

Quizá la adquisición del transmitente se minimiza porque, como agudamente observó ROCA: «En el mundo jurídico, como en el físico, nada tiene

que perderse, y por ello la limitación más insignificante debe traducirse en una ventaja patrimonial cualquiera para otro». Y aquí sucede algo análogo, ya que, si se da menos importancia a la inscripción del adquirente, tienen mayor trascendencia los otros presupuestos.

En este sentido VALLET sostiene —acertadamente según ROCA— que la inscripción del adquirente nada convalida, pues no representa más que un requisito *a posteriori* para que se mantenga la adquisición; ésta es sólo una *conditio iuris* para que la eficacia de aquélla sea mantenida. «La inscripción del adquirente —dice VALLET— nada convalida; sólo asegura y fija la adquisición *a non domino* ya operada».

Esto no es admisible. Como hemos visto antes, al tratar de la naturaleza o carácter de la inscripción, la supuesta adquisición *a non domino* «ya operada» —esto es completamente incierto— no se produciría con el título y el modo —conforme al Derecho civil puro, según los axiomas también citados—, sin la inscripción. El adquirente puede tener toda la buena fe del mundo y un título oneroso de lo más perfecto, pero, sin la inscripción, todo ello se derrumbaría. Y esto es lo verdaderamente relevante, ya que, en definitiva, es la LH la que permite que aquella adquisición *a non domino* se produzca —«una vez que el adquirente haya inscrito su derecho»— a través de sus preceptos.

Finalmente, en relación con la inscripción a favor del adquirente, hay que hacer una observación en términos muy sencillos y simples: el título llega al Registro con la onerosidad «incrustada» y con la presunción de buena fe a favor del adquirente. En cuanto a la inscripción del transmitente —practicada previamente, en los casos normales, es decir, cuando no falta alguna inscripción intermedia— ya hemos visto su significado y lo que puede pasar respecto a la misma. En consecuencia, lo decisivo y constitutivo es la inscripción a favor del adquirente.

V. ¿DEBE ADOPTARSE LA INSCRIPCION CONSTITUTIVA?

Vistas las distintas posiciones, así como el criterio del legislador de 1944-46, podemos examinar la cuestión *de lege ferenda* o *de iure condendo*, de si debe cambiarse el sistema, y que, en el futuro, la inscripción sea «constitutiva» —no respecto a terceros, ni en potencia—.

Y esto se plantea porque siempre hubo voces que abogaron en favor de tal inscripción.

Prescindimos de la peregrina proposición de Ley presentada al Congreso en 1890 por el Conde de San Bernardo, en la que se trataba de introducir en España nada menos que el sistema australiano.

Lo cierto es que desde CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, a mediados del siglo pasado, hasta PAU PEDRÓN en la actualidad, hubo toda una pléyade de autores que defendieron *de lege ferenda* la inscripción constitutiva.

En el reciente trabajo del autor últimamente citado, «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», sigue mostrándose partidario de la inscripción constitutiva y cita algunos supuestos que pueden surgir de no adoptarse aquélla:

- «Un acreedor que obtiene una anotación de embargo puede perder su garantía por una propiedad que ignora». Hemos de constatar que, en los más de treinta y tres años que llevamos de ejercicio de la profesión, no hemos tenido ningún caso de interposición de tercería de dominio para cancelar una anotación preventiva de embargo. Por el contrario, no hemos practicado muchas anotaciones de embargo por haberse dirigido el procedimiento contra persona distinta del titular registral, el cual tenía inscrito su derecho con mucha antelación a la fecha en que se inició el procedimiento, en el que se decretó la anotación de embargo. Y esto es algo más que una casualidad. Advertimos que hemos excluido las palabras «denegación» o «denegado», deliberadamente, pues no se corresponden con la cortesía con la que suele redactarse la mayoría de los mandamientos judiciales: «Al señor Registrador de la Propiedad... atentamente saludo y participo».

Lo insólito sucedió en una ocasión en que la escritura de venta se firmó en nuestro Registro —al cual se desplazaron el Notario y las partes contratantes—, porque el adquirente quería estar seguro de que, antes de firmar, no se hubiese presentado ningún documento por el que se gravase o transmitiese la finca objeto del contrato.

- «Si las fincas no están inmatriculadas, la eficacia de los derechos *ocultos* es aún mayor: cualquier adquirente está sometido al riesgo de que alguien invoque una propiedad o un gravamen anterior». Respecto a esto podemos decir que si las fincas no están inmatriculadas, la cuestión se rige por el Código Civil, y con relación al mismo, dijo HERNÁNDEZ GIL —1948—: «El Código Civil ha entrado y encontrado acogida en la conciencia social, que es mucho más sensible a la justicia y a la injusticia que la mente de los juristas. El Código no ha producido conflictos ni incomodidades. Preceptos que al entrar en vigor podían suscitar recelos, han arraigado en la práctica jurídica y se han afianzado con el asentimiento del pueblo».

De todas formas el futuro adquirente podrá exigir al que va a ser transmitente que inscriba la finca o fincas a su favor —como sucede en algún supuesto de venta de bienes del Estado— y si no exigió esto, podrá inscribir la finca a su favor —si el título es idóneo— y, como tal inmatriculante —aunque esto sea discutido—:

Tiene a su favor las presunciones del artículo 38 LH.

Puede entablar el procedimiento del artículo 41 LH.

Resulta protegido por el artículo 32 LH y, en su caso, por el artículo 1.473 del Código Civil en el supuesto de doble venta.

— «Que el tipo eficaz de publicidad —la inscripción registral— despliega una utilidad social reducida, al verse afectada por dos graves perturbaciones derivadas de la voluntariedad —o, más exactamente, de que no se atribuya a la inscripción la función que le corresponde—: la falta de inmatriculación y la interrupción del tracto».

Esto es relativamente cierto, y decimos «relativamente» porque la utilidad social no es tan reducida como se pretende. LACRUZ dijo que «si hacemos un balance de los resultados prácticos de nuestra legislación hipotecaria, éste, a pesar de los defectos que en ella se observan, no puede menos de resultar muy favorable».

Sobre todo, se ha quitado, mediante la publicidad, la ocasión del fraude... En general se ha dado una gran seguridad a las adquisiciones y transmisiones de inmuebles, con lo cual se ha abierto un camino importante y seguro al empleo de capitales y así, por medio del crédito, al aumento de la riqueza nacional.

En el aspecto de la seguridad de la propiedad y los derechos reales, hay que señalar, con GENOVÉS y DE LA RICA, la enorme disminución del número de pleitos referentes a la propiedad inmueble y la más fácil resolución de las contiendas judiciales, gracias a la mayor precisión de las leyes aplicables —mérito este que corresponde, sobre todo, al Código Civil— y a la aportación de pruebas preconstituídas en el Registro, con la consiguiente claridad en la titulación que elimina dudas sobre quién es o no propietario. A la vez, los propietarios se sientan más amparados en sus derechos y más alentados a mejorar sus fincas que en los tiempos en que podían temer el ejercicio de acciones, más o menos temerarias, pero en las que corrían el peligro de ser despojados de lo que les pertenecía. La Ley ha eliminado el peligro de las hipotecas generales y tácitas y, en general, de las cargas ocultas.

También son buenos los resultados de la Ley en el aspecto del fomento del crédito con garantía inmobiliaria. Para que éste prosperase, era neces-

rio que los inmuebles ofrecieran una seguridad suficiente y eficaz de recuperar el capital invertido sobre ellos, y ésta sólo podía darla una buena legislación inmobiliaria. La cual, de este modo, ha ayudado eficazmente a combatir la usura, que sólo puede medrar por su interés abusivo, allí donde el dinero no es atraído a precio normal o en unas condiciones normales de garantía. Nuestra Ley Hipotecaria ha conseguido una reducción del interés en los préstamos garantizados por la inscripción en el Registro y la desaparición de la antigua plaga de la usura en los medios rurales. Gracias a la Ley Hipotecaria se han podido realizar las grandes obras públicas y especialmente la construcción de ferrocarriles y centrales hidroeléctricas, la transformación urbana de Madrid, el ensanche magnífico de Barcelona, las reformas interiores de Valencia y Sevilla y otras innumerables mejoras urbanísticas que dan a muchas ciudades españolas un aspecto moderno superior al de la mayoría de las poblaciones de Italia y Francia, en las que no se ha podido utilizar a fondo la poderosa palanca de los créditos hipotecarios. Por último, en el orden agrario, en un momento en que el aumento de población reclamaba más medios de subsistencia, y esto requería la mecanización de la agricultura, la transformación de unos cultivos y la introducción de otros, la Ley Hipotecaria ha ayudado eficazmente a allegar los capitales precisos».

Esto lo escribía LACRUZ en 1957. Pero desde entonces se ha incrementado la actividad y los controles registrales: la vigilancia fiscal, plasmada en el artículo 254 LH se extiende ahora al IRPF en las transmisiones realizadas por no residentes. La observancia de la Ley del Suelo —que afecta también a los Notarios— exige nuevos requisitos para practicar determinadas inscripciones. Lo mismo ocurre con la Ley de Costas, la Ley de Control de Cambios y la Ley de Inversiones Extranjeras. Además ahora hay que practicar determinadas notificaciones conforme a los artículos 1.453 y 1.492 de la LEC y facilitar informes a las Magistraturas de Trabajo y a los organismos de Hacienda, proceder a la formación de ficheros informatizados, etc.

Creemos que ya, poco más se le puede exigir a una institución como es el Registro de la Propiedad.

Y tenemos que hacer constar que, si se pretende que todo —cosas, derechos, instituciones, etc.— tenga una función social, tal vez demasiado exagerada y acusada, llegaríamos a una situación parecida —aunque sea remotamente— a la que nos describe ALDOUS HUXLEY en su novela «Un mundo feliz». También aprovechamos la ocasión para advertir de la peligrosa situación a que nos puede llevar el posible abuso de la informática: aquí nos viene a la mente la magnífica película protagonizada por Charlott y titulada «Tiempos modernos». En ella se critica sarcásticamente cierto grado de industrialización, en que el individuo puede convertirse en una

máquina. Pero lo mismo puede suceder si se alcanza cierto grado de informatización. Puede que la historia no se repita, pero sus concomitancias sí pueden repetirse.

Pero es que, además, todos aquellos controles y requisitos se oponen, en cierto modo, a la inscripción constitutiva, pues el cumplimiento de los mismos supone tiempo —a veces mucho tiempo—, de modo que habrá un período de tiempo más o menos largo desde que se celebre el contrato de finalidad traslativa hasta que éste se inscriba, en que el comprador, cesionario, donatario, etc., no sea aún propietario. Pero resulta que éste quiere serlo inmediatamente, desde el instante de aquella celebración. Hoy, con el otorgamiento de la escritura y la tradición instrumental o simbólica, ya lo es, desde el momento en que se firma la escritura en la Notaría. Será un propietario «relativo» o provisional, o con un título de eficacia relativa, según parte de la doctrina —los italianos FUNAIOLI, CARIOTA FERRARA, CIVIELLO, y el belga DE PAGE—, pero, al fin y al cabo, un propietario.

— La conveniencia de adoptar el sistema de inscripción constitutiva tiene un gran apoyo en el artículo 1.473 del Código Civil:

«Esa eficacia constitutiva en el caso de la doble venta se produce también tratándose de inmatriculación; no porque el comprador sea *tercero latino* del artículo 32 de la Ley Hipotecaria (este tercero tendría que reunir, en mi opinión, los mismos cuatro requisitos del tercero del 34 —me confieso radicalmente monista—), sino porque el comprador, en el caso de doble venta no es tercero hipotecario, sino que es segundo, es parte que contrata con un *verus dominus* —no se ha producido una transmisión anterior, sino sólo un contrato de compraventa anterior (?)—».

Esto último nos parece, por lo menos, discutible. Pero no vamos a entrar en ello porque supondría un examen muy profundo y extenso, que no tendría cabida en unas simples notas. Parece indudable que si se instaura la inscripción constitutiva, más bien diríamos «constitutiva en acto» o «definitivamente constitutiva» —porque para nosotros la inscripción es constitutiva en potencia— desaparecerían los problemas que plantea el artículo 1.473 del Código Civil. Y tal vez desaparecerían de una forma absoluta porque tal artículo —respecto a los inmuebles— ya *no tendría mucha razón de ser*. Pero aquella instauración nos podría salir cara, pues, de momento, sería de consecuencias imprevisibles y como muy dijo el héroe de Shakespeare —Hamlet—, «más vale sufrir el mal presente que en busca ir de lo ignorado». Mejor sería retocar, si acaso, el párrafo 2.º del artículo 1.473.

— «El sistema actual de publicidad sigue siendo el de la tesis intermedia de GÓMEZ DE LA SERNA, que presidió la LH de 1861: ni inscrip-

ción constitutiva ni transmisión consensual del dominio; publicidad declarativa para la eficacia de los derechos frente a tercero. A pesar de esta prudencia varios diputados llegaron a pedir la derogación de la Ley, según recuerda BIENVENIDO OLIVER, así como la antipatía con que fue acogida la Ley, que llegó a convertirse en verdadero odio. El Director General de los Registros, aterrado por el previsible fracaso de la Ley, presentó su dimisión. Esta crisis inicial no se hubiera superado si se hubiese impuesto la inscripción constitutiva».

Hay algo de verdad en ello, pero no tanta como se pretende. Se han superado y corregido muchas de las deficiencias de la Ley primitiva, y no sería cuestión de detallarlas ahora.

Pero análogas críticas que la LH y oposición a la misma, han soportado otras leyes. Concretamente, el Código Civil, en los primeros *cincuenta años* de su vigencia, fue objeto de duras críticas. Ya antes de nacer, la Comisión del Senado que dictaminó sobre él, decía que: «no coincide, verdaderamente, en pocos o en muchos puntos, con los progresos del tiempo, con las necesidades sociales del día y con ciertas ineludibles previsiones que una ley de esta índole no debiera omitir». Luego se le achacaron ya extralimitaciones con relación a la Ley de Bases, ya deficiencias de contenido, ya ausencia de criterio informador, ya falta de un concepto científico en la mayoría de las instituciones, ya plan anticuado y viciosa distribución de materias, ya antinomias irreductibles y defectos de técnica y de redacción. El gran *tournant* en esta tempestad de censuras, como es sabido, fue el profesor DE CASTRO, quien consideró que «los autores del Código Civil merecen respeto y agradecimiento, porque... han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro Derecho y hacer, elegantemente, con los mínimos medios, una buena obra española».

Pero esto no debe acomplejarnos. No somos ni mucho mejores o peores que otros. El hecho de que se tarde mucho tiempo en reconocer los méritos de una obra, no ocurre solamente en el campo del Derecho, ni es inherente al Estado español. Basta con citar al pintor Van Gogh, que murió en la más absoluta miseria —suicidándose—, y hace muy pocos años se vendió un cuadro suyo en la nada despreciable cantidad de nueve mil millones de pesetas, y más recientemente otro en cuatro mil millones.

Pero volvamos a la LH de 1861. Creemos que, lo de menos, fue que el Director General presentara su dimisión —esto sólo nos prueba que se aterraba por cualquier cosa—. Lo importante fue —como escribe GARCÍA GARCÍA con referencia a BIENVENIDO OLIVER— «el auténtico caos que se produjo, debido a las dificultades de aplicación de la Ley, al ser tan diferente al anterior el sistema introducido por ella. Muchos propietarios no pudieron inscribir sus títulos en el plazo que la Ley señalaba. Además, se

presentaban títulos defectuosos, y los Registradores de aquella época, para evitar responsabilidades, rechazaban la inscripción de los mismos. La escasa superficie de las fincas en algunas regiones, como en Galicia, fundamentalmente por la excesiva subdivisión del suelo, impedía la inscripción de muchas de ellas. En fin, los títulos anteriores a la Ley de 1861 planteaban una serie de problemas en cuanto a sus requisitos y efectos.

Por tanto, el principal problema existente tanto en 1861 como en 1869 —año de la primera reforma— era el de la aplicación de la Ley de 1861 y el de las dificultades de la inscripción. Se plantearon las cuestiones de si procedía suspender la aplicación de la LH sólo en cuanto a Galicia y la posibilidad de inscribir documentos privados respecto de las fincas de escasa cuantía, para evitar gastos excesivos. Estos proyectos parciales fracasaron, pero influyeron en la Ley de 1969, que dio facilidades a la inscripción, lo mismo que el Real Decreto de 1875. Así, con respecto a la posesión, la Ley de 1861 admitió su inscripción en base a un procedimiento de titulación supletoria y como una medida de Derecho transitorio, permitiendo la inscripción de la posesión comenzada antes del 1 de enero de 1863. El Real Decreto de 1875 convirtió las inscripciones de posesión en una forma de titulación supletoria *permanente*. El éxito de la información posesoria fue alarmante, y el Registro de la Propiedad corrió el peligro de transformarse en el «Registro de la posesión».

Lo dicho y ocurrido no supone ninguna crítica al legislador. Sólo implica una advertencia de lo que puede suceder si se instaura la inscripción constitutiva.

Creemos realmente que los legisladores de 1861 merecen un respeto profundo por haber hecho una de las leyes más científicas entre las nacionales —E. de M. de la Ley de Reforma de 1944—, tal vez la más científica, podíamos decir. La luminosa Exposición de Motivos de la LH de 1861 es una joya de la literatura jurídica. Los autores de 1861 merecen toda clase de alabanzas, pues supieron aunar las ventajas de la publicidad germánica con la honda raigambre romana de nuestro Derecho tradicional. Con don JERÓNIMO GONZÁLEZ se puede afirmar que la LH de 1861, recogiendo las enseñanzas de los ordenamientos más notables de su tiempo, se puso a su altura:

1. Por subordinar la adquisición del inmueble frente a terceros, a la inscripción, lo mismo que los gravámenes y afecciones.
2. Por desarrollar las anotaciones preventivas de un modo inigualado.
3. Por haber dado el golpe de muerte a las hipotecas tácitas y solidarias.
4. Por haber basado el Registro de la Propiedad sobre los principios de publicidad, especialidad y legalidad.

Es más: pensamos, en definitiva, que tanto los legisladores de 1861 como los de 1944 tal vez superaron a algunos comentaristas, pues introdujeron una inscripción, que en determinados casos podía llegar a ser constitutiva —sea relativa, condicional o potencialmente constitutiva (como decimos nosotros)—, bajo la apariencia de inscripción declarativa.

Concretándonos a los reformadores de 1944-46, éstos fueron muy prudentes. Invocaron una razón para no instaurar la inscripción constitutiva: la de que más del 60 por 100 de la propiedad estaba sin inscribir. Pero había otras. La fundamental pudiera ser que no estaba —ni está todavía— en el ánimo del pueblo, admitir la inscripción «constitutiva pura».

Así pues, aún hoy, después de medio siglo de la última reforma, las consecuencias de aquella instauración podrían ser poco afortunadas. Piénsese, que si la misma se produce, es muy posible que millones de propietarios, de la noche a la mañana, queden convertidos en simples poseedores. Se dirá que, con un buen régimen de Derecho transitorio, esto quedaría resuelto. Pero entonces comenzaría una segunda y penosa travesía del desierto, puesto que si bien la primera LH era de 1861, *cuarenta y nueve años más tarde*, aún fue una gran preocupación —en la reforma de 1909—, el establecer la extinción de efectos de los asientos de las antiguas Contadurías de hipotecas, terminando con una de las mayores perturbaciones del sistema.

Nosotros podemos testimoniar, después de más de treinta y tres años en el ejercicio de la profesión, que la inscripción constitutiva no sería admitida de buen grado, porque aún no está arraigada esta idea —como dijimos— en el ánimo del pueblo —ni siquiera en el de las personas que podrían ser favorecidas por ella—, y como expone LEGAZ y LACAMBRA: «Una Ley es popular cuando se adapta al sentimiento jurídico del pueblo. Caso contrario, éste no la ama, ni la siente como suya, y sólo puede acatarla fría y externamente en las ocasiones indispensables».

Concretándonos al sentir de la mujer y el hombre de la calle, éstos no le dan apenas importancia a los tecnicismos expuestos. A ellos sólo les preocupa la inscripción con tal de que sirva. «Que sirva»: He aquí dos palabras que constituyen todo un propósito y que aspiran a la consecución de un resultado. Que sirva: para la obtención de un crédito hipotecario, para estar más seguro de la propiedad, para que no se pueda anotar un embargo en procedimiento dirigido contra el anterior titular —aunque éste no tenga inscrita su adquisición—, etc. Es una convicción popular que, una vez que se ha inscrito un derecho, éste es más firme y más seguro, aunque lo sea mediante inmatriculación —pues para ello se han publicado los edictos—. Para el inmatriculante de buena fe sería una frustración —y es posible que no lo entendiese y creyese que la Ley es injusta (esta es la forma, poco más o menos, en que se expresa el pueblo, en general)— si llegase a perder su derecho. Afortunadamente no conocimos este supuesto. Nos es-

tamos refiriendo a ciudades de tipo medio, pues en los grandes núcleos de población es muy posible que la inmensa mayoría de la gente tenga una idea muy remota de lo que es el Registro.

Aquel sentir popular está bastante extendido, incluso entre los que ROCA denomina «zurupetos y abogados de manga corta e inferior jurisprudencia». Pero el hecho de que se acepte la inscripción, tal y como hoy está configurada, no significa que se vaya a aceptar la inscripción constitutiva. Por ello lo prudente es esperar. LÓPEZ MEDEL propuso hacerla gradualmente constitutiva. ROCA dice que esta idea tiene su encanto y que podría probarse. Pero entiende que solamente cuando el Registro de la Propiedad haya entrado a fondo en toda España será posible establecer la inscripción constitutiva para todos los casos de mutaciones jurídico-reales derivadas de negocio jurídico. Luego hace una serie de consideraciones, con las que, en términos generales, estamos de acuerdo, y a ellas nos remitimos.

Pero todavía hay algo más que decir si se instaurase la inscripción constitutiva: no habría dobles transmisiones, pero sí podría haber dobles ventas, podrían seguir embargándose inmuebles que no figurasen en el Registro a nombre del demandado, como sucede actualmente (no se consulta el Registro), no desaparecerían —como certeramente señala ROCA SASTRE— las adquisiciones *a non domino*, ni el personaje del tercero hipotecario.

De todas formas, por una teoría o concepción doctrinal, pocas leyes habrán sufrido una modificación profunda. En cambio, una modificación parcial sí puede producirse cuando alguien es capaz de asustar o alarmar al legislador, como ocurrió con el artículo de CARDELLACH en el siglo pasado, «Una duda sobre la Ley Hipotecaria», publicado en la revista jurídica *El Foro*, de Barcelona, introduciéndose en la LH de 1869 el sistema de las notificaciones. Más recientemente, sucedió algo parecido con el artículo 37 de la vigente Ley del Suelo que, al parecer, tiene su origen en el llamado informe «McMillan-Scott», que se presentó a la Comisión de peticiones del Parlamento Europeo en noviembre de 1988.

Creemos que siempre se impondrá la prudencia y el buen sentido. Como dijo ALVARO D'ORS, las dos únicas fuentes de la normatividad jurídica son la jurisprudencia y el reglamento. La primera es la *prudentia iuris*, la revelación de la verdad jurídica, el descubrimiento del Derecho; el segundo es la disposición autoritaria, el establecimiento ordenador, actividad dispositiva que es administración y emana del poder organizado del Estado. El Estado, pues, administra, no crea Derecho; éste es descubierto por los «prudentes»; la fuente viva y siempre actual del Derecho fue, es y será, la doctrina. Y en la cuestión que nos ocupa son más importantes las razones de los juristas que no son partidarios de la inscripción constitutiva «en acto» que las de los que sostienen la afirmativa.

No hemos hablado de la INSCRIPCION OBLIGATORIA, típica del sistema francés: obligatoria, no para las partes, sino para los Notarios, Abogados, Procuradores, Ujieres, etc., que están obligados a pedirla en determinados plazos. Y no hemos hablado de ella porque consideramos que el sistema francés —aun después de las últimas reformas— es un conjunto de chapuzas superpuestas y yuxtapuestas que permitían —según la fórmula del país vecino— «salir del paso». Para empezar, el sistema francés se lleva por personas y por fincas, *pero sólo mediante ficheros*. Estos tienen un valor puramente instrumental, pero resulta *que se puede certificar de ellos*. Esto es una incongruencia. Además, como agudamente observa GARCÍA GARCÍA, no es un sistema ni de folio real, ni de folio personal —aunque tradicionalmente se le venía atribuyendo este carácter—. En realidad se trata de un archivo cronológico de los duplicados de los títulos. Lo cierto es que las circunstancias no ayudaron a que fuese un buen sistema. Tenemos entendido que, en la elaboración del *Code* de 1804 tomó, en cierto modo, parte activa Napoleón, y éste no entendía muy bien que los contratos no produjesen —por sí solos— la transmisión de la propiedad. Malo es que un general —aunque sea un genio de la estrategia— se meta en cuestiones netamente jurídicas. Pero lo peor es que auténticos juristas tengan que acatar su criterio.

En nuestro Derecho, el artículo 313 y concordantes de la LH actual y su Reglamento, así como los artículos equivalentes de las Leyes Hipotecarias anteriores —que creemos que, en la práctica, no se aplicaron ni se aplican— referentes a la llamada «inscripción estimulada» han recibido las más violentas críticas por parte de muchos autores.

ROCA auguró que la fórmula de inadmisión de documentos no inscritos podía poner en ridículo al legislador, y que de hecho quedaría inoperante con el natural desprestigio de la norma y entonces no habría más remedio que tolerar su desuso, quedando por ver el caso que de la misma harían los Tribunales.

GONZÁLEZ PALOMINO dijo: «Reconocer un derecho como eficaz y perfecto en sí mismo y en su adquisición, y negarle amparo por falta de un requisito facultativo que entre las partes no le da fuerza alguna, es absolutamente injusto y absolutamente ilegal (?), ya que nuestro sistema no se ha modificado y el Código Civil sigue intacto».

Un criterio bastante ponderado respecto a dichos preceptos, es el de LACRUZ BERDEJO, y a él nos remitimos.

Lo anterior no quiere decir que seamos partidarios del sistema alemán, que fue considerado por nuestra doctrina, en un principio, como una maravilla de tecnicismo. Pero que en la misma Alemania recibió las más duras críticas por parte de LANGE, HECK y BRANDT, como ya en 1945 puso de relieve, con gran brillantez, URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, en su conferencia «El problema de la causa en la tradición».

Personalmente, tenemos la gran fortuna de que siempre nos gustó mucho lo nuestro —no lo que es de los demás— y esto evita la envidia. Y en el ámbito del Derecho, nos gusta mucho nuestro sistema hipotecario —o registral inmobiliario—, que consideramos como uno de los mejores del mundo. Indudablemente que puede y debe ser perfeccionado, pero sin que deje de ser nunca un Registro «jurídico», integrado en el Ministerio de Justicia y relacionado con el poder judicial, bajo cuya «salvaguardia» están los asientos del Registro, conforme al artículo 1.º LH.

Con lo cual terminamos estas simples notas ¿informativas?, no sin dedicar un recuerdo a JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y a CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, quienes ya moran en el desconocido mundo de la jurisprudencia eterna. Al primero porque sus «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral» y sus anotaciones al «Derecho de Sucesiones», de JULIUS BINDER, nos apasionaron en su día (1958-1962); y al segundo por tratarse de un eminente jurista práctico y un amigo entrañable, inasequible al desaliento.

LINO RODRÍGUEZ OTERO
Registrador de la Propiedad de Vigo

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho de la Unión Europea

1. *Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones*.—En el *BOE* del 29 de mayo se publica el Instrumento de Ratificación de la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones hecho en Ginebra el 22 de diciembre de 1992.

2. *Acuerdo sobre inversiones con Pakistán*.—En el *BOE* del 12 de junio se publica el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de Inversiones entre España y Pakistán, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 1994.

3. *Recomendación sobre medianas y pequeñas empresas*.—En el *DOCE* de 30 de abril se publica la Recomendación 96/280/CE de la Comisión, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas.

4. *Recomendación sobre registros informáticos*.—En el *Boletín de Información Jurídica del Colegio de Registradores* número 16, se recoge el texto de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reproducción de documentos y de registros informáticos, aprobada el 11 de diciembre de 1981.

B) Legislación nacional

Con fecha 7 de junio se han promulgado cuatro Decretos-leyes que se han publicado en el *BOE* del día siguiente:

- Decreto-ley 5, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales.
- Decreto-ley 6, de liberalización de las telecomunicaciones.
- Decreto-ley 7, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.
- Decreto-ley 8, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas.

C) Normas autonómicas

Aragón.—Ley de 14 de mayo, de Cámaras Agrarias.

Galicia.—Ley de 31 de mayo, de Cajas de Ahorro de Galicia.

Murcia.—Ley de 16 de mayo, de Puertos.

II. Información de actividades

1. *Academia Matritense del Notariado.*—Se han celebrado las siguientes conferencias:

- Día 9 de mayo: «Analogías y diferencias fundamentales entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada», por don MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, Notario.
- Día 23 de mayo: «Configuración de instituciones y apertura de nuevos cauces jurídicos por los Notarios», por don JUAN VALLET DE GORTISOLO, Notario y Consejero de nuestra revista.

2. *Colegio de Registradores de la Propiedad.*—En los meses de mayo y junio han tenido lugar las siguientes actividades:

A) *Quince años de jurisprudencia constitucional.*—Se desarrolló en los días 3 y 4 de junio con los temas que siguen:

1. «La propiedad privada en la jurisprudencia del TC». Excmo. Señor Don JOAQUÍN GARCÍA MORILLO, Catedrático de Derecho Constitucional, Letrado del Tribunal Constitucional.

2. «Los arrendamientos urbanos en la jurisprudencia del TC». Excmo. Señor Don RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Magistrado del Tribunal Constitucional, Magistrado del Tribunal Supremo.

3. «El sistema registral en la jurisprudencia del TC». Excmo. Señor Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad, Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.

4. «La aportación de Francisco Tomás y Valiente a la Historia del Derecho Español». Excmo. Señor Don JOSÉ ANTONIO LINAGE CONDE, Notario.

5. «El Tribunal Constitucional quince años después». Excmo. Señor Don ALVARO RODRÍGUEZ BEREJO, Presidente del Tribunal Constitucional.

B) *Jornada sobre «La Unión Económica y Monetaria Europea».*—Se celebró también en el Colegio de Registradores de la Propiedad el 11 de junio, con este programa de intervenciones:

- «El impacto de la Unión Económica y Monetaria sobre la economía española». EMILIO ONTIVEROS BAEZA, Catedrático de Economía de la Empresa.

- «Repercusión de la moneda única europea sobre el crédito hipotecario». LUIS SANCHO MENDIZÁBAL, Abogado.
- «La unión económica y monetaria y el derecho de la competencia». AMADEO PETIT BO, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

C) *Curso: «Actuaciones judiciales y Registro»*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Madrid, mayo-junio de 1996.

Ponentes

VÍCTOR MORENO CATENA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid.

FERNANDO FERNÁNDEZ MARTÍN, Magistrado en el Juzgado de 1.^a Instancia número 18 de los de Madrid.

Día 20 de mayo

«Introducción. La organización judicial española. El régimen de recursos e instancias. Las funciones del juez y del secretario. Los documentos judiciales: clases». Ponente: VÍCTOR MORENO CATENA.

«Concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral». Ponente: FERNANDO FERNÁNDEZ MARTÍN.

Día 27 de mayo

«Coordinación entre Tribunales de Justicia y Registros. Las calificaciones registrales; la calificación del fondo». Ponente: VÍCTOR MORENO CATENA.

«Derecho de familia y Registro». Ponente: FERNANDO FERNÁNDEZ MARTÍN.

Día 10 de junio

«Anotaciones preventivas. Embargo del rebelde. La tercería registral». Ponente: VÍCTOR MORENO CATENA.

«Derecho concursal y Registro». Ponente: FERNANDO FERNÁNDEZ MARTÍN.

Día 17 de junio

«Medidas cautelares y provisionales y Registro en las leyes especiales».

Ponente: VÍCTOR MORENO CATENA.

«Ejecución registral de las sentencias. Embargo ejecutivo y auto de adjudicación». Ponente: FERNANDO FERNÁNDEZ MARTÍN.

Día 24 de junio

«Los procesos penales y el Registro. La anotación de la querella».

Ponente: VÍCTOR MORENO CATENA.

«Los recursos en materia registral». Ponente: FERNANDO FERNÁNDEZ MARTÍN.

3. *Reunión del Consejo de Redacción de la Revista*.—Ha tenido lugar el día 14 de junio la reunión ordinaria en la que se examinó la situación y actividades de la *Revista* durante el curso pasado, con aprobación de los señores consejeros.

Se dedicó un afectuoso recuerdo a la memoria de don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO y don JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, consejeros fallecidos durante el año 1995. También se lamentó la baja, por renuncia, del consejero don ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA, por motivos personales, ya que su caballerosidad y valía le han hecho merecedor de una gran estima entre nosotros.

Por unanimidad y en atención a sus méritos doctrinales y profesionales, se tomó el acuerdo de designar nuevos consejeros a los siguientes señores:

Don LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA.

Don CARLOS LASARTE ALVAREZ.

Don ANTONIO MANUEL MORALES MORENO.

Don ANGEL ROJO FERNÁNDEZ, y

Don JOSÉ LUIS IGLESIAS PRADA.

Estamos seguros de que nos prestarán su valiosa colaboración para mantener y elevar en lo posible el prestigio de la *Revista*.

4. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—El día 17 de junio se celebró sesión solemne para que el académico electo don ENRIQUE RUIZ VADILLO leyera su discurso de ingreso sobre «Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantía de la realización de la justicia. La grandeza del Derecho Penal». En nombre de la Corporación contestó al recipiendario el secretario general de la Academia don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.

5. *Medidas liberalizadoras del suelo.*—En la *Revista de Derecho Urbanístico* se han impartido temas sobre el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, en los días 24 y 25 de junio, con el siguiente programa:

- «El Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo: Necesidad de una reforma». Ponente: Señor PERALES.
- «Los efectos de la liberalización del suelo sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992». Ponente: Señor JIMÉNEZ DE CISNEROS.
- «La Legislación autonómica en materia de urbanismo y suelo tras la Reforma liberalizadora». Ponente: Señor GARCÍA TREVIJANO.
- «La supresión del suelo urbanizable no programado: efectos jurídicos y problemas de aplicación». Ponente: Señor LÓPEZ TOLEDANO.
- «Aprovechamiento susceptible de apropiación y supuestos de rehabilitación y sustitución de la edificación». Ponente: Señor PORTO REY.
- «Competencias municipales. Régimen transitorio». Ponente: Señor MARTÍN HERNÁNDEZ.

6. *XI Congreso Internacional de Derecho Registral.*—El Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER) ha convocado este Congreso que se ha de celebrar en Lisboa en los días 7 a 11 de octubre próximo.

Los temas a estudiar son:

- «La primera inscripción en los Registros de seguridad jurídica».
- «La creación de nuevas fincas o lotes como consecuencia de procesos urbanísticos».

Es de esperar una numerosa participación de Registradores, Abogados y profesionales, especialistas y estudiosos del Derecho Registral de todos los países, dado el carácter especialmente actual de los temas elegidos.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 14 de diciembre de 1995.—INADECUACION DE PROCEDIMIENTO.—Interpretación de normas procesales no lesivas del derecho.—Recurso de amparo.—Sala 2.ª.—Ponente: Señor Mendizábal Allende.—Voto particular del Magistrado Señor García Mon.—(Suplemento del *BOE* del 12 de enero de 1996).

I. *Antecedentes.*—Los recurrentes en amparo interpusieron un recurso donde se dice que su hija sufrió un accidente de circulación a causa del cual falleció. Como únicos herederos de la fallecida, promovieron juicio de menor cuantía reclamando el capital de tres millones de pesetas previsto para el caso de muerte por el seguro de ocupantes. En la demanda alegaban también la nulidad de cierto recibo-finiquito que el padre había firmado al recibir el importe de la indemnización correspondiente al valor del vehículo siniestrado, por entrañar una renuncia, obtenida mediante dolo, a exigir la indemnización o capital correspondiente al seguro de ocupantes por la muerte de la hija. El Juez de Primera Instancia de Sala de los Infantes dictó el 7 de octubre de 1992 Sentencia desestimando la demanda, al considerar válida la renuncia formulada en el referido finiquito y, por tanto, extinguida la acción para reclamar el capital asegurado para el caso de muerte por el citado seguro de ocupantes. Apelaron la mencionada Sentencia y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos dictó otra el 22 de abril de 1993, notificada el 25 de mayo, revocando la de instancia, y apreciando de oficio la inadecuación del procedimiento, dejó imprejuzgada la cuestión de fondo, absolviendo en la instancia a la aseguradora demandada, al estimar que la pretensión debía haberse ventilado por los trámites del juicio verbal, de conformidad con la Disposición Adicional primera de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

En la demanda de amparo denuncian vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24 CE), que imputan a la Audiencia Provincial por haber apreciado improcedentemente la inadecuación de procedimiento, obligándoles a promover un nuevo e innecesario proceso judicial para ejercitar la misma pretensión, con la considerable demora en el tiempo y el considerable incremento de gastos que ello comporta.

Concluyen la demanda con la solicitud de que, otorgando el amparo, sea declarada la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos y se

ordene a dicho Tribunal que, previa celebración de vista, dicte otra nueva abordando el fondo litigioso. También interesaron que, durante la tramitación del recurso de amparo, fuera dejada en suspenso la ejecución de la tasación de costas que, en su caso, pudiera ser practicada por el Juez de Primera Instancia de Salas de los Infantes.

Los demandantes de amparo, en escrito registrado el 2 de febrero, formularon sus alegaciones en las que, tras dar por reproducido el contenido de la demanda, reiteran su petición de amparo. Estiman que la Audiencia no sólo interpretó erróneamente el alcance de la Disposición Adicional primera de la Ley Orgánica 3/1989, ya que en el proceso lo que se discutía no era una acción de resarcimiento de daños sino una acción de incumplimiento contractual, por lo que el procedimiento del juicio de menor cuantía elegido era el adecuado, sino que, además, el problema no es que la citada Disposición Adicional haya sido mal interpretada por la Audiencia de Burgos, puesto que aunque el trámite adecuado hubiera sido el del juicio verbal al que se remite la adicional mencionada, tampoco sería posible, sin infringir el artículo 24 CE, decretar la inadecuación del procedimiento, máxime cuando la demandada nada objetó en este punto a lo largo del proceso ni en la contestación ni en la vista de la apelación, mostrándose conforme con el mismo.

El Fiscal, en escrito presentado el 4 de febrero, interesa el otorgamiento del amparo solicitado. Afirma que el órgano judicial ha realizado una interpretación de las leyes procesales con la que no están conformes los hoy recurrentes en amparo. La interpretación de las leyes es parte de la función que los órganos judiciales tienen atribuida por el artículo 117.3 CE y es doctrina reiterada y uniforme del Tribunal Constitucional tal potestad corresponde a los Tribunales ordinarios y, por tanto, no puede discutirse en amparo, salvo que haya existido error patente en esa interpretación o sea arbitraria y se derive vulneración de los derechos comprendidos en el artículo 24 de la Constitución. La Audiencia motiva su resolución mediante una interpretación normativa que no puede calificarse en sí misma y en principio de errónea o arbitraria. La operación lógica realizada es muy sencilla: compara el objeto de la demanda con lo dispuesto en la tan mencionada Disposición Adicional y llega a la conclusión de que ésta es aplicable, porque los hechos a que se refiere la demanda se ajustan a sus previsiones.

Sin embargo, hay que relacionar esta interpretación con todas las circunstancias concurrentes. En primer lugar, las consecuencias de la misma: los demandantes, si quieren insistir en su reclamación tendrán que presentar nueva demanda para iniciar juicio verbal. Hay que reseñar también que ni el Juez ni la parte demandante pusieron nunca en cuestión la validez del cauce procesal. La demandada se opuso a la reclamación alegando que el fallecimiento de la hija de los demandantes no era un riesgo cubierto y que además el «recibo finiquito» era totalmente válido y en base al mismo había que entender totalmente saldadas las consecuencias indemnizables derivadas del siniestro. Por su parte, el Juez desestimó la demanda al reputar válido el referido documento. Circunstancia también a tener en cuenta es la de que el procedimiento de menor cuantía por su propia naturaleza ofrece mayores garantías que el sencillo juicio verbal, lo cual se evidencia por una simple lectura de las normas aplicables a uno y otro procedimiento. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias en relación con reiterado y uniforme criterio del Tribunal Constitucional de que la aplicación del artículo 24.1 CE debe ser guiada por un principio finalista y por un rechazo de los formalismos enervan-

tes, puede llegarse a la conclusión de que la interpretación de las normas procesales relativa a los procedimientos realizada por la Audiencia es errónea y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a los recursos. Habría pues que aplicar el artículo 24.1, en virtud de ese carácter finalista, teniendo en cuenta en cada caso la naturaleza y fines de cada tipo de procedimiento, la *ratio* de cada uno de ellos. La valoración de si ha habido o no vulneración del derecho vendrá influida, lógicamente, por este carácter.

El legislador dispuso la vía del juicio verbal para las reclamaciones derivadas de hechos relativos a la circulación, tratando de encauzar los litigios por una vía procesal sencilla que facilitara su resolución, lo cual beneficia a todas las partes, especialmente a quienes reclaman. En el caso de autos, los demandantes propugnaron otra vía procesal que se siguió siendo ellos en principio los más interesados en utilizar la más sencilla. La demandada nada opuso y no puede pensarse que se produjera indefensión para ella, pues el procedimiento seguido ofrece mayores garantías. Es también reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional de rechazo de los formalismos enervantes y desproporcionados. La interpretación de los requisitos y formas de las secuencias procesales no debe hacerse en el sentido menos favorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Claro es que esto no supone, según el propio Tribunal ha dicho (STC 16/1992, entre otras), que deba entenderse este criterio de manera tan automática que conduzca *sic et simpliciter* al desconocimiento e ineficacia total de los presupuestos procesales. Es cierto también, como dice la Audiencia, que las normas sobre jurisdicción y procedimiento tienen carácter de Derecho necesario y no pueden ser derogadas ni eludidas por la voluntad de las partes. En principio, pues, no se las puede calificar de meras formalidades. Sin embargo, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso, la decisión de la Audiencia resulta desproporcionada y totalmente opuesta al principio de economía procesal.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha denegado el amparo, según se razona en los fundamentos jurídicos que siguen, pero uno de los Magistrados disiente por los motivos que se expresan en el voto particular.

II. *Fundamentos jurídicos.*—1. En un diseño abocetado pero suficiente para el efecto que ahora se pretende, los trazos principales de la pretensión de amparo coinciden en alguna parte con los de la acción ejercitada ante el Juez de Primera Instancia de Salas de los Infantes por el cauce del juicio de menor cuantía pidiendo a la compañía de seguros una indemnización por la muerte de su hija en accidente de tráfico, como ocupante de un automóvil. Desestimada tal demanda, al dar el Juez por buena la renuncia contenida en un cierto recibo-finiquito y apelada su Sentencia, la Audiencia Provincial de Burgos la revocó por considerar inadecuado el procedimiento seguido para sustanciar la acción ejercitada, pronunciamiento tomado de oficio en virtud de la Disposición Adicional primera que contiene la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, cuyo texto dice así:

«1. Los procesos civiles, cualquiera que sea su cuantía, relativos a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor, se decidirán en juicio verbal.»

Se pide la nulidad de la segunda Sentencia por haber incurrido en error con ocasión de interpretar tal precepto legal y por ocasionar con ello una dilación indebida del proceso, reproches ambos cobijados bajo el amplio manto de la tutela judicial efectiva y sus poliédricos aspectos instrumentales contenidos una y otros en el artículo 24 de la Constitución. Dada la situación, sus líneas maestras —desde la perspectiva que nos ocupa— guardan una notable analogía con los casos juzgados en tres Sentencias nuestras: 20/1993, 250/1994 y 37/1995. En principio, parecería suficiente una remisión a su texto, eximiéndonos de un mayor esfuerzo dialéctico, si no lo impidiera el derecho del demandante a conocer la motivación por extenso y ajustada a su planteamiento, cuando por otra parte esos precedentes jurisprudenciales permiten vaticinar aquí mismo el fracaso de la pretensión que ejercita.

2. Pues bien, situados en el perímetro del derecho a la efectividad de la tutela judicial, desde la concepción genérica y global que parece la más adecuada al caso, es claro que conlleva varias exigencias entrelazadas. La primera de ellas, que la pretensión formulada ante el Juez competente al efecto reciba una respuesta no sólo en la primera instancia, sino también en los demás grados procesales, si los hubiere, sean ordinarios o extraordinarios. En tal sentido hemos dicho muchas veces, en estas o en otras palabras, que una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial, tal y como se regula en ellas, y por tanto puede resultar menoscabada si se impide el acceso a las instancias supraordenadas arbitrariamente o con fundamento en un error material (SSTC 55/1993 y 28/1994). Tal respuesta, por otra parte, ha de recaer en principio sobre el aspecto sustantivo de la controversia, lo que en el lenguaje forense suele llamarse el fondo de la cuestión, aun cuando también pueda consistir, según los casos, en una resolución sobre los aspectos extrínsecos o formales de la pretensión, como su admisibilidad o la extinción del proceso, que impida llegar a ese fondo. Ahora bien, «esto sólo puede ocurrir cuando la inadmisión se funde en razones establecidas por el legislador, que deba al mismo tiempo considerarse como proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales pretenden atender» (STC 43/1985).

A este tipo pertenece, sin duda, la causa de inadmisibilidad consistente en que el procedimiento elegido por el demandante no fuera el adecuado para tramitar su pretensión, en virtud del precepto legal más arriba transcrito, con un enunciado abstracto. La determinación de su contenido forma parte de la tarea privativa del Juez ordinario por estar implicadas en ella las operaciones jurídicas que son inherentes a la función de juzgar, cuya es según la Constitución. La selección de la norma, incluso en su dimensión temporal, su interpretación y la concreción del supuesto de hecho mediante la admisión de las pruebas pertinentes y la valoración de ese acervo, en su caso, no resultan fiscalizables en sede constitucional, salvo que se desviaren notoriamente de la racionalidad, como directriz de la decisión, para incurrir en la arbitrariedad, proscrita por el artículo 9 de la Constitución. En definitiva, «el cumplimiento de los requisitos procesales es de orden público y de carácter imperativo y escapa al poder de disposición de las partes y del propio órgano jurisdiccional» (STC 90/1986), pudiendo ser comprobado y exigido por el propio juzgador *ex officio*, sin excitación de parte.

3. En el caso que ahora nos ocupa hubo una Sentencia y, por tanto, respuesta judicial adecuada dentro del marco así diseñado, donde se perfila

esta faceta de la tutela jurisdiccional, aun cuando enfocara su atención en un aspecto extrínseco de la pretensión y la considerase inadmisibile por su carencia manifiesta de fundamento. Determinarla en todos sus posibles aspectos, competencia exclusiva y excluyente de la Audiencia Provincial en este caso, comprende por una parte seleccionar los factores que componen el objeto del proceso en su doble dimensión, tanto lo que se pide como la razón de pedirlo, *causa petendi*, y, una vez hecho, comprobar su viabilidad mediante un enjuiciamiento *prima facie*, apriorístico y rápido, pero no apresurado y nunca superficial, a la luz de las normas y de la doctrina legal del Tribunal Supremo, si la hubiere. Existiendo, pues, un tipo de proceso —el juicio verbal— previsto expresamente con la función de sustanciar las demandas para la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por accidentes de tráfico, sin que la pluralidad de procedimientos en función del objeto o la cuantía de la pretensión sea, en principio, reprochable constitucionalmente, la conclusión a la cual llega la Audiencia Provincial parece razonable y además aparece razonada suficientemente, cumpliendo así con la exigencia constitucional de que las Sentencias sean siempre motivadas (art. 120.3 CE), extendida a los Autos pero no a las providencias por la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya incorporación como un elemento de la tutela judicial efectiva se produce sin violencia conceptual alguna con una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan (y, en su caso, éste de amparo). Actúa, en definitiva, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad (ATC 77/1993 y STC 28/1994). Nada obsta, pues, al pronunciamiento enjuiciado aquí y ahora, visto desde tal perspectiva.

Sin embargo, conviene a nuestro propósito dar un paso más en este discurso y enfatizar que no sólo parece razonable la interpretación dada a la norma por la Audiencia, sino que en definitiva, sobre ella no se ha producido polémica alguna. Las argumentaciones del demandante y del Fiscal coinciden en aceptar que el objeto de la pretensión —una indemnización de daños y perjuicios con ocasión de un accidente de tráfico— encaja en la norma legal que para tal supuesto prevé su enjuiciamiento en juicio verbal. La solución sería, por así decirlo, técnicamente correcta pero mecánica y con marginación de principios como el de economía procesal, dando ocasión por otra parte a una dilación indebida del proceso. Las dos versiones, mecanicista y espiritualista, son plausibles y precisamente esa condición impide aquí y ahora terciar en la cuestión mientras ambas respeten las garantías constitucionales. El planteamiento así diseñado se reduce a la determinación del sentido y alcance de una norma jurídica en el plano de la legalidad. No obstante, está claro que la presencia de dos razonamientos que conducen a resoluciones dispares nos fuerza a comprobar nada más, pero nada menos, si ha sido desconocido o menoscabado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva desde la única perspectiva que se nos brinda, como es el efecto práctico de la absolución en la instancia por inadecuación del procedimiento que no impide el acceso a la justicia pero obligaría, si se mantiene, a empezar de nuevo ante el Juez de Primera Instancia. No cierra la puerta sino que indica otra distinta, practicable sin dificultad alguna por no haber plazos de caducidad para el ejercicio de esta acción civil.

4. Una vez llegados a la conclusión de que no hay denegación de justicia por haberse dictado correcto el pronunciamiento judicial en virtud de una in-

interpretación plausible de la norma legal, va de suyo que tampoco se da la dilación indebida en este proceso concreto. Nadie osaría negar que lo dicho por la Audiencia Provincial provoca inexorablemente una demora en la solución final del pleito, como la ha producido también este recurso de amparo, pero nadie desconoce tampoco que el retraso, además de su realidad material ha de tener una dimensión jurídica negativa, indicada por su calificación como «indebido», que no le corresponde a éste. Efectivamente, mal se compadece con esa condición la circunstancia de que el volver a empezar es imputable, en primer lugar, a quien hoy demanda amparo que, con asistencia de abogado, eligió el camino idóneo, a su juicio, para ejercitar su pretensión y que a la postre resultó equivocado como consecuencia de la aplicación de una norma legal en una materia de orden público, imperativa e indisponible (STC 90/1986).

La dilación indebida, como enervadora del derecho fundamental a obtener una efectiva tutela de los Jueces y Tribunales, ha de tener su causa en la actuación de aquéllos, titulares uno a uno del Poder Judicial, que han de impartir justicia dentro de un tiempo razonable (STC 250/1994) en función de las características del litigio (Sentencia del TEDH, 23 de noviembre de 1992, caso Ruiz Mateos). Siendo ello así, no puede considerarse menoscabado por una Sentencia que con ocasión del planteamiento procesal elegido espontáneamente por el actor, interpreta plausible y razonadamente en el ejercicio de la potestad de juzgar una regla de ineludible observancia, haciendo realidad el imperio de la Ley. En realidad, por otra parte, el agravio del demandante mira más al futuro, por ser su fundamento el retraso que produciría la necesidad de iniciar una segunda vez el procedimiento judicial. Un tal alegato queda extramuros del amparo constitucional, cuya finalidad consiste en reparar las lesiones reales, efectivas e individualizadas de los derechos fundamentales y no a prevenir las futuras, eventuales o hipotéticas. No basta con el peligro, más o menos probable, sino que es requisito *sine qua non* el resultado dañoso para la libertad o el derecho fundamental.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Reguerual a la Sentencia dictada en el recurso de amparo 1.615/93

Entiendo, frente al criterio de la mayoría, que ha debido estimarse el presente recurso de amparo porque el cauce elegido por los demandantes en el proceso antecedente —el juicio de menor cuantía— permitía con mayores garantías de defensa para ambas partes resolver el problema planteado que el juicio verbal al que les remite la Sentencia impugnada y que, por entender que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria resuelta razonablemente por la Audiencia Provincial de Burgos, resulta confirmada por la Sentencia de la mayoría.

1. El problema debatido está minuciosamente recogido en el antecedente primero de la Sentencia —al que me remito— y resumido en su primer fundamento. Queda claro que lo controvertido esencialmente en el proceso era si el documento suscrito por los actores y la demandada, liquidaba con carácter de finiquito la responsabilidad de ésta como aseguradora del vehículo siniestrado o si, por el contrario, como plantearon en su demanda los actores, dicho documento sólo estaba referido a los daños materiales y no cubría la indem-

nización que se reclamaba de 3.000.000 de pesetas por el fallecimiento de la hija de los demandantes, conductora del automóvil siniestrado. La Sentencia de instancia apreció que dicho documento liquidaba el siniestro en todas sus dimensiones —daños materiales y corporales— y frente a ella se alzaron los demandantes en apelación, dictándose por la Audiencia la Sentencia que, anulando todas las actuaciones, les remitía al juicio verbal por estimar de oficio la inadecuación del procedimiento con base en lo dispuesto en la Disposición Adicional primera de la LO 3/1989, de 21 de junio.

El problema planteado en el recurso de amparo puede, pues, sintetizarse en la siguiente pregunta: ¿Deben los actores iniciar el juicio verbal al que les remite la Sentencia impugnada, o pueden obtener en el proceso de menor cuantía utilizado la tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas que les garantiza el artículo 24 de la Constitución? La respuesta, en mi criterio, no podía ser otra que, dadas las circunstancias del caso, considerar que no era inadecuado el procedimiento elegido por el demandante y que, por tanto, coincidiendo con el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, no merecía la nulidad de actuaciones acordada de oficio por la Sentencia impugnada.

2. En la STC 20/1993 (fundamento jurídico 5.º, *in fine*), declaramos. «Ciertamente, el artículo 24 de la CE no incluye un derecho fundamental a procesos determinados; son los órganos judiciales los que aplicando las normas competenciales o de otra índole han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte actora (STC 2/1986). Pero si el seleccionado por el demandante objetivamente cumple el presupuesto de la adecuación, no puede imponerse un cauce procesal distinto».

Pues bien, esto es cabalmente lo ocurrido en este caso en el que, como hemos visto, el tema planteado y objeto único de la apelación era el siguiente. si el documento suscrito por las partes tenía la eficacia de dejar totalmente liquidada la responsabilidad de la aseguradora por el siniestro —como ésta entendía y estimó la Sentencia de instancia— o si, por el contrario, como sostuvieron los recurrentes en su recurso de apelación, la indemnización correspondiente al fallecimiento de su hija, conductora del vehículo siniestrado, no estaba comprendida en dicho documento. Es explicable —si no necesario— que para resolver esta cuestión que ya se planteaba en la demanda, se acudiera por los actores al juicio de menor cuantía y no al juicio verbal. Así lo estimó el Juzgado, así lo entendieron ambas partes y así, en mi criterio, hemos debido apreciarlo.

3. En el fundamento 1.º de la Sentencia se citan como Sentencias de este Tribunal cuya doctrina bastaría para desestimar este recurso, las SSTC 20/1993, 250/1994 y 37/1995. Paradójicamente la primera de ellas nos ha servido de base en el apartado anterior para razonar sobre la estimación del recurso de amparo; la tercera (STC 37/1995) no guarda más relación con este caso que la de reducir —como ahora reducimos— la protección de este Tribunal al derecho consagrado en el artículo 24 CE, pero fuera de eso, de autolimitar nuestra función en materias procesales (criterio del que disenti en el voto particular formulado a la misma), no tiene similitud alguna con el problema que aquí se ventila que no es de acceso a los recursos —como era en la STC 37/1995— sino de acceso a la jurisdicción por un cauce adecuado a la acción ejercitada.

Por tanto, de las tres Sentencias que se citan en el fundamento 1.º, sólo la doctrina contenida en la STC 250/1994, por guardar *casi* identidad con el caso ahora planteado —juicio verbal de la Ley 3/1989, o juicio de menor cuantía—

conduciría a la desestimación del presente recurso como se hace en la Sentencia de la mayoría. Sin embargo, atendidas las circunstancias concretas concurrentes en el presente caso, como ha de hacerse en el amparo constitucional, la solución no puede ser la misma, y no sólo porque en el supuesto resuelto por la indicada Sentencia la excepción de inadecuación del procedimiento fue opuesta por la compañía aseguradora, parte demandada en el proceso, mientras que aquí la aseguradora no ha opuesto reparo alguno al procedimiento de menor cuantía elegido por la actora; sino porque, y esto es lo esencial y quizá la razón de la conformidad de ambas partes con el procedimiento seguido, se da una circunstancia cuyo conocimiento y decisión excedía o podía exceder de los estrechos límites del juicio verbal. Se trata, como hemos recogido anteriormente, de que la responsabilidad reclamada a la aseguradora dependía de la validez o nulidad del recibo finiquito al que ya nos hemos referido. Esta circunstancia dota al proceso de una complejidad que hace explicable la decisión de los actores de optar por el juicio de menor cuantía y que diferencia el caso del resuelto por nuestra STC 250/1994, cuya doctrina no debe aplicarse con carácter general sino que habrá de ajustarse a las circunstancias del caso concreto.

4. Es cierto que, como hemos declarado reiteradamente, los presupuestos procesales y las normas de procedimiento constituyen cuestiones de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los órganos judiciales dentro de la potestad que a los mismos atribuye el artículo 117.3 CE, pero también lo es, y así lo hemos dicho con la misma reiteración, que esa facultad han de ejercerla sin incidir en excesos rigoristas que conviertan los cauces previstos para la ordenación del proceso en obstáculos insalvables que, en lugar de cumplir esa finalidad, constituyan en sí mismos impedimentos para la solución de los problemas.

Pues bien, como ya hemos dicho, este Tribunal ha declarado que la decisión de los órganos judiciales en materia de procedimiento vulnera el artículo 24 CE cuando elegido por el demandante un procedimiento que objetivamente cumple el presupuesto procesal de la adecuación para sustanciar la pretensión ejercitada en el mismo, el órgano judicial estima que el procedimiento adecuado es otro y ello comporta una resolución que —como la Sentencia impugnada— deja imprejuizado el fondo de la pretensión (STC 20/1993), o cuando la vía procesal elegida ha provocado una reducción o limitación de las garantías procesales de audiencia bilateral y defensa en juicio (STC 248/1994). Esta doctrina determina que las normas que regulan el presupuesto procesal de la inadecuación del procedimiento civil, deban interpretarse en cada caso del modo más adecuado a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, impidiendo que tales normas procedimentales se erijan por sí mismas y al margen de su finalidad en obstáculos insalvables para el pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones discutidas en el proceso; lo que trae como consecuencia que los órganos judiciales, para apreciar de oficio la inadecuación del procedimiento, habrán de tener en cuenta si ofrece o no garantías suficientes para el enjuiciamiento de lo que sea objeto del pleito. En el presente caso, conviene reiterarlo, los demandantes del amparo en atención a las circunstancias de la pretensión ejercitada en el proceso, eligieron la vía del juicio de menor cuantía que ofrecía a ambas partes mayores garantías que las del juicio verbal. Esta elección no puede considerarse arbitraria o carente de justificación conforme a cuanto llevamos expuesto, es decir, a una interpretación de la legalidad procesal que no vulnere la efectividad de la tutela judicial que garantiza el artículo 24 CE.

Tanto el Juzgado como la entidad demandada en el proceso aceptaron el procedimiento del juicio de menor cuantía como el adecuado para ventilar la pretensión ejercitada por los actores. Asimismo, la tramitación del proceso por el procedimiento del juicio de menor cuantía, no supuso limitación o reducción de las posibilidades de defensa de las que hubieran disfrutado las partes de haberse seguido el procedimiento del juicio verbal. Al contrario, las garantías de ambas partes se vieron incrementadas.

Todo lo expuesto ha debido conducir, según mi parecer, a la estimación del presente recurso de amparo: la decisión de la Audiencia de anular todas las actuaciones del proceso al apreciar de oficio en la segunda instancia la inadecuación del procedimiento del juicio de menor cuantía seguido por entender que el procedente era el previsto para el juicio verbal, incide abiertamente en la infracción del artículo 24 CE denunciada por los recurrentes, en su doble vertiente, de no estar justificada la denegación de una resolución del fondo y de provocar dilaciones indebidas, obligando a los actores a iniciar un nuevo proceso para que, sin mayores garantías, se resuelva en él, lo que ha podido y debido decidirse en la apelación del procedimiento seguido.

Entiendo, pues, que, accediendo al amparo solicitado, hemos debido anular la Sentencia impugnada para que la Audiencia Provincial de Burgos resolviera en el fondo la apelación planteada.

Madrid, 14 de diciembre de 1995.—*Fernando García-Mon y González-Regueiral*.—Firmado y rubricado.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
y JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SUBROGACION EN PRESTAMO HIPOTECARIO, LEY 2/1994

1. LA EFICACIA DE LA SUBROGACION DEBE SUPEDITARSE AL TRANS-CURSO DEL PLAZO LEGAL, SALVO QUE QUEDE ACREDITADO —COMO OCURRE EN EL CASO— QUE EL ACREEDOR HA ACEPTADO EL PAGO POR LA ENTIDAD SUBROGADA.
2. LA CERTIFICACION DE LA ACREEDORA SOBRE EL IMPORTE DE LA DEUDA QUE EXIGE EL REGISTRADOR NO ES IMPRESCINDIBLE SOBRE TODO SI SE TIENE EN CUENTA LA DECLARACION DE LA ENTIDAD SUBROGADA Y QUE EL PAGO SE HA ACREDITADO POR RECIBO DE LA ACREEDORA POR «DISTINTOS CONCEPTOS DEL PRESTAMO». (RESOLUCIONES DE 19, 20 Y 21 DE JULIO DE 1995, BOE de 18 de agosto.)

Resolución de 19 de julio de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Villalpando, don Francisco Javier Oñate Cuadros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha localidad, a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Villalpando, don Francisco Javier Oñate Cuadros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha localidad, a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos. I. El día 25 de mayo de 1994, mediante escritura pública autorizada por don Francisco Javier Oñate Cuadros, Notario de Villalpando, don Tomás Asensio Asensio, subrogó al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil y la Ley 2/1994, de 30 de marzo, a la entidad de crédito «Banco de Castilla, Sociedad Anónima» en el préstamo hipotecario constituido en escritura autorizada por el Notario don Luis Codes Dfáz-Quetcuti, el día 9 de marzo de 1993, a favor de la Caja Rural de Zamora, para la financiación de la construcción de un edificio. En la escritura de subrogación la entidad

subrogada declara que la cantidad pagada resulta de la certificación del saldo expedido por la acreedora y se acompaña el resguardo expedido por ésta en que se declara recibido el importe de los distintos conceptos del préstamo.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Villalpando, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento precedente, por advertirse en él los siguientes defectos: a) No se acredita el transcurso del plazo de quince días concedido a la entidad acreedora para enervar la subrogación, contra lo dispuesto en el artículo 3, párrafo 3.º, de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. b) No se incorpora a la escritura ni se aporta con ella certificación de la entidad acreedora relativa al importe total del débito, relacionándose exclusivamente resguardo de la operación realizada, contra lo dispuesto en el mismo precepto antes mencionado. Y siendo subsanables los defectos apuntados, no se toma anotación de suspensión, por no haber sido solicitada.—Villalpando, 5 de julio de 1994.—El Registrador, Antonio Gallardo Piqueras.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: I. Que no se comprende qué tiene que ver el artículo 3, párrafo 3.º de la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios con los obstáculos alegados. Quizá quiera referirse al artículo 2, párrafo 3.º de la expresada Ley. Por tanto, se centrará el recurso en el examen de los requisitos que para la subrogación exige el citado precepto, de acuerdo con el conjunto de la ley antes citada y el resto de ordenamiento jurídico, a los efectos de demostrar la improcedencia de la nota de calificación. II. Que el Registrador alega para suspender la inscripción de la escritura citada, dos defectos de naturaleza puramente formal que son incongruentes, por una parte, con los actos de las partes afectadas y por otra, con la propia nota de calificación. III. Que en cuanto al primero de los aspectos, es claro que el artículo 1.211 del Código Civil exige dos requisitos para que la subrogación se produzca, sin consentimiento del acreedor primitivo, a saber: 1.º Que el deudor haya tomado prestado el dinero en escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y 2.º Que exprese en la carta de pago de procedencia de la cantidad pagada, la Ley 2/1994 establece un sistema diferente para los préstamos hipotecarios cuando el acreedor primitivo y el subrogado son entidades de crédito, que tomando como base lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil, sustituye el requisito de la carta de pago, bien por la declaración que la entidad subrogada efectúe en la misma escritura en el sentido de haber pagado a la acreedora la cantidad adeudada, incorporando a la escritura el resguardo de la operación bancaria efectuada con tal finalidad solutoria (art. 2.3 *in fine*), bien por la consignación notarial de la cantidad calculada bajo su responsabilidad por la entidad subrogada a disposición de la acreedora (art. 2.4). En definitiva, se extiende la doctrina y la regulación establecida por el artículo 153.5 de la Ley Hipotecaria. Los demás requisitos establecidos por el precepto tienen un carácter meramente instrumental. En efecto, si la entidad acreedora emite un certificado por el que admite el pago de crédito hipotecario sin alegar nada en contrario, mal podrá oponer frente al deudor y entidad subrogada el hecho de que la subrogación esté mal hecha por no habersele notificado el propósito de subrogar, pues si el acreedor puede negar sin justa causa el pago (art. 1.176 del Código Civil), ni el derecho del deudor a la subrogación (arts. 1.211 del Código Civil y 2 de la Ley 2/1994), ya que ésta se confiere por el ordenamiento jurídico al deudor. No poder

oponerse al pago ni a la subrogación no implica que el acreedor primitivo resulte desamparado, ya que el legislador ha previsto dos mecanismos energéticos que prueban la realidad y exactitud del pago, requisito esencial de la subrogación: La carta de pago en el artículo 1.211 del Código Civil y el resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria, en el caso de la Ley 2/1994, en sustitución de la anterior. La citada ley establece un procedimiento para los casos en que la entidad acreedora se niegue a recibir el pago y emitir el correspondiente certificado, basado en el depósito notarial de la cantidad calculada bajo su responsabilidad por la entidad subrogada, su notificación notarial a la acreedora y un procedimiento judicial sumarisimo concedido a las entidades a fin de impugnar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, cuya interposición, sin embargo, no impide que la subrogación produzca todos sus derechos y se extienda la oportuna nota marginal en el Registro de la Propiedad (art. 2, párrafos 4.º y 5.º). En conclusión, la Ley 2/1994 exige, para que la subrogación se produzca, acreditar fehacientemente una de estas dos circunstancias: El pago, a través del oportuno resguardo bancario incorporado a la escritura de subrogación, o la consignación ante Notario de la cantidad adeudada que la entidad subrogada haya calculado bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error. Que los párrafos 2.º y 3.º del artículo 2 de la Ley 2/1994, establecen una serie de obligaciones a las entidades de crédito acreedora y subrogada tendentes a facilitar al deudor el ejercicio de su facultad de subrogar. La entidad que pretenda la subrogación debe emitir una oferta vinculante al deudor en la que figuren las condiciones del nuevo préstamo y la aceptación por parte de éste. Ello implica su autorización para que la notifique a la entidad acreedora y ésta le entregue en el plazo de siete días certificación del importe del débito por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar. Que la ley establece que para enervar la subrogación la entidad acreedora deberá formalizar con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario en el plazo de quince días desde la entrega, que no ha de constar necesariamente en escritura pública ni inscribirse en el Registro de la Propiedad para que produzca plenos efectos *inter partes* (arts. 144 de la Ley Hipotecaria y 240 del Reglamento Hipotecario y Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1986). La ley sólo exige incorporar a la escritura de subrogación la certificación bancaria acreditativa del pago. Que en la certificación incorporada consta el saldo deuda y la parte de pago correspondiente a amortización de capital y de intereses, por lo que el defecto alegado por el Registrador carece de fundamento. En definitiva, para la ley está muy claro que los derechos del acreedor primitivo quedan suficientemente defendidos acreditando fehacientemente el hecho del pago o la consignación. V. Que del examen del artículo 5 de la Ley 2/1994, se desprende que para que el Registrador deba practicar la nota marginal expresiva de la subrogación, bastará con que se cumplan los requisitos del artículo 2, aunque del tenor literal del precepto cabría deducir que deben acreditar en la escritura pública de subrogación el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos del procedimiento que establece el artículo 2, debe descartarse esta interpretación por los siguientes argumentos: 1.º Interpretación literal del artículo 2.3 de la Ley 2/1994; 2.º Interpretación lógico-racional del artículo 2 de la Ley 2/1994, no es lógico exigir más requisitos para la subrogación por pago que para la subrogación por consignación; 3.º Interpretación sistemática de la Ley 2/1994, los artículos 1.211, 7, 1 y los relativos al pago y la consignación del Código Civil y el artículo 241 del Re-

glamento Hipotecario, 4.º La interpretación histórica y finalista de la citada ley y sus antecedentes históricos y legislativos. VI. Que de acuerdo con los argumentos expuestos, la recta interpretación de los artículos 2 y 5 de la Ley 5/1994 es que las entidades de crédito deben facilitar a los deudores el ejercicio de la subrogación, colaborando con éstos mediante la notificación del propósito de subrogar a la entidad acreedora; ésta debe emitir en el plazo de siete días el certificado del saldo deudor pudiendo enervar la subrogación en el plazo de quince días, no pudiendo entretanto rechazar el pago, dado que ningún precepto legal le autoriza para ello, sin perjuicio de su facultad de enervar la subrogación ya producida mediante la formalización de la novación modificativa del préstamo. Si la entidad acreedora no emite el certificado o no admite el pago, el deudor puede subrogar consignando notarialmente la cantidad acreditada por la entidad subrogada y si aquélla admite el pago, el certificado solutorio incorporado a la escritura es prueba suficiente de que la subrogación se ha producido y, por consiguiente, debe tener acceso a los libros registrales.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó:

1.º Que la facultad de enervar se concede a la entidad acreedora como medio de defensa de su situación jurídica crediticia y, en conjunto, de su posición en el mercado; se trata de un recurso concedido al primitivo acreedor para, evitando el perjuicio económico que para su cartera supone la pérdida de parte de su activo, mantenga la posición crediticia de una manera leal: Recondiciendo la reglamentación de intereses de su crédito a las reinantes en el mercado (representadas por las ofertas de nuevo acreedor) de tal manera que no se perjudique al deudor. Ese es el sentido literal del precepto y el que se deduce de los antecedentes históricos de la figura. También éste es el espíritu de la Ley de 1994, trasladar la mejora de las condiciones económicas a los tipos de interés, permitiendo su reducción en beneficio del deudor, pero sin perjuicio del primitivo acreedor. Que no se puede entender una interpretación que reduce un derecho subjetivo a mera formalidad o instrumento al servicio del interés de persona distinta de su titular. Este derecho subjetivo consiste en la facultad de su titular de impedir la subrogación sólo si logra formalizar una novación modificativa de su crédito con el deudor, dentro del plazo de los quince días; novación que habrá de contener, como mínimo, condiciones iguales, sino mejores, que la oferta del nuevo acreedor. Con ello se protegen, a la vez, tres intereses: a) El del acreedor primitivo, b) El del deudor, y c) El mercado bancario. Como se ve no se trata de un mero instrumento, sino de un derecho subjetivo pleno. 2.º Que el recurrente se le escapa que ese derecho a enervar la subrogación no se concede al primitivo acreedor para impedir que se le haga un pago parcial y, por tanto, indebido, pues tiene un sentido distinto que es permitir al primitivo acreedor entrar en competencia con el oferente, haciendo por su parte una oferta aún mejor que la recibida por el deudor. De esta manera la defensa del interés del deudor, del acreedor y del propio mercado exige respetar el transcurso del plazo de quince días que la ley concede para mejorar la oferta en ejercicio del derecho a enervar. Un plazo y un derecho que no se extinguen por la expedición del certificado, que es indispensable para ejercitar el derecho a enervar y no una causa de extinción del derecho. 3.º Que es obvio que habrá de probarse el plazo para que la subrogación tenga lugar, mediante la incorporación del correspondiente resguardo a la escritura y si no puede verificarse el pago por causa imputable al primitivo acreedor, habrá de forzarse a éste a la subrogación mediante la consig-

nación prevista en el propio precepto. Pero, además, haya que respetar la facultad de enervar. 4.º Que el Notario al autorizar el documento puede y debe asegurarse del cumplimiento de todos los requisitos establecidos por la ley para la validez del acto (arts. 147 y 148 del Reglamento Notarial). El Registrador, al inscribir el derecho, debe calificar todos los elementos del acto, incluyendo los requisitos legales de validez (art. 18 de la Ley Hipotecaria); se trata del principio de legalidad. En concreto, al establecer la ley un derecho de enervar ejercitable en el plazo perentorio de caducidad (quince días), podría y debería acreditarse, para inscribir el derecho contradictorio derivado de la subrogación, que dicho plazo ha transcurrido. Como esa novación modificativa es inscribible en el Registro, si una vez transcurrido el plazo no consta inscrita, en nada podría perjudicar al tercero (nuevo acreedor); pero es imprescindible que haya transcurrido el plazo de quince días entre la certificación y el acto subrogatorio. Que el defecto se califica como subsanable porque como en la escritura no se da fe de la fecha de la certificación, podía ello hacerse constar en acta de subsanación por el propio Notario (art. 15 del Reglamento Notarial). 5.º Que la subrogación por consignación del párrafo 4.º del artículo 2.º de la Ley, sólo es posible en dos supuestos: a) cuando la entidad acreedora no hubiera comunicado la cantidad acreditada mediante la entrega de la certificación; b) cuando la entidad acreedora se negare por cualquier causa a admitir su pago. 6.º Que en realidad el artículo 5 se refiere a la notificación de la consignación que, en su caso, haya realizado la nueva entidad. Que, finalmente, en relación con el tercero a que se refiere el recurso, téngase en cuenta que el Registro no sólo protege a los terceros, sino junto a ellos al titular inscrito, que en este caso no es sino el acreedor primitivo, y proteger el derecho a enervar, como facultad que legalmente va implícita en el derecho de hipoteca inscrito, es una exigencia del principio de tracto. Que aunque el escrito del recurso no parece hacer referencia al segundo de los defectos apuntados en la nota de calificación, hay que decir que la aportación de la certificación de la entidad acreedora es un requisito indispensable para comprobar la regularidad del pago solutorio, que, a su vez, es un requisito esencial de la subrogación y la función calificadora del Registrador debe extenderse al mismo.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó la nota del Registrador fundándose en que la escritura en cuestión adolece de los requisitos, que con carácter esencial e indispensable exige la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y tal situación jurídica, mientras no se subsane, veda el acceso del documento al Registro.

El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 243 del Reglamento Hipotecario, que es perfectamente aplicable al caso de la subrogación por analogía.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 1.211 y 1.213 del Código Civil y 2 y 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

1. En el presente recurso se cuestiona si es o no inscribible una escritura de subrogación en un préstamo hipotecario a la que el Registrador achaca dos defectos: Que no se acredita el transcurso del plazo de quince días durante el

cual la entidad acreedora puede enervar la subrogación (art. 2, párrafo tercero de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios), y que no se incorpora a la escritura ni se aporta con ella certificación de la entidad acreedora relativa al importe total del débito.

2. Respecto del primero de los defectos recurridos, la ponderación de los elementos gramaticales, lógico y sistemático en la interpretación del párrafo 3.º del artículo 2 de la Ley 2/1994, conduce a la estimación del defecto impugnado. Por una parte, se configura la enervación como un verdadero derecho de la entidad acreedora. Por otra, el objetivo de la ley, cual es el de facilitar que el deudor pueda beneficiarse de la bajada generalizada de los tipos de interés, no puede llevarse al extremo de menoscabar sin causa justificada el no menos legítimo interés de la entidad acreedora de mantener la titularidad del crédito siempre que ello sea en las mismas condiciones económicas que las ofertadas por la entidad que pretenda la subrogación. Por último, debe considerarse que se trata de una normativa de carácter excepcional respecto de las reglas generales de la obligatoriedad de los contratos (arts. 1.258 y 1.091 del Código Civil) y de las normas hipotecarias que previenen la necesidad del consentimiento del titular de un asiento registral para su modificación (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria) lo que reclama, por consiguiente, una interpretación estricta. Todo ello determina que la eficacia de la subrogación prevista en el artículo 2 de la ley comentada deba supeditarse al transcurso del plazo de quince días previsto en la norma cuestionada, salvo que con anterioridad la entidad acreedora manifieste su decisión de no proceder a la modificación de su crédito en las condiciones que se le comunican por la entidad que pretende la subrogación (vid. párrafo 2.º del art. 2.º de la Ley 2/1994), o que quede debidamente acreditado que la entidad acreedora ha aceptado plenamente el pago efectuado por la entidad que pretendía la subrogación (vid. arts. 1.159, 1.210.2º y 1.211 del Código Civil).

3. En cuanto al segundo de los defectos ha de reconocerse que la certificación del importe de la deuda no constituye requisito imprescindible de la subrogación, en tanto en cuanto si falta, podrá ser sustituido por el cálculo que de la cantidad debida realice la entidad prestamista que pretende subrogarse. Se trata, más bien, de una exigencia prevista para facilitar la subrogación, por la seguridad de la certificación implica para que la entidad prestamista conozca el importe del débito, y una carga que se impone a la entidad acreedora que desee ejercitar el derecho de enervar la subrogación. Por ello, el artículo 2 de la Ley 2/1994, para que la subrogación surta efectos, exige únicamente que a la escritura pública se incorpore un resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutaria, mientras que respecto de la coincidencia entre la cantidad que resulta de dicho resguardo y la acreditada por la entidad acreedora exige la mera declaración de la entidad subrogada. Debe advertirse que, aparte la responsabilidad que asume esta entidad, los intereses de la acreedora no quedan comprometidos, ya que de no ser exacta, dicha declaración cuenta aquélla con la posibilidad que el artículo 1.213 del Código Civil reconoce para ejercer su derecho por la cantidad no pagada, con preferencia a la entidad subrogada. A mayor abundamiento, en el presente caso, además de la declaración hecha por la entidad subrogada de que la cantidad pagada resulta de la certificación del saldo expedido por la acreedora, el pago se ha acreditado mediante resguardo expedido por ésta en el que declara recibido el importe de los distintos conceptos del préstamo referido, sin que deba ahora

analizarse, por no ser cuestionado en la nota de calificación, si este resguardo contiene o no datos identificativos suficientes sobre el pagador y el préstamo que se paga.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 21 de julio de 1995.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

COMENTARIO

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de la última etapa constituyen un verdadero sobresalto para los estudiosos del Derecho Inmobiliario Registral, hasta el punto de que la aparición en el *BOE* de alguna resolución de dicha Dirección produce la inquietud previa a su lectura de cuál será en esa ocasión el tema o precepto hipotecario que ha quedado fuera de la circulación.

Las resoluciones de que me voy a ocupar, de 19, 20 y 21 de julio de 1995, que, como muchas veces ocurre, son idénticas y de la misma hornada, por lo que no pueden tener el mismo valor que si se hubiera resuelto el problema reiteradamente con la misma solución en tiempos distintos (lo que en el caso de las sentencias del Tribunal Supremo es «*formar jurisprudencia*»), tratan de dos problemas diferentes a propósito de la reciente Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 30 de marzo de 1994.

No pretendo ocuparme del primero de los problemas planteados, que recibe una acertada y justa solución por parte de dichas resoluciones, y que se refiere al llamado «*derecho de enervación*» de la antigua entidad acreedora, y que para su protección es fundamental que transcurra el plazo de quince días naturales a que se refiere el artículo 2 de la citada Ley. Con esta solución, las citadas resoluciones no hacen más que respetar ese derecho o facultad de enervación, y por tanto, cumplir lo dispuesto en el precepto legal.

Lo que debe motivar preocupación es la forma de resolver y argumentar el segundo de los problemas planteados en dichas resoluciones, consistente en si debe incorporarse a la escritura la certificación de la antigua entidad acreedora relativa al importe de lo que se la debe, como requisito para que se pueda practicar la operación registral de subrogación.

Las tres citadas resoluciones entienden que no es necesaria tal incorporación, permitiéndose argumentar de una forma no convincente, trastocando el orden natural de los argumentos, y si bien, en el concreto caso planteado sonó la flauta por casualidad, por acompañarse un resguardo bancario de la **antigua entidad acreedora**, su doctrina argumentativa puede tener repercusiones erróneas para casos futuros, que no sean idénticos al planteado en esas resoluciones, y concretamente, en los que no se acompañe un resguardo emitido por la antigua entidad acreedora, sino que sea un **resguardo de la entidad pagadora**.

Las resoluciones invierten los argumentos, pues consideran **el argumento principal** que justificaba su solución en el caso concreto, como un argumento «*a mayor abundamiento*», cuando ese argumento es decisivo en apoyo de su doctrina, y prácticamente el único aceptable para justificar la solución dada.

Dicen las resoluciones, después de disparar una serie de bombas de relojería contra lo dispuesto en los artículos 2 y 5 de la Ley de subrogación, lo siguiente: *«A mayor abundamiento, en el presente caso, además de la declaración hecha por la entidad subrogada de que la cantidad pagada resulta de la certificación del saldo expedido por la acreedora, el pago se ha acreditado mediante resguardo expedido por ésta en el que declara recibido el importe de los distintos conceptos del préstamo referido...»*

Pero este es el argumento fundamental, pues el resguardo emitido por la entidad acreedora sin hacer ninguna declaración en contrario, podría entenderse, siempre con buena voluntad, como justificativo de que el pago se adapta a la cantidad certificada por dicha entidad acreedora, pues en otro caso, la misma debería haber hecho la correspondiente salvedad al emitir y entregar dicho certificado.

Lo que no es de recibo es la frase final que dice: *«sin que deba ahora analizarse —por no ser cuestionado en la nota de calificación— si este resguardo contiene o no datos identificativos suficientes sobre el pagador y el préstamo que se paga»*.

Y no es de recibo, porque si la nota calificadora razona a través del requisito de la *«certificación de la entidad acreedora»*, si la Dirección General pretende obviar ese requisito de la nota calificadora argumentando con el requisito del resguardo, ha de ser la propia Dirección General, que es la que plantea la sustitución del requisito de la nota calificadora, la que se preocupe de estudiar si el resguardo reúne o no los requisitos mínimos suficientes para considerarlo como argumento, incluso de los que son *«a mayor abundamiento»*. El Registrador, en la nota calificadora partió de que el resguardo no era suficiente, por lo que no se pudo plantear los requisitos de dicho resguardo. Al cambiar el sentido de la argumentación la Dirección General, entiende que el resguardo sustituye a la certificación, era obligado considerar si el resguardo reunía o no los requisitos mínimos al objeto planteado por la propia Dirección General y no por el Registrador.

¿O es que se piden milagros a la nota calificadora, como si tuviese que prever todas las posibilidades del futuro como una especie de mago o adivino?

Y lo que mucho menos ha de considerarse de recibo es esa serie de bombas disparadas contra la flotación equilibrada del artículo 2 de intereses en juego que, con anterioridad al argumento *«a mayor abundamiento»* señalan las propias resoluciones.

El primer disparo o proyectil argumentativo es *«que la certificación del importe de la deuda no constituye requisito imprescindible de la subrogación, en tanto en cuanto si falta, podrá ser sustituido por el cálculo que de la cantidad debida realice la entidad prestamista que pretende subrogarse»*

Con este proyectil las resoluciones confunden los párrafos y los supuestos del artículo 2 de la Ley.

Hay dos supuestos diferentes: el llamado de subrogación *«con colaboración»* y el de subrogación *«sin colaboración»* (así, acertadamente, García Mas, RCDI, núm. 624, septiembre-octubre de 1994, págs. 1954 a 1958).

La certificación de la antigua acreedora es un requisito previsto para **la subrogación con colaboración**. En cambio, el cálculo realizado por su cuenta por la entidad que se subroga es un requisito previsto para la subrogación sin colaboración, es decir, sin que la primitiva entidad acreedora haya expedido la certificación. El cálculo es para cuando no existe la certificación,

y no para cuando existe. Por tanto, si la certificación existe, no puede ser sustituido por ningún cálculo de la entidad que se subroga. El fallo argumentativo de la Dirección General es clamoroso y resulta de la propia lectura del precepto.

Por otra parte, es clarísimo que el artículo 2 exige como requisito en el supuesto de subrogación «*con colaboración*» la certificación de la primitiva entidad acreedora, e incluso es un requisito central del supuesto, el principal a falta del consentimiento de dicha entidad.

Así resulta de los párrafos segundo y tercero del artículo 2, pues en el párrafo segundo se alude claramente al requerimiento para que «*se entregue la certificación*»; y en el párrafo tercero se dice: «*entregada la certificación*». ¿O es que se prevé todo esto para luego hacer caso omiso de la certificación en perjuicio de la primitiva entidad acreedora?

Por otra parte, el párrafo tercero contiene una frase todavía más reveladora del error de las resoluciones. Se habla de la declaración de la entidad subrogada (o sea, la que se subroga) de haber pagado a la acreedora «*la cantidad acreditada por ésta*». La única forma de saber cuál es la **cantidad acreditada** por ésta por capital, intereses y comisión es a través de la certificación de la entidad acreedora a la que se refiere reiteradamente el precepto.

Por si fuera poco, el último párrafo del artículo 5 de la propia Ley dice que «*bastará para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor*». Es evidente, según ha reconocido la doctrina (así, César García Arango, en *Lunes* 4,30, núm. 146 de 1994), que esa notificación es la segunda y no la primera del artículo 2, es decir, la del párrafo cuarto, pues en otro caso, hubiera sido absurdo que el legislador dijera que ha de cumplirse «*lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley*», ya que la primera notificación es la que inicia todo el presupuesto del artículo 2. Y se confirma por el «*aún*» adverbial que utiliza el citado artículo 5, como refiriéndose a la última de las notificaciones, pues la primera notificación no se adapta al «*aún*», ya que es la que da apertura al precepto, y es la segunda notificación la que da el punto final de los requisitos. Además, el último párrafo del artículo 2 de la Ley despeja cualquier duda, pues refiriéndose al procedimiento ulterior a la «*segunda notificación*», dice que ello es «*sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos*». **Pues bien, si ha de ser cumplido el artículo 2 de la Ley, uno de los requisitos que señala ese artículo 2, y además repetido por partida triple, es el requisito de la certificación del antiguo acreedor.**

En consecuencia, las tres resoluciones pasan por alto no sólo el artículo 2 de la Ley, sino también el artículo 5 de la misma.

A todo eso, la doctrina científica había considerado que debía incorporarse la certificación de la entidad acreedora a la escritura, como no podía ser menos.

Así, por ejemplo, Adolfo Calatayud Sierra señala lo siguiente:

«*Deberá justificarse al Notario que la entidad acreedora ha entregado la **certificación** y el contenido de ésta. Es decir, el original de la certificación deberá entregarse al Notario. Aunque la Ley no lo pide, parece que lo más razonable es que la certificación se incorpore a la escritura como medio de completar y aclarar su contenido*» («El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 1994, pág. 55).

Y Francisco Javier García Mas dice:

«También sería aconsejable, aunque la Ley no diga nada al respecto, el incorporar el certificado que expide la primera entidad por el importe de la cantidad adeudada por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos» («Comentarios a la Ley 2/1994, de 3 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 1994, núm. 624, pág. 1955).

Y la Circular del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, de 16 de junio de 1994, señala:

«A efectos prácticos es muy conveniente, y así se recomienda, aunque no esté previsto en la Ley, que la certificación del importe del débito vivo expedida por la primitiva entidad se incorpore a la escritura, porque permitirá comprobar que el pago realizado es correcto. Además, es congruente con la exigencia de que se incorpore a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada por la entidad oferente».

Son muy acertadas todas estas opiniones sobre incorporación a la escritura de la certificación del importe del débito de la primitiva entidad acreedora. En lo único en que no estoy de acuerdo es en señalar que no lo exige la Ley. Por el contrario, según hemos tratado de demostrar, **de la Ley resulta la necesidad de incorporación o que se acompañe a la escritura, a efectos de la calificación registral del artículo 5 de la propia Ley.**

Un último apunte sobre *«el resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria»*. Hemos visto que en el caso de la resolución dicho resguardo bancario **fue expedido por la primitiva entidad acreedora**, y en tal supuesto es lógico considerar que sustituya a la propia certificación, al no decir nada la citada entidad acreedora.

Pero se ha discutido si cabe **el resguardo de la transferencia remitida por la entidad pagadora que se subroga**, y más bien predomina en la práctica esta última interpretación. Ahora bien, si esto se admite, entonces queda fuera de juego la doctrina de las resoluciones, pues aunque consideren *«a mayor abundamiento»* el argumento del *«resguardo»*, lo cierto es que el supuesto de hecho de las resoluciones es el de un caso de **resguardo «emitido por la primitiva entidad acreedora»**, por lo que no será adecuado aplicar la misma doctrina a supuestos en que el resguardo haya sido emitido por **la entidad pagadora**, pues se trataría de un *«resguardo en vacío»*, **sin referencia a ninguna «cantidad acreditada»**.

Sobre este problema del resguardo bancario, dice García Mas:

«Podría plantearse qué tipo de resguardo es al que hace referencia la Ley; puede ser el de la transferencia hecha por la entidad subrogada al acreedor, aunque ello no siempre significa que haya aceptado el pago, sino solamente que se ha hecho la transferencia, por ello, creemos que será el resguardo emitido por la propia entidad acreedora del préstamo originario» (ob. cit., pág. 1955).

Por el contrario, Adolfo Calatayud Sierra dice lo siguiente:

«A estos efectos, creo que será suficiente con el resguardo emitido por la propia entidad que se subroga, siempre que en él conste que se ha remitido el dinero a la entidad acreedora; es decir, por un lado, no bastará la simple orden de transferencia firmada por el prestatario y sin haber sido procesada; pero por

otro, no será preciso justificante alguno de la entidad acreedora en la que declare haber recibido la cantidad, ya que el principio de buena fe bancario creo que hace suficiente el documento en el que entidad que se subroga expresa haber transferido los fondos de aquélla» (ob. cit., pág. 53).

Sea de esta cuestión lo que fuere, lo cierto es que las resoluciones se refieren al citado supuesto de resguardo emitido por la primitiva entidad acreedora, por lo que estará permitido a los Registradores de la Propiedad y a los Notarios, que apliquen las mismas al supuesto más frecuente ya indicado de resguardo consistente en la orden de transferencia de la entidad pagadora, pues si éste se admite por razones prácticas, lo menos que se puede pedir es que coincida con la certificación del importe de la deuda acreditada expedida por la primitiva entidad acreedora.

Una última observación: las resoluciones DGRN sólo vinculan en el caso concreto planteado, y además, la inscripción en ese caso se practica sin responsabilidad del Registrador sino de la propia DGRN.

Los Notarios, Registradores y demás profesionales y funcionarios públicos sólo quedan **vinculados por la Ley**, a la que deben servir, obedecer y cumplir, junto con las demás fuentes del Derecho. Por tanto, hay que desmitificar esa doctrina de dichas resoluciones y ser capaces de resolver los casos futuros de modo distinto al de dichas resoluciones, que sólo podrían aplicarse al referido supuesto de **resguardo bancario emitido por la primitiva entidad acreedora**, sin alegar nada en contra de él, supuesto que no es precisamente el más frecuente en la práctica.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad

NO ES INSCRIBIBLE UNA CERTIFICACION DEL DIRECTOR PROVINCIAL DE LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA QUE SE ADJUDICA A DICHO ORGANISMO UNA FINCA URBANA COMO CONSECUENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO PARA HACER EFECTIVOS LOS DEBITOS CONTRAIDOS, YA QUE EN EL REGISTRO CONSTABA POR MEDIO DE ANOTACION PREFERENTE LA SITUACION DE SUSPENSION DE PAGOS DEL DEUDOR Y NO CONSTA QUE EN LAS ACTUACIONES EJECUTIVAS HAYAN SIDO REALIZADAS CON INTERVENCION DEL ORGANO ENCARGADO DE VELAR POR LOS INTERESES COMUNES DE LOS DEMAS ACREEDORES DEL SUSPENSO. (RESOLUCIÓN DE 19 DE OCTUBRE DE 1994, BOE de 21 de noviembre de 1994.)

Hechos. I. El día 30 de octubre de 1991 se presentó en el Registro de la Propiedad número 1 de Manresa una certificación del Director provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social, adjudicando a dicho organismo una finca urbana sita en dicha ciudad, calle San Joan d'en Coll, número 249, finca registral número 21.118, propiedad de la entidad «Auxiliar Textil Manresana, Sociedad Anónima», como consecuencia del procedimiento de apremio seguido para hacer efectivos los débitos contraídos.

II. La citada certificación fue calificada con la siguiente nota:

«Constando anotada la situación de suspensión de pagos de la entidad "Auxiliar Manresana, Sociedad Anónima" con anterioridad a las anotaciones de embargo letras B), D) y F), practicadas a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, resulta obligado denegar la inscripción de la adjudicación de la finca contenida en la presente Resolución (arts. 9, 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos, y 58 del Decreto 2005/1974, de 30 de mayo). Manresa, a 20 de noviembre de 1991.—El Registrador, Manuel Nodar Sobrino.»

III. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó:

1. Aplicación indebida del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, en su último párrafo. Que nace, como consecuencia de las leyes fiscales, independientes de la legislación común, la cuestión de la inclusión o no de los apremios administrativos en el citado precepto, cuya solución se ha plasmado en varios Decretos que han fijado claramente el ámbito de competencias. Que si la Hacienda Pública quedase sometida a la moratoria que la suspensión de pagos implica, quedaría incumplido el artículo 5 de la vigente Ley de Administración y Contabilidad, que prohíbe la concesión moratoria para el pago de las contribuciones o impuestos públicos, salvo en los casos que las leyes lo autoricen, no habiendo disposición legal alguna que autorice la concesión de moratoria a los comerciantes declarados en suspensión de pagos. La doctrina contraria implicaría una efectiva vulneración de los preceptos legales que se invocan y un positivo peligro para la integridad de la soberanía tributaria del Estado, la eficacia de sus procedimientos recaudatorios y las supremas necesidades de intereses que amparan. Que el Decreto de 11 de mayo de 1932 debe entenderse como reglamento que desarrolla plenamente al mencionado y motivado último párrafo del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos. Que las consideraciones expuestas se ven reforzadas por otros Reglamentos: El Decreto de 2 de noviembre de 1967 y el Decreto de 4 de diciembre de 1969. Que de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 1971 se desprende que sí es la petición de suspenso anterior al apremio, que no a la solicitud de anotación de embargo, sino al procedimiento de apremio administrativo, solamente entonces queda afectado el crédito por la norma del artículo 9.5.º de la Ley de Suspensión de Pagos.

2. Aplicación indebida de los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos. Que no se trata de simples créditos, sino que el procedimiento de apremio iniciado con mucha anterioridad a la propia petición o solicitud de declaración de suspensión de pagos, debe seguir su tramitación y extinción según sus propias normas, al estar excluidos los procedimientos no judiciales de la paralización que determina el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos. El crédito ha nacido con la declaración de certificación de descubierto firme, y el procedimiento de apremio que se tramita tras dicha declaración queda fuera de la *vis atractiva* del artículo 9, por la propia textualidad de la norma, y por la interpretación que de ella se hace en varios Decretos; pues el embargo administrativo no se somete al procedimiento voluntario judicial de la suspensión de pagos, sino que como ejecutivo debe llegar a su fin, con la adquisición del bien embargado. Por tanto, de ello se deduce el derecho a la inscripción denegada.

3. Inaplicación de lo establecido en el artículo 102.1 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social; Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo. Que de dicho artículo en relación con el 103 del mismo texto legal, se deduce que el procedimiento administrativo no se suspende, salvo por los motivos que se recogen en el artículo 103 y, por tanto, lleva consigo la necesidad de la inscripción denegada, por cuanto los embargos administrativos nacidos de procedimientos de apremio no se ven afectados por el párrafo quinto del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, y la providencia de apremio es el título suficiente para dar al embargo administrativo la eficacia necesaria para la plena ejecutoriedad del acto administrativo previo.

4. Que, asimismo, se consideran infringidos los artículos 1.1 del Reglamento de Recaudación citado en cuanto a la naturaleza exclusivamente administrativa, y el artículo 4.1 de dicho Reglamento, por cuanto la competencia para dictar los actos correspondientes en el procedimiento administrativo es de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin perjuicio de la revisión judicial contencioso-administrativa; todo ello de acuerdo con el artículo 14.2 de la Ley 40/1980 que desarrolla el referido Reglamento. En cualquier caso, dar validez a la denegación del Registrador sería posibilitar la intromisión de un órgano judicial en un procedimiento que está excluido del mandato del artículo 9.5 de la Ley de Suspensión de Pagos. Que, especialmente, también se infringe: El artículo 97.3 de la Orden de 23 de octubre de 1986; el artículo 93 del Reglamento General de Recaudación y Contabilidad (Decreto 2260/1969), aplicable supletoriamente al propio de la Seguridad Social por Disposición Adicional 6.ª del Real Decreto 716/1986. Que es, por todo ello, que el carácter constitutivo de la inscripción de las adjudicaciones permite la subsanación de las normas procesales estrictas que establecen el carácter excluido del procedimiento recaudador, la plena eficacia de la resolución de vía de apremio, de la declaración de embargo y ejecución plena del derecho que dicha vía de apremio conlleva con independencia del procedimiento judicial voluntario de la suspensión de pagos. Que debe entenderse que la negativa de inscripción contiene en sí la adscripción al procedimiento de suspensión de pagos de aquellos supuestos de procedimiento expresamente excluidos por la Ley de Suspensión de Pagos en el reiterado artículo 9.5.º

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que la situación registral de la finca adjudicada es la siguiente: Después de la primera inscripción de dominio y otras que no tiene influencia en el caso que se estudia, se encuentran las siguientes anotaciones: 1.ª Anotación letra A del estado de suspensión de pagos de la entidad propietaria de la finca en virtud de providencia dictada el 2 de abril de 1990, por el Juez de Primera Instancia número 1 de Manresa; 2.ª Anotación letra B de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social por un importe de 65.853.999 pesetas, en virtud de providencia dictada el día 22 de abril de 1990, por el Recaudador ejecutivo de la Seguridad Social de Manresa; 3.ª Anotación letra C de embargo a favor del Ayuntamiento de Manresa, en garantía de un débito de 1.808.228 pesetas, en virtud de diligencia dictada por el Recaudador ejecutivo del Ayuntamiento el día 8 de mayo de 1990; 4.ª Anotación letra D de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social por un importe de 39.705.953 pesetas, en virtud de providencia dictada el día 5 de julio de 1990, por el Recaudador ejecutivo de la Seguridad Social de Manresa; 5.ª Anotación letra E de embargo a favor del Ayuntamiento de Manresa por un importe total de 1.904.517 pesetas, en virtud de diligencia dictada por el Recaudador ejecu-

tivo del Ayuntamiento el día 21 de septiembre de 1990; 6.ª Anotación letra F de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social por un importe de 7.758.336 pesetas, en virtud de providencia dictada el día 31 de octubre de 1990, por el Recaudador ejecutivo de la Seguridad Social. Que debe hacerse resaltar que tanto en la anotación preventiva como en la nota de despacho puesta en el mandamiento se hizo constar la salvedad de que, si bien se practicaba la anotación, no se admitiría la ejecución hasta la terminación del expediente de suspensión de pagos en que se halla incurso la entidad deudora; 7.ª Anotación letra G de embargo a favor del Ayuntamiento de Manresa por un importe total de 1.284.768 pesetas, en virtud de diligencia dictada por el Recaudador ejecutivo del Ayuntamiento el día 26 de marzo de 1991; 8.ª Anotación letra H de embargo a favor de diversos titulares de créditos reconocidos, sin que se precise su naturaleza, en el proceso de ejecución número 605/1990, del Juzgado de lo Social número 5 de Barcelona y por un total de 29.259.995 pesetas, en virtud de providencia dictada el 7 de febrero de 1991; 9.ª Anotación letra I de embargo a favor de diversos titulares de créditos reconocidos, sin que se precise su naturaleza, en el proceso de ejecución número 605/1990, del Juzgado de lo Social número 5 de Barcelona y por un total de 7.900.480 pesetas, en virtud de providencia dictada el día 18 de junio de 1991; 10.ª Anotación letra J de embargo a favor de «Banca Catalana, Sociedad Anónima» por un importe de 6.578.307 pesetas en autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Manresa, en virtud de providencia dictada el día 17 de julio de 1991. Finalmente, el día 30 de octubre de 1991 se presenta en el Registro de la Propiedad número 1 de Manresa la certificación de la adjudicación de la finca a la Tesorería General de la Seguridad Social que, teniendo en cuenta las fechas de la providencia declarando el estado de suspensión de pagos (2 de abril de 1990), en mandamiento de igual fecha que la providencia y la fecha de su presentación en el Registro (7 de abril de 1990) y la fecha de la providencia decretando el embargo a favor de la Seguridad Social (22 de abril de 1990) y su fecha de presentación en el Registro (22 de abril del mismo año), originó la nota denegatoria que motiva el presente recurso. Que conviene destacar que la entidad recurrente tuvo conocimiento desde el momento inicial de la situación de suspensión de pagos de su deudor a través de la certificación de cargas de la finca expedida por el Registrador el día 9 de mayo de 1990. Que la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922 contempla la publicidad de esta situación en el Registro de la Propiedad donde estén inscritos los bienes del suspenso (art. 4). Que la Ley Hipotecaria regula la constancia registral de tal situación en los artículos 2, 42 y 142 del Reglamento. Que como consecuencia de la declaración de la suspensión de pagos, la titularidad del deudor sobre sus bienes sufre un cambio de régimen legal, provisional pero efectivo, que afecta no sólo a su capacidad jurídica, sino también a la eficacia de las acciones derivadas de los créditos pendientes contra él, que pierden su virtualidad propia en beneficio del interés común de la masa de acreedores. Los efectos de la publicidad registral de la situación de suspensión de pagos son los generales del sistema, en el sentido de que será rechazado todo título disconforme con la situación que el Registro publica. En este sentido es de tener en cuenta que la publicidad registral de la resolución judicial admitiendo la solicitud de declaración de suspensión de pagos produce, entre otros, los efectos que se deducen del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, ya que la masa pasiva ha de permanecer inalterada a

partir de la solicitud de suspensión de pagos, porque en la ejecución colectiva los conflictos de intereses se resuelven por el principio de igualdad entre los acreedores. Que, tratándose de embargos, del artículo 9.5 de la Ley de Suspensión de Pagos se deduce, como regla general, la no admisión de procedimientos judiciales ordinarios o ejecutivos con posterioridad a la iniciación del expediente, ya que sería absurdo que los embargos acordados antes quedaran en suspenso y pudieran surtir efecto los que se decretaran después de iniciado el expediente. Que dentro de los créditos privilegiados de que habla el artículo 9, y prescindiendo de los de carácter privado, se encuentran los créditos a favor del Estado, la provincia y el municipio y la Hacienda Pública. Otros créditos privilegiados son los derivados del trabajo personal y de los regímenes obligatorios de la Seguridad Social, comprendidos dentro del epígrafe general de «créditos laborales», contemplados en los apartados D) y E) del artículo 1.924 del Código Civil. Y por lo que se refiere a los créditos específicos por cuotas de la Seguridad Social, el artículo 58 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, dispone que las cotizaciones a la Seguridad Social gozarán de la prelación establecida en el apartado segundo, inciso E), del artículo 1.924 del Código Civil, y en el inciso D) del apartado primero del artículo 913 del Código de Comercio. Que los créditos que superen los límites temporales establecidos en el Código Civil y el Código de Comercio, no otorgan la posibilidad de continuar la ejecución y el derecho a no comparecer en el procedimiento de suspensión de pagos, por lo que deberán someterse a las reglas generales del artículo 1.923, 4.º del Código Civil. Que de la certificación aportada por la Dirección General Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social se desprende que los créditos que dieron lugar a las anotaciones de embargo letras B, D y F, todas posteriores a la anotación preventiva letra A de suspensión de pagos, corresponden a ejercicios que van de 1981 a 1990, por lo que al verificarse la adjudicación por el importe total de ellos y unificarse en un único procedimiento la exacción de débitos correspondientes a tan dispares ejercicios resulta obligado someterlos a las normas de preferencia de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.925 del Código Civil, que su número 4 le atribuye preferencia sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores, por lo que deben quedar sometidos a la eficacia del anterior asiento de anotación preventiva de suspensión de pagos, como se reconoce en el artículo 95 del Reglamento General de Recaudación, que matiza, además, el momento que determina la preferencia: la fecha de la providencia. Que, finalmente, en relación con la eficacia de las anotaciones preventivas de embargo cuando consta previamente anotada la suspensión de pagos del deudor, conviene subrayar que, aun cuando existen diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre la procedencia de las mismas, la tendencia dominante en la actualidad es la de anotar el embargo con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho (Resolución de 15 de febrero de 1962), pero sin que la misma pueda llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente. Posteriormente, las Resoluciones de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971, 25 de junio y 23 de octubre de 1979, condicionan la admisibilidad de la anotación preventiva de embargo a la circunstancia de que el mandamiento haga constar la salvedad de que se suspenderá la ejecución hasta la terminación del expediente de suspensión de pagos. Que se considera que la solución, técnicamente más correcta, es la mantenida por otro sector doctrinal y jurisprudencial (Resolución de 15 de febrero de 1962). Que considera que siendo

la propia Ley la que impone la paralización de las ejecuciones individuales, es irrelevante que el mandamiento exprese u omita esta circunstancia, por lo que resulta improcedente admitir o no el cierre registral por el hecho de que se utilice o no una frase de la Ley de Suspensión de Pagos. Que si el mandamiento por apremios fiscales o administrativos tiene, según el artículo 44 del Estatuto General de Recaudación, la misma virtualidad que si emanase de la autoridad judicial, deben ser suspendidos hasta la terminación del procedimiento de suspensión.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en que si el mandamiento por apremio administrativo es equivalente al mandamiento judicial (art. 41.2 del Reglamento General de Recaudación, de 20 de diciembre de 1990), sus consecuencias deben sujetarse también a la terminación del procedimiento de suspensión de pagos y, en su virtud, la preferencia de los créditos derivados de impagos de cotización a la Seguridad Social no tiene más alcance que la establecida en el artículo 1.924 del Código Civil.

VI. El Letrado recurrente apeló el Auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 3 y 1.924 del Código Civil; 913 del Código de Comercio; 6, 9, 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos; 113 y 117 del Reglamento Hipotecario; 10, 69, 71 a 74, 129 y 136 de la Ley General Tributaria; 34 y 39 de la Ley General Presupuestaria; 104 del Reglamento General de Recaudación; 15 de la Ley de Seguridad Social; 101 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 1988 y 17 de abril de 1989, y las Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 26 de octubre de 1987, 14 de octubre de 1990 y 7 de noviembre de 1992.

1. En el presente recurso se trata de dilucidar si es inscribible la certificación del Director provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social, presentada en el Registro de la Propiedad número 1 de Manresa el día 30 de octubre de 1991, por la que, una vez tramitado el correspondiente procedimiento de apremio que motivó la anotación de embargo B en virtud de mandamiento de 23 de abril de 1990 presentado en esta fecha, se adjudica a dicho organismo, como pago de deudas a la Seguridad Social, una finca urbana de la que es titular dominical la entidad «Auxiliar Textil Manresana, Sociedad Anónima», en estado de suspensión de pagos acordada por providencia de 2 de abril de 1990 del Juez de Primera Instancia número 1 de Manresa, según mandamiento expedido por dicho Juzgado, presentado en el Registro el día 7 de abril, y que causó la anotación letra A del estado de suspensión el día 9 de mayo de 1990.

2. El señor Registrador de la Propiedad denegó la inscripción en base a los artículos 9, 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1992 y 58 del Decreto 2005/1974, de 30 de mayo, destacando, en su informe, la norma contenida en el inciso cuarto del citado artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos en cuya virtud los juicios ordinarios y los ejecutivos en que no se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados que se hallaren en curso al declararse la suspensión de pagos, seguirán su tramita-

ción hasta la sentencia, cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente.

Por su parte, la recurrente, Tesorería General de la Seguridad Social, sostiene que no es de aplicación la norma anterior a la certificación de adjudicación de un inmueble —consecuencia de un procedimiento de apremio administrativo— por cuanto, por una parte, el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos no afecta a esta clase de certificaciones, ya que se refiere a sentencias recaídas en procesos judiciales y, por otra, si se aplicara la citada norma, quedaría paralizada la efectividad del procedimiento de apremio, lo que supone una moratoria en el cobro de las deudas fiscales o de Seguridad Social, incompatible con la ejecutoriedad del procedimiento que sólo puede suspenderse por las causas taxativamente señaladas en los respectivos Estatutos de Recaudación.

3. No puede, sin embargo, accederse a la petición de la entidad recurrente; se oponen a ello las siguientes consideraciones: *a)* El mandato legal de la suspensión de la ejecución de las sentencias dictadas en juicios declarativos o ejecutivos que se hallasen en curso al declararse la suspensión de pagos, en tanto no finalice el expediente (*vid.* art. 9.4 de la Ley de Suspensión de Pagos); *b)* la equiparación, a efectos ejecutivos entre las certificaciones de descubiertos acreditativas de deudas a la Seguridad Social, y las sentencias judiciales (*vid.* arts. 129 de la Ley General Tributaria, 133 de la Ley General Presupuestaria, 19 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, 20 del Reglamento General de Recaudación, 101 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social); *c)* la doctrina del Tribunal de conflictos de Jurisdicción según la cual, incoada la suspensión antes de que se inicie el procedimiento fiscal, la acción de la Hacienda tendrá que sujetarse al régimen y efectos del proceso judicial; *d)* la prioridad temporal de la anotación del estado de suspensión de pagos (anotación letra A, practicada en virtud de providencia dictada el 2 de abril de 1990, según mandamiento presentado en el Registro el 7 de abril de 1990) respecto de la anotación del embargo practicado en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social en el procedimiento del que dimana la calificación ahora cuestionada (anotación B, practicada en virtud de providencia dictada el 22 de abril de 1990, según mandamiento presentado en el Registro el 22 de abril de 1990); *e)* que aun sin prejuzgar sobre si el crédito que motiva la ejecución (en el que se incluyen débitos correspondientes a los ejercicios 1981 a 1990) goza o no en su totalidad de la preferencia conferida por el artículo 1.924 del Código Civil y 913 del Código de Comercio (dado el contenido normativo de los arts. 15 de la Ley de 5 de julio de 1980 y Disposición Adicional novena, primero, de la Ley 4/1990, de 29 de junio), y por tanto, del derecho de ejecución separada previsto en los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos, no consta acreditado —lo que sería preciso, dado que al tiempo de iniciarse la ejecución ya se reflejaba en el Registro la situación de suspensión de pagos del deudor— ninguno de los dos extremos siguientes: 1.º) Que las actuaciones ejecutivas se hayan realizado con intervención del órgano —los interventores— al que corresponde velar por los intereses comunes de los demás acreedores del suspenso, a fin de que pudieran oponerse a la ejecución aislada si fuera improcedente o, en otro caso, participar en el avalúo y la subasta; o 2.º) que, no obstante, se ordene practicar la inscripción por resolución judicial dictada en procedimiento adecuado con intervención en él de quienes según el Registro resulten ser interesados o del órgano instituido por

éstos para velar por los intereses comunes (*vid.* Resolución de 21 de agosto de 1993).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el presente recurso confirmando el Auto apelado y la nota del Registrador.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Aunque ya doctrinal y legalmente se había despejado la calificación o encuadramiento de los supuestos de suspensión de pagos, concurso y quiebra, las Resoluciones de la Dirección General ofrecían una solución que no resultaba nada convincente. La doctrina que se mantiene en esta Resolución resulta más lógica y marca ya una forma de actuar definitiva. De ahí que tenga —a mi entender— mucha importancia.

Las resoluciones anteriores y los criterios orientadores de la doctrina (véase OLIVENCIA RUIZ, en *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, 1963, y HERNÁNDEZ CRESPO, en *Publicidad registral de suspensión de pagos*, 1991, fundamentalmente) no llegaron a enlazar la naturaleza jurídica del estado de suspensión con sus efectos registrales y, sobre todo, con la protección del «derecho de defensas» constitucional. Creo que para el logro de esta solución se ha tenido muy en cuenta la Resolución de 21 de agosto de 1993.

El fondo de la cuestión planteada se resuelve situando la figura del suspenso alejada de aquel titular registral sobre el que pesa una prohibición de disponer, al igual que se descarta la situación del mismo como la de un incapacitado. Se acepta mi postura —aunque sólo en forma indirecta se alude a ella— considerando que el suspenso es una especie de emancipado que para disponer necesita de la asistencia de ciertas personas. Ya lo veremos cuando expongamos los resultados de la Resolución.

Para proceder con un cierto orden situaremos el problema resuelto y luego haremos una reflexión sobre las alegaciones del que promueve el recurso, la defensa de la nota que hace el Registrador y la solución gubernativa.

A. *El tema central del recurso.* La pretensión del presentante del documento es el logro de la inscripción de una certificación del Director General de la Seguridad Social, en la que —una vez tramitado el procedimiento— se adjudica a dicho organismo, como pago de deudas a la Seguridad Social, una finca urbana sobre la que pesa una anotación preventiva letra A de suspensión de pagos del titular de la misma y la anotación letra B —aparte de otras posteriores— por la que se embargaba la finca en cuestión y que da lugar al procedimiento de apremio y la adjudicación apuntada. Esto es, figura registralmente como primera anotación (o anotación letra A) por la que se declaraba al titular de la finca en situación de suspensión de pagos, situación que reflejaba el correspondiente mandamiento judicial. Posteriormente se van reflejando hasta nueve anotaciones de embargo (letras B a J).

Frente a la pretensión de constatación registral, el Registrador entiende que ello es imposible y que procede denegar el acceso de la adjudicación en base de los artículos 58 del Decreto 2005/1974, de 30 de mayo, y los 9, 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

B. *Argumentos del recurrente.* Frente a la postura registral que es la que va a prevalecer —aunque en base de otros argumentos— se alza el representante de la Tesorería General de la Seguridad Social interponiendo recurso gubernativo. Los argumentos que se emplean se reducen a cuatro:

a) No cabe incluir en el artículo 9.5 de la Ley de Suspensión de Pagos los apremios administrativos, pues ello supondría una «moratoria» que deja incumplido el artículo 5 de la Ley de Administración y Contabilidad. Apoya esta alegación con la cita de ciertos Reglamentos como son el aprobado por Decreto de 2 de noviembre de 1967 y el de 4 de diciembre de 1969, así como la Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de diciembre de 1971, que juega con la fecha de «petición» de la suspensión anterior al apremio y no a la solicitud de embargo.

b) Que si el artículo 9 de la suspensión de pagos «solamente» a los procedimientos judiciales se refiere, no cabe aplicar los artículos 15 y 22 de la misma Ley de Suspensión de Pagos que determina los créditos excluidos de la misma.

c) Que el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social que aprueba el Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, en su artículo 102.1 en relación con el 103 establecen que el procedimiento administrativo no se suspende más que en los casos que se recogen, pero para nada se refiere al artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos.

d) Cita —o vuelve a citar— el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social en su artículo 1.1 en relación con el 4.1 del mismo, así como una Orden Ministerial (23 de octubre de 1986) y el artículo 93 del Reglamento General de Recaudación del año 1969.

Todas estas alegaciones van a ser poco convincentes a la hora de la decisión y no porque la Dirección General aplique la teoría o el principio de derogación de las leyes, sino porque de alguna de las disposiciones citadas y de otras que la misma emplea se permite la aplicación del artículo 9.5 de la Ley de Suspensión de Pagos al caso presente.

C. *La nota defensiva del Registrador.* Los argumentos empleados por el Registrador no pueden ser más ajustados al principio de prioridad registral, a la publicidad que del Registro emana, a la Ley especial de Suspensión de Pagos, al Estatuto de Recaudación y al artículo 58 del Decreto 2005/1974, de 30 de mayo.

Lo que sucede es que como la calificación de la certificación se hace antes de la publicación del nuevo Estatuto de Recaudación, antes de la reforma del Reglamento Hipotecario en materia de cancelaciones de asientos posteriores al embargo, cuando éste se ejecuta y el interrogante de si el artículo 175.2 del RH es aplicable a los procedimientos administrativos, se provoca en el comentarista un trabajo de carácter retroactivo, aunque los nuevos preceptos tengan alguna similitud con los citados tanto en el escrito de defensa de la nota, como en la Resolución de la Dirección, igual sucede con el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, que aprueba el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social. No obstante, sí quiero destacar cómo la Dirección elude el problema que plantea del Registrador en orden a la prelación del artículo 44 de la LH, cuya solución hoy pone en tela de juicio no sólo el artículo 173.2 del RH, sino la forma de entender la preferencia registral de los mandamientos de embargo.

Debe marginarse todo ello y pensar que la prioridad de la anotación de suspensión, conocida no solamente por el principio de cognoscibilidad legal, sino por la certificación registral que emite el Registrador en el procedimiento de apremio, son datos que, unidos a lo que disponen los artículos 9, 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos, permiten y apoyan la solución que se le da al problema por la Dirección General, que no es ya el de la constatación

registral del aplazamiento de la ejecución del apremio hasta tanto se resuelva el expediente de suspensión, sino que reside en lo que a continuación exponemos.

C. *Solución de la Dirección General.* Creo que —aparte de una serie de puntos que podrían ser sometidos a un mayor comentario— lo que debe destacarse en esta solución, brindada por la Dirección, es la afirmación de que se equiparan la certificación de «**descubierto**» acreditativa de deudas a la Seguridad Social y las «**sentencias**» judiciales. Cosa que decía el artículo 20 del Reglamento de Recaudación y que hoy repite el artículo 41 del nuevo texto de 1990. Aparte de ello confirman esta equiparación el artículo 101 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social, el 133 de la Ley Presupuestaria y el 19 de la Ley General de la Seguridad Social.

Si la suspensión de pagos no genera incapacidad en el suspenso, pero exige la «**intervención de órganos**» para determinados actos, entre los cuales se encuentra la enajenación, es evidente que la Dirección General advierta, en esta su solución, que el procedimiento de apremio se ha realizado sin la participación de los «**interventores**» como órganos defensores de los acreedores restantes.

Y, por último, se advierte que puede ordenarse practicar la inscripción denegada en base de una resolución judicial dictada en un procedimiento adecuado con intervención en él de quienes, según el Registro, resultaren ser interesados o del órgano encargado al efecto para intervenir. Lo cual no es ni más ni menos que la aplicación del artículo 24 de la Constitución española.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA
y MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

OPCION DE COMPRA: EL OPTATARIO QUEDA OBLIGADO DESDE QUE RECIBE LA MANIFESTACION POSITIVA. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina jurisprudencial civil viene estableciendo de forma reiterada que la opción de venta, al carecer de propia regulación en el Código Civil, se configura como una relación jurídica atípica y que tiene un precisado desarrollo dinámico, ya que se exige que el optante ejercite dentro del plazo convenido el denominado derecho de opción proyectado a la compraventa convenida, y que actúa a modo de facultad derivada y de condición dispositiva, prestando así de forma expresa y vinculante para el concedente, su consentimiento, que aunque postergado, se actualiza de esta manera y determina la consumación o extinción de la opción, por cuanto el optatario, una vez recibida la manifestación positiva del interesado en este sentido, queda obligado, y debe cumplir con lo que se comprometió y también a su cooperación para la celebración formal del contrato de compraventa, que surge desde dicho momento, pues basta la expresión de voluntad del optante para que dicha compraventa quede perfeccionada y en estado de ejecución, sin precisar de nuevos convenios posteriores y de tal manera que las discrepancias o incidencias que puedan surgir después entre los contratantes hay que residenciarlas, como dice la Sentencia de 22 de noviembre de 1993, en el ámbito del cumplimiento del contrato de compraventa perfeccionado y único, ya realizado y vinculante para las partes, pues existe concurrencia de consentimientos del vendedor y comprador, objeto y precio.

EL COMPRADOR DE UN BIEN CON RESERVA DE DOMINIO PUEDE EJERCITAR LA TERCERIA. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La compraventa estudiada contiene cláusula de reserva de dominio a favor de la parte vendedora, pero ello no impide que al comprador le alcance la condición de tercerista y la legitimación necesaria para postular el levantamiento del embargo que produjo la Hacienda Pública.

Los requisitos que exige el artículo 609 en relación al 1.095 del Código Civil de la concurrencia de título y modo de adquirir, se dan en el supuesto de autos, pues el documento privado opera como instrumento acreditativo suficiente para la adquisición de lo comprado. A su vez también se dio la *traditio* o entrega de la cosa. Al asistir a la relación contractual la perfección legal exigida, la tercera resulta de procedencia, con independencia de que la adquisición se haya realizado por documento privado o público y que haya causado o no inscripción registral, pues es de equidad y de estricta justicia que el comprador tenga garantizados sus derechos, sobre todo cuando es fiel al contrato y cumple escrupulosamente los términos del mismo, blindándolo frente a las manipulaciones de actos dispositivos que pudiera llevar a cabo el vendedor, así como a la ejecutoriedad de las deudas.

La doctrina de esta Sala ha declarado la plena validez de las cláusulas de venta con reserva de dominio, que no afectan a la perfección del contrato, que tiene lugar plena y vinculante, si bien su conclusión definitiva se produce cuando el precio resulta totalmente desembolsado, pero sin que ello suponga ataque a la transmisión ya operada, que priva sólo de la libre disposición del bien comprado bajo condición suspensiva, pero no dificulta a ejercitar los derechos y acciones, poseyendo en tanto el comprador el bien comprado, no como simple detentador, sino como efectivo y real poseedor legítimo a título de dueño.

DISTINCION ENTRE CULPA CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La distinción entre culpa extracontractual y contractual parte de que la primera representa un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, mientras que la segunda presupone una relación jurídica preexistente.

Cuando los contentientes están ligados por un vínculo contractual, expreso, tácito o incluso presunto, entran en juego los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil y no se aplicará, por tanto, los preceptos de la responsabilidad extracontractual, pues ambas responsabilidades tienen sustanciales diferencias, sobre todo en materia de prescripción.

Resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación, y por tanto el caso de autos no encaja dentro de las propias relaciones de Derecho público, sino en relaciones de Derecho privado.

EL ARRENDATARIO QUE DESALOJA LA FINCA ARRENDADA HA DE PAGAR LA TOTALIDAD DE LA RENTA QUE QUEDARE POR CUMPLIR. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 regula el supuesto de que si el arrendatario desaloja la finca arrendada, se establece la indemnización al arrendador con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que según el contrato quedare por cumplir. Esta indemnización se valora por el legislador sin que pueda exceder del importe de las rentas que hubieran podido devengarse, ni tampoco ser reducida en función de la valoración concreta de los perjuicios ocasionados al arrendador, lo cual constituye, evidentemente, una especialidad respecto a lo establecido para casos de incumplimiento contractual en el Código Civil.

Es irrelevante el hecho de que la arrendadora haya arrendado de nuevo su local, ya que tal acontecimiento no se contempla en la Ley que, contrariamente, objetiva el importe de la indemnización, abstrayéndolo de cual sea el de los perjuicios realmente causados, y es que la decisión unilateral adoptada por la arrendataria conlleva *ex lege* la consecuencia prevista en el artículo 56.

Ha de rechazarse la alegación de enriquecimiento injusto, pues éste ha de referirse a adquisiciones patrimoniales que no se correspondan con una causa válida de atribución, lo que no acontece en este caso en que la conducta de la demandada da lugar a la indemnización procedente con base en un precepto legal, siendo el enriquecimiento injusto incompatible con el ejercicio legítimo de un derecho por su titular. Tampoco se aprecia el abuso de derecho, pues debería venir determinado por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima y la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, no concurrentes en el caso en que tampoco hay fundamento para entender que la demandante actuó de mala fe, por cuanto su comportamiento ha sido el justo y adecuado para obtener una indemnización legalmente procedente.

NO ES EXIGIBLE LA ELEVACION A ESCRITURA PUBLICA DE UNA DONACION DE INMUEBLE EN DOCUMENTO PRIVADO, YA QUE ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Las donaciones de bienes inmuebles no tienen valor, ni por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren, si no aparecen instrumentadas en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación —pura y simple, onerosa, remuneratoria— siempre que se refiera a bienes raíces, como así lo tiene dicho esta Sala en Sentencia de 1-12-1964, cuando expresa que el contrato de donación, sea puro y simple, oneroso o modal, no se rige por el principio de forma que consagra, como regla general, el artículo 1.278 CC, sino que tiene sus normas propias contenidas en el artículo 633 de dicho cuerpo legal, el que categóricamente ordena que para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública.

La posesión de inmuebles donados por documento privado carece, incluso, de idoneidad para posibilitar la adquisición del dominio de los mismos por usucapación, al no tratarse de una posesión en concepto de dueño. La expresada doctrina ha de llevarnos a rechazar la espúrea tesis que pretende atribuir

eficacia transmisiva del dominio a las donaciones de inmuebles hechas en documento privado, cuando se trate de donaciones no puras y simples, sino remuneratorias u onerosas.

El tipo de invalidez de que adolece la donación con defecto de forma es el de nulidad absoluta, con las consecuencias de ser insubsanable e imprescriptible la acción para pedirla.

No es válida, pues, la teoría de que otorgada la donación de inmueble en documento privado es exigible su elevación a escritura pública

REQUISITOS PARA LA APLICACION DEL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1995)

Doctrina de la Sentencia.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101 CC son: la preexistencia de una alegación entre las partes, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos.

NO CABE LA TERCERA DE DOMINIO SOBRE BIENES EX-GANANCIALES, SI DE LA DEUDA RESPONDIA LA SOCIEDAD CONYUGAL. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—Un comerciante, casado en gananciales, contrajo una deuda con Hacienda por diversos impuestos no pagados. Los consortes otorgaron capítulos matrimoniales, pactando la separación de bienes, y adjudicaron el bien embargado al cónyuge no deudor —la esposa—. Esta interpone tercera de dominio frente a la Administración del Estado, que es rechazada por el TS.

Doctrina de la Sentencia.—Partiendo de las tesis fácticas inmutables, que son las de la posterioridad de la variación del régimen de gananciales al nacimiento de las deudas que causaron los embargos y la buena fe de la Administración del Estado a cuya instancia se produjeron aquéllos, goza de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala, sentada entre otras muchas en Sentencias de 5 de junio de 1989 y 2 de abril de 1990, de acuerdo con las cuales, en estos supuestos son de aplicación los artículos 1.317 y 1.333, habida cuenta de la doctrina que en los mismos se establece, tendente a proteger los derechos de terceros de buena fe, por lo que la modificación pactada sólo puede perjudicar desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros, toda vez que cualquier otra interpretación conduciría al absurdo de permitir la posibilidad de que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que más beneficioso fuera para sus intereses, olvidando los legítimos derechos de los terceros que con ellos contratasen.

Comentario.—Las capitulaciones matrimoniales, como cualquier pacto o contrato, no pueden alterar ni menoscabar derechos ya adquiridos por personas (terceros) que no han intervenido en dichas convenciones. VÁZQUEZ IRUZU-BIETA alega en defensa de su postura contraria a la mutabilidad de las capitulaciones que la sociedad conyugal no puede convertirse en un instrumento apropiado para eludir las responsabilidades de los cónyuges, y añade que en

la práctica cotidiana cada modificación capitular está orientada a burlar los derechos crediticios de los terceros. Y, efectivamente, estos cambios del régimen matrimonial originan gran cantidad de pleitos, retrasos y complicaciones, con los consiguientes trastornos para los adquirentes de buena fe.

**LA APLICACION DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL REQUIERE CIER-
TO GRADO DE CULPABILIDAD. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)**

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir, y sin excluir de modo absoluto el clásico principio de la responsabilidad culposa.

Una correcta aplicación del artículo 1.902 CC requiere inexcusablemente la concurrencia de cierto grado de culpabilidad en la conducta del conductor en aquellos supuestos que originen un daño efectivo como consecuencia de la conducción y circulación de vehículos de motor, con lo que adquiere valor primordial, en cada caso, el resultado probatorio.

Si la causa del accidente no fue imputable al conductor del vehículo y sí a una actitud negligente de la víctima, quiebra por completo el requisito del nexo causal que necesariamente ha de concurrir en orden a la existencia de la responsabilidad por culpa extracontractual que contempla el artículo 1.902 CC.

**DIFERENCIA ENTRE DONACION REMUNERATORIA Y MODAL. (SENTENCIA
DE 9 DE MARZO DE 1995.)**

Doctrina de la Sentencia.—La donación remuneratoria opera para recompensar al donatario servicios, asistencias y actividades realizadas, tanto pasadas como presentes y continuadas, en beneficio del donante. El agradecimiento de éste es la causa que motiva la cesión sin precio alguno de bienes que realiza.

La donación modal es la que se adapta a las previsiones de los artículos 642 y 643 del Código Civil, es decir, aquélla en la que se impone al donatario la obligación de llevar a cabo el pago de deudas del donante, que de esta manera se libera de las mismas.

**LA ENTREGA DE UNA LETRA DE CAMBIO NO OPERA COMO PAGO. (SENTEN-
CIA DE 16 DE MARZO DE 1995.)**

Doctrina de la Sentencia.—La entrega como pago de una letra de cambio, con vencimiento determinado, opera sólo como efectivo pago cuando éste materialmente se realiza, salvo que por culpa del acreedor se hubiera perjudicado la cambial y así lo declara el artículo 1.170 CC. La simple entrega del efecto carece de valor y sirve sólo para integrar pago aplazado, sirviendo de constancia escrita e instrumento para que el mismo se cumpla en conformidad. Si el pago no tiene lugar, la deuda subsiste.

No es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado y voluntad decidida de ocasionar una situación de incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una actitud obstativa a la finalidad del negocio en los términos en que se pactó, frustrando el fin específico perseguido en el mismo por la contraparte.

LA PROTECCION DEL ARTICULO 34 LH NO DERIVA DEL ASIENTO POR EL QUE INSCRIBE EL ADQUIRENTE, SINO DE LOS ANTERIORES. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Es de observar, con la Sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1985, sin duda inspirada en el aforismo y principio de derecho *resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*, que el contenido registral por el que entra en juego la protección del artículo 34, no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan en su caso con presunción *iuris et de iure* que el Registro es exacto e íntegro, cualquiera que sea la realidad extrarregistral.

LA CONDENA PUEDE SER SUSTITUIDA POR SU EQUIVALENTE PECUNIARIO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Según declara el Tribunal Constitucional en Sentencia de 17-10-1991, tan constitucional es una ejecución de sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo, como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario. Esta Sala ha afrontado la cuestión para declarar que si la obligación de transmitir la cosa en forma específica no es posible, se transforma en cumplimiento por equivalente, solución que no significa incurrir en incongruencia, por tratarse de decisión que posibilita la ejecución del fallo, lo integra y se acomoda sustancialmente a lo pedido, de acuerdo con las normas legales, al acogerse estados que son complementarios y se presentan necesarios para satisfacer las pretensiones justas que se acogen.

Cuando concurre pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto, extensible cuando éste no aporta la utilidad, servicios o prestaciones con que se adquirió, causando efectiva insatisfacción al comprador, procede la indemnización de daños y perjuicios consecuentes.

DECLARA PROBADO QUE EN UNA SITUACION DE UNION DE HECHO EXTRAMATRIMONIAL EXISTIA UNA SOCIEDAD CIVIL TACITA DE CARACTER UNIVERSAL. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—Don José y doña Carmen convivieron *more uxorio* durante al menos seis años. Después se separaron y don José se casó con doña Karina, con quien tuvo un hijo. Fallecido don José, doña Carmen demanda a doña Karina y a su hijo, menor de edad, solicitando que se declare que los bienes adquiridos por don José durante su convivencia con ella tienen el carácter de gananciales. La demanda prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Conocida es la doctrina de esta Sala (sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992) en el sentido de venir declarando la imposibilidad de aplicación a estas uniones *more uxorio* de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la Ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicables a las primeras las normas reguladoras de esta institución. De ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, para comprobar la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos o los *facta concludentia*, deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho.

El Juzgador *a quo* está declarando la existencia entre los convivientes de una sociedad civil irregular de carácter universal que de acuerdo con el artículo 1.669, párrafo segundo del Código Civil habrá de referirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 y siguientes CC), por lo que se califiquen tales relaciones de comunidad normal de bienes o de copropiedad por cuotas, o de sociedad civil irregular, el régimen jurídico aplicable es el mismo.

Comentario —El Código Civil no exige que las manifestaciones de voluntad constitutivas de sociedad sean expresas. Así PAZ-ARES RODRÍGUEZ señala que gran parte de las sociedades civiles que registra el tráfico se constituyen informalmente de manera oral. Pero, ¿estamos ante una sociedad civil irregular? Entendemos con PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que la comunidad de vida que de hecho existe entre las dos personas se traduce en lo económico en un cierto consorcio de hecho, con una posible puesta en común de bienes, pero esto no puede ser considerado una sociedad civil, pues la causa de la puesta en común no es, como en las repetidas sociedades civiles, la obtención de un lucro, sino atender a las necesidades de la vida en común.

Además, en la compleja cuestión de las relaciones patrimoniales de las parejas no casadas, la norma general es el principio de separación patrimonial, y hay que evitar, como dice GALLEGO DOMÍNGUEZ, que dicho principio se vea alterado y abandonado de modo fácil y ligero.

Porque lo que resulta absurdo es que unos cónyuges casados en régimen de separación de bienes, tengan menos derechos patrimoniales que unos convivientes no casados.

NO TIENE CARACTER MERCANTIL LA RELACION QUE UNE A UN RESTAURANTE CON SUS CLIENTES. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—Los asistentes a una comida que se celebraba en un restaurante resultaron intoxicados por salmonella. La sociedad propietaria de dicho restaurante es condenada a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—Sostiene la parte recurrente que el contrato que la relaciona con los recurridos, en la condición de clientes de su res-

taurante el día de los hechos, presenta naturaleza de compraventa mercantil.

El contrato de referencia, que es conocido como de hostelería, se caracteriza por el suministro de mercaderías alimenticias para su consumo inmediato por los usuarios a cambio de compensación monetaria, comprendiéndose a su vez la prestación y ocupación del establecimiento y servicios auxiliares como iluminación, calefacción, higiénicos o similares, lo que caracteriza dicho contrato como atípico, en el que predomina la venta de los alimentos que se sirven y el arrendamiento de los servicios aportados para la más adecuada ejecución del convenio.

La sentencia de apelación no lo consideró como un propio y efectivo contrato mercantil de compraventa, y así el artículo 326-1.º del Código de Comercio parece pregonarlo, ya que priva de la nota de mercantilidad a las compras de efectos destinados al consumo del comprador y por ello, con acusada ausencia de fines empresariales, industriales o negociales, habiéndose mantenido jurisprudencialmente el carácter civil de las ventas para uso y consumo que las agotan. En todo caso, no se trata de mera y definida compraventa, sino de contrato dotado de atipicidad, como se deja dicho, en el que predominan las notas que caracterizan los negocios civiles.

LOS BIENES GANANCIALES RESPONDEN DE LAS DEUDAS CONTRAIDAS CON ANTERIORIDAD A LAS CAPITULACIONES EN QUE SE PACTA EL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—No se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales, y después adjudicados a la esposa en las capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, modificación que no puede perjudicar en ningún caso tales derechos. Existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece en estos casos por el hecho de la atribución, lo que determina que, aun después de la disolución, puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen incluso sido adjudicados al cónyuge no deudor, en exacta cobertura aplicatoria del artículo 1.401 CC.

LA PROMESA BILATERAL DE COMPRA Y VENTA ES DIFERENCIABLE DE LA COMPRAVENTA DEFINITIVA. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1995)

Doctrina de la Sentencia.—Resulta plenamente diferenciable la promesa bilateral de compra y venta de un contrato definitivo de compraventa, extremo que depende de la voluntad de los interesados y de los pactos a través de los cuales hayan constituido sus recíprocas relaciones, si bien la jurisprudencia ha distinguido siempre entre la promesa bilateral de vender y comprar y el contrato de compraventa; ya la Sentencia de 10 de marzo de 1986, señala la especialidad de la situación jurídica de la promesa en que las partes se comprometen a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero, auténtica ley de bases del siguiente y cuya fuerza vinculante queda atemperada a su esencia de «obligarse a obligarse», con lo que nuestro ordenamiento jurídico no sigue el principio de equivalencia a la compraventa acogido en el Código

Civil francés, pues el proyecto de Código Civil de 1851 ya se cuidó de resaltar diferencias entre la promesa de vender y la venta misma, exigiendo la lógica que la voluntad de los contratantes sea respetada, distinguiendo el contrato definitivo de compraventa de las meras promesas de compraventa, aplicando al primero las reglas de este específico contrato y a la segunda simplemente las normas generales relativas a las obligaciones y contratos.

ESTAN INCLUIDOS EN LA GARANTIA DECENAL LOS DEFECTOS QUE SON CONSECUENCIA DE OTROS APARECIDOS DENTRO DE ESE PLAZO. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo estima que no se puede condenar a la reparación de daños o desperfectos surgidos con posterioridad al plazo de garantía de diez años, sino sólo a los que se acreditan que son anteriores a la fecha en que terminó el plazo en cuestión. Pero se ignora con ello el concepto de ruina y la naturaleza progresiva de la sucesiva aparición de nuevos defectos si los primigenios no son corregidos. En efecto, doctrina reiterada del Tribunal Supremo distingue en materia de deficiencias que puede presentar la obra conforme al artículo 1.591, los graves defectos que llevan a la ruina, y además otros defectos que no conducen a la ruina del edificio de una manera inmediata, sino pasado el tiempo (Sentencia de 10-11-1994). No cabe duda, por ello, que si los primeros defectos comprobados surgen en tiempo de garantía, los posteriores que son consecuencia lógica de aquéllos no queden excluidos de la obligación de reparar o indemnizar.

EL MANDATO PUEDE CONCEDERSE DE FORMA TACITA. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La validez del mandato viene determinada por la existencia del consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se manifieste: expresa o tácita, por escrito o verbal. No puede con posterioridad el mandante ir contra sus propios actos productores de efectos jurídicos y negar el mandato en perjuicio de terceros.

Es también doctrina conocida que la falta de escritura pública en los contratos en que se exija tal requisito de forma por el artículo 1.280, no les resta eficacia si concurren en su otorgamiento las condiciones esenciales para su validez, pudiendo pronunciarse la existencia de un contrato sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL CUANDO LA ADMINISTRACION ACUDE A LA «VIA DE HECHO». (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando la Administración pública adopta contra un particular alguna medida o resolución, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para ello, es decir, cuando acude a la llamada «vía de hecho» sin cobertura procedimental alguna, cabe contra dicha resolución o medida meramente fáctica el correspondiente interdicto ante la Jurisdicción civil, por lo que de las consecuencias derivadas de la sentencia estimatoria del expresado interdicto de recobrar, ha de conocer también la jurisdicción civil.

LA RESPONSABILIDAD EN LA CONSTRUCCION ES, EN PRINCIPIO, INDIVIDUAL. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo por causa de los vicios ruinógenos de que adolezca la obra edificada (art. 1.591 CC), es en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el proceso edificativo, pues el artículo 1.591, acorde con la diferenciación de tareas profesionales, distingue la doble hipótesis de ruina por vicio de la construcción y ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad de los daños y perjuicios al constructor y en el segundo al arquitecto, y sólo cuando el suceso ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda apreciarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina ocasionada por la conjunción de causas, de modo que resulta imposible discernir específicas responsabilidades de técnico y contratista en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la condena solidaria de los intervinientes en la edificación.

EMBARGO PREVENTIVO. TERCERIA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El embargo preventivo está al servicio de una acción principal cuya ejecución trata de garantizar con la misma eficacia que si la sentencia se hubiera obtenido el mismo día de la traba, pero, naturalmente, cuando la sentencia llega y es condenatoria, nada aconseja que se alce, pues, firme la sentencia, puede irse directamente a la vía del apremio de ejecución por transformación.

La tercería de dominio tiene por objeto liberar del embargo bienes individualmente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio, para lo que se ha de tener presente la situación de su dominio existente en la fecha en la que la traba fue practicada, sin que se puedan tomar en consideración para ese juicio situaciones surgidas con posterioridad.

PRELACION DE CREDITOS: PREFERENCIA DE LAS POLIZAS QUE REFLEJAN UNA DEUDA EXIGIBLE. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Respecto al apartado a) del artículo 1.924-3.º, las escrituras públicas de que habla deben equipararse a las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio o Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1.218 del Código Civil, 93 del Código de Comercio y 596 de la LEC, ahora bien, la preferencia a que se refiere dicho apartado es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo en tales casos referida la preferencia a la fecha de su operación de liquidación y fijación o determinación del saldo deudor.

EL RIESGO NO PUEDE ERIGIRSE EN FUNDAMENTO UNICO DE LA OBLIGACION DE RESARCIR. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1995.)

Hechos.—Un empleado de una fundición cometió una imprudencia y sufrió graves lesiones él mismo. Demanda a la empresa, que es absuelta.

Doctrina de la Sentencia.—Señala la jurisprudencia de esta Sala que, para imputar la culpabilidad como consecuencia de determinada conducta o actividad se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un elemento subjetivo, representado por un hacer u omitir algo que se encuentra fuera de las normas de cautela y previsión establecidas por el ordenamiento y socialmente aceptadas, siendo de señalar a estos efectos que en la interpretación que actualmente prima para la aplicación de estas normas se tienen en cuenta los principios de la previsión del riesgo que puede derivar del empleo del medio productor del evento; b) la producción de un resultado dañoso, habiéndose atenuado el inicial criterio subjetivista del precepto a través de una cierta subjetivación; c) un adecuado nexo causal.

El riesgo no puede erigirse en el campo civil en fundamento único de la obligación de resarcir.

EL DEMANDADO QUE HA SIDO CONDENADO NO PUEDE SOLICITAR LA CONDENA DE OTRO CODEMANDADO. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta sala tiene reiteradamente declarado en numerosas Sentencias, entre otras las de 24-10-1990 y 23-11-1994, que el demandado que resultó condenado en la instancia no puede solicitar en este recurso la condena de otros demandados que fueron absueltos; porque ello supondría una alteración de la relación jurídica constituida por la demanda y contestación a ella, sin que el proceso y su escrito inicial puedan ser tergiversados por la circunstancia de que un demandado solicite la condena de un codemandado, lo que sería absurdo y contrario al carácter de orden público de regulación de los procesos civiles.

LA INCLUSION DEL CREDITO AVALADO EN EL CONVENIO DE SUSPENSION DE PAGOS NO DESVIRTUA LA OBLIGACION DEL AVALISTA. REQUISITOS DE LA ACCION REVOCATORIA O PAULIANA. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de éste entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del convenio desvirtúa la obligación resultante del aval, salvo en el caso de que el acreedor se conforme con no cobrar más de lo que le corresponda en la liquidación y repartimientos hechos en las diligencias de la suspensión de pagos.

Entre los requisitos que condicionan la viabilidad de la acción revocatoria o pauliana no figura precisamente el de que la enajenación de bienes, produc-

tora de la insolvencia del deudor, haya de tener lugar necesariamente después de que el acreedor haya promovido el proceso correspondiente contra dicho deudor en reclamación del pago de la deuda, pues puede haberlo sido con anterioridad a la promoción de dicho proceso, siempre que, como es obvio, concurren los verdaderos requisitos exigidos para el éxito de dicha acción, que son los siguientes: la existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra de que enajena la cosa; realización de un acto por virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor.

COMRAVENTA: LA ENTREGA DE UNA COSA POR OTRA CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO SI LO ENTREGADO ES INSERVIBLE. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien se ha declarado que en los casos de compraventa la entrega de una cosa por otra (*aliud pro alio*) constituye incumplimiento, ello presupone la entrega de una cosa inservible, lo que en modo alguno puede sostenerse en el presente caso. Con ello no se frustraron las legítimas expectativas de la parte ahora recurrente. Tampoco es aceptable aplicar al caso discutido la doctrina jurídica de los vicios en la compraventa, puesto que es menester que los vicios hagan impropio el objeto de la compraventa; la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significaría incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio.

SE APLICA EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR RIESGO EN LOS SUPUESTOS DE CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1995.)

Hechos.—Dos inspectores de policía circulaban por una autopista a gran velocidad, en un vehículo oficial y efectuando un servicio; el coche se salió en una curva y dio varias vueltas de campana. El conductor murió en el acto y su acompañante sufrió gravísimas lesiones. El superviviente demanda al Estado, que es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia —Las acciones negligentes o imprudentes del conductor del vehículo oficial no infringen o vulneran una disposición administrativa, ni acto concreto de la Administración sujeto al Derecho administrativo, sino una relación de orden privado que, aunque pueda generar responsabilidad patrimonial del Estado, será exigible con fundamento en el derecho civil, y como cuestión de tal orden, su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Los actos culposos y negligentes causados por conductores de vehículos, tanto públicos como privados, deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria. No se está ante el funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino ante la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil, que, cuando surja contienda, ha de resolverse ante la jurisdicción ordinaria.

Si bien el artículo 1.902 CC descansa en un principio culpabilístico, existe una presunción *iuris tantum* de culpa imputable al autor de los daños, siendo

éste quien, por inversión de la carga de la prueba, es el llamado a producirla si quiere exonerarse de responsabilidad. Al lado de esta presunción de culpa, esta Sala, por hechos de la circulación de vehículos de motor, aplica el principio de responsabilidad por riesgo, prescindiendo de la culpa de las personas que la manejan, por estimarse que el uso del automóvil implica de por sí un riesgo suficiente de suyo para hacer surgir esa responsabilidad, a salvo el caso de que la propia víctima se interfiera en la cadena causal.

LA FIGURA DEL PRECONTRATO REQUIERE UNA APLICACION RESTRINGIDA (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El discutido artículo 1.451 CC, en el que se contempla la figura del «precontrato o de la promesa de venta», requiere para su aplicación una interpretación restringida, a la par que cautelosa, dado su carácter excepcional.

Es igualmente doctrina jurisprudencial la de que para determinar si en estos casos nos hallamos a presencia de una compraventa, de un «precontrato», o de una «promesa de venta», se hace preciso atender a la voluntad de las partes, la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato.

Aun cuando constituya una declaración jurisprudencial evidente que la calificación jurídica de la voluntad contractual de las partes es función privativa de los tribunales de instancia, no lo es menos que ello tiene como excepción que la misma sea contraria a las normas de la hermenéutica contractual.

OPCION DE COMPRA: ES NECESARIO QUE LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD DEL OPTANTE LLEGUE A CONOCIMIENTO DEL VENDEDOR DENTRO DEL PLAZO. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La compraventa no queda perfecta por la sola manifestación de voluntad del optante dentro del plazo, sino que es necesario que llegue a conocimiento del vendedor dentro de dicho plazo, ya que debe conocer si ha quedado libre o no de disponer de la cosa objeto de la opción, y porque hasta la finalización del plazo, y no más lejos, dura su vinculación con el optante. Aplicando el artículo 1.262-2 CC, la venta no se entiende perfeccionada hasta que el oferente no conoce la aceptación. Esta Sala tiene declarado que tal conocimiento hay que darlo por existente desde el momento en que fue posible, porque el oferente hubiese actuado con una diligencia media, y que la opción caduca cuando llega a conocimiento del vendedor fuera de plazo. Es carga del optante al ejercitar la opción, la de emplear los medios adecuados a este fin, sin que en ningún caso pueda imputar al concedente o vendedor el fallo de esos medios.

J. Q. S.

DIFERENCIACION ENTRE CAUSA DEL NEGOCIO Y MOTIVOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1995.)

Hechos.—Doña Natividad vende al Obispado de Bilbao una finca para construir en la misma la nueva y futura Iglesia Parroquial de Lemona.

Doctrina de la Sentencia.—Estamos ante un contrato de compraventa puro y simple, no sujeto a condición, donde debe diferenciarse entre la «causa» del negocio y los «motivos» de la compraventa, no pudiendo por menos de insistir que la causa, cual acontece en este tipo de contratos, viene determinada para el vendedor por la percepción del precio y respecto del comprador por la entrega de la cosa, que es precisamente lo que impulsa al primero a vender y al segundo a adquirir, siendo de imposible estimación la alegación de la actora-recurrente de que existe en el referido contrato una condición.

VALIDEZ DE LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS POR UN PRESIDENTE DE COOPERATIVA SIN PODER EXISTENTE CON UN ENTE BANCARIO PRESTAMISTA DE BUENA FE, EN BASE A LA PROTECCION DE LA SEGURIDAD JURIDICA Y DEL COMERCIO. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La falta de cualquier concesión de todo poder al presidente para hipotecar bienes de la Cooperativa es de una evidencia cegadora, y en este sentido existe infracción del artículo 1.713 del Código Civil, que acarrearía la nulidad absoluta de las hipotecas que gravitan sobre aquellos bienes y la libertad de tales cargas que indebidamente soportan. No obstante, el haber actuado la Caja prestamista de buena fe y al haber confiado en los poderes que decía el presidente de la Cooperativa le había concedido la Junta General, han de mantenerse las hipotecas por la necesaria protección de la seguridad jurídica y del comercio, desestimándose la infracción del artículo 1.713 del Código Civil en cuanto que se alega para fundar la petición de nulidad de las hipotecas, sin perjuicio de las acciones que a los cooperativistas-recurrentes les corresponda contra el presidente de la Cooperativa y sin que pueda exigírseles ninguna ratificación de lo actuado por él, ante la Caja prestamista para obtener la escritura pública de las viviendas, ni tampoco puede entenderse que implica esa ratificación la aceptación (necesaria e inexcusable por razones de validez frente a tercero de buena fe) de las hipotecas.

CORRESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE LOS ARQUITECTOS EN BASE AL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad de la empresa constructora por los vicios constructivos, consecuencia de la mala ejecución de la obra, no exime de la responsabilidad solidaria de los arquitectos, pues su intervención no se limitó a la mera confección del proyecto, puesto que también asumieron la dirección de las obras, salvo que se quiera reducir tal misión a una actividad meramente testimonial, lo cual no se aviene con el Real Decreto de 17 de junio de 1977, puesto que esa dirección debe abarcar también la vigilancia de aquellos aspectos defectuosos de la obra que por sus características, extensión y generalidad necesariamente sobresalen en cualquier tipo de inspección.

LA FORMA DEL NEGOCIO DISIMULADO SERA LA PROPIA DEL SIMULADO.
(SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bajo la existencia del negocio simulado —compraventa— existe el negocio disimulado —donación—, la forma de éste será la propia del simulado, y, si es la exigida por la Ley para el tipo de negocio a que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente. De esta manera, la exigencia de escritura pública para la donación se cumple aplicando lo que el Notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el Notario estaba autorizando un contrato de donación. Así se cumplen las exigencias de los artículos 630 y 633 del Código Civil, al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores que comparecieron personalmente al otorgamiento de las respectivas escrituras.

COMPATIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL Y DEL RECARGO EXISTENTE EN LA HOJA DE ENCARGO CONTENIDOS EN LA RELACION CONTRACTUAL CONOCIDA COMO «CONTRATO DE ARQUITECTO». (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Debe hacerse efectiva la cláusula penal redactada en un contrato de arrendamiento de servicios —contrato de arquitecto— donde las partes pactaron como recargo de los honorarios del arquitecto el incremento del 20 por 100 por renuncia de la propiedad, pues se deriva de una constatada situación incumplidora, voluntariamente decidida y asumida, imputable al propietario, ya que el arquitecto cumplió con su cometido de redacción del proyecto básico y si no pudo realizar la dirección y ejecución de la obra fue debido a que los trabajos constructivos no se iniciaron. También resulta de aplicación el recargo procedente del 10 por 100 por transformación en misión parcial del encargo, compatible con la cláusula penal, cuyo percibo autoriza la hoja de encargo, autorizada por el Decreto de 17 de junio de 1977, que actúa como efectivo contrato, con especificación de las tarifas, sus tipos correspondientes y cuantificación de honorarios profesionales, así como el presupuesto general de la obra.

LOS BIENES PATRIMONIALES CONSTITUYEN EL CONTENIDO ECONOMICO PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD IRREGULAR CUYO FIN ES EL DISFRUTE DE UNA CONCESION O AUTORIZACION DE EXPLOTACION, AL MARGEN DE LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Se señala en la sentencia que para disfrutar de una concesión o una autorización de explotación, es necesario disponer de un capital, y precisamente, esta parte del negocio es lo que constituye el fondo económico de la sociedad privada. La intención de los contratantes era explotar el negocio por partes iguales, respetando aparentemente las disposiciones sucesorias que venían establecidas en la legislación vigente relativas a las antiguas concesiones administrativas para la explotación de aparatos surtido-

res de gasolina, y, llevar a cabo el negocio o parte económica que tal explotación requiere. Esto significa que cuando en la sentencia recurrida se habla del «50 por 100 del valor de la concesión» ha de entenderse aplicada esa proporción a los bienes patrimoniales que constituyan el patrimonio de la sociedad, al margen de la concesión o autorización administrativa para la explotación de los aparatos surtidores de gasolina.

LA ACCION RESCISORIA DE ENAJENACIONES HECHAS EN FRAUDE DE ACREEDORES, NO PERJUDICARAN AL TERCERO (COMPRADOR DEL BIEN) CUANDO HABIENDO ADQUIRIDO POR TITULO ONEROSO NO HUBIESE SIDO COMPLICE EN EL FRAUDE. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Tras acreditarse que una cofiadora solidaria con el propósito de defraudar al acreedor procede a la venta de sus bienes, surge el problema en relación con la tercera-compradora, pues debe acreditarse la existencia, o no, del *consilium frudis*, el cual puede estar constituido tanto por la intención de causar un perjuicio al acreedor como por la simple conciencia de causársele. Al no apreciarse intervención alguna en el citado *consilium frudis* de la citada tercera-compradora de los bienes inmuebles, no es posible declarar la rescisión del contrato de compraventa en que intervino.

SUBSIDIARIEDAD DE LAS REGLAS INTERPRETATIVAS DE LOS CONTRATOS DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Las reglas hermenéuticas establecidas en el Código Civil tienen el carácter de subsidiarias en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que al que corresponda el sentido gramatical.

EL PLAZO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ARTICULO 1.968-2.º COMIENZA DESDE LA NOTIFICACION DE LA RESOLUCION INVALIDANTE Y NO DESDE EL ALTA MEDICA. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.969 se mantiene en la idea de que el tiempo para la prescripción se contará desde el día que la acción pudo ejercitarse. No es posible hacer coincidir el inicio del cómputo con la fecha exclusiva del alta médica, porque eso sería procedente cuando a partir de dicha fecha se pueda ejercitar la acción correspondiente, para lo que se precisa que ese alta médica lo sea con todas sus consecuencias, lo que determina que ha existido una sanidad completa en coherencia con la misma semántica o literalidad de la expresión «alta médica», en alusión a la situación, en lo que el accidentado o enfermo recupera su sanidad, o bien, hasta en la línea de que tras ese alta médica no se mantengan secuelas residuales que precisen, o un tratamiento posterior, o, como en el caso de autos, la prosecución de un expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de la lesiones en la capacidad laboral del trabajador.

EL EMBARGO DE UN DERECHO DE SUPERFICIE PACTADO A TRAVES DE UNA COMPRAVENTA CON CONDICION RESOLUTORIA SE HALLA SUPEDITADO A LAS VICISITUDES DE DICHA CONDICION. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La resolución contractual, en nuestro caso de una compraventa, por la que se adquiere un derecho de superficie, produce efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiera concluido. Esto significa que aunque se hubiere anotado el embargo por un tercero sobre dicho derecho de superficie, el embargante sabía que su derecho quedaba supeditado a las vicisitudes de la condición resolutoria inscrita, bien para consolidar el embargo, bien para que se levantase, precisamente por la publicidad registral.

NO HAY NULIDAD DE DONACION SI TRAS LA REALIZACION DE UNA COMPRAVENTA ANTERIOR DEL MISMO OBJETO NO SE OPERO LA TRANSMISION DOMINICAL AL FALTAR LA TRADICION. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe hablarse de nulidad de donación motivado por el hecho de que la donante no era propietaria del bien donado por la razón de haber vendido dicho bien con anterioridad. Y ello porque la casa no se entregó al comprador, y por tanto, no llegó a ponerse en su poder y posesión (art. 1.462 del CC), con lo que faltando la tradición (art. 609-2.º CC) no se operó la transmisión dominical, de donde se deduce que era dueña de la parte indivisa donada cuando la donación se realizó y, en definitiva, lo acontecido es que dicha vendedora incumplió la obligación previamente contraída, circunstancia que no puede considerarse determinante de la nulidad absoluta de la donación. Al ser imposible el cumplimiento del contrato de compraventa entra en juego el artículo 1.124 del Código Civil, es decir, le resta al comprador y le quedan reservadas las acciones pertinentes para solicitar la resolución del contrato con el resarcimiento del daño que se le haya producido.

VALORACION DE LA PRUEBA DE CONFESION JUDICIAL EN EL RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La prueba de confesión judicial no es lícito desarticularla en casación respecto de las demás probanzas, pues la valoración de dicha prueba es algo que corresponde al juzgador y que la misma únicamente puede ser alterada en casación cuando se acredite que el juzgador al ponderarla ha incidido en error.

LA CUANTIA DE LA DEMANDA DEBE ALCANZAR LA CANTIDAD MINIMA EXIGIDA EN EL ARTICULO 1.687-1.º PARA LA ADMISION DEL RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurso no reúne los requisitos legales exigibles para su admisión, toda vez que el contenido económico de la litis no alcanza el mínimo exigido por las leyes procesales.

SENTENCIA INCONGRUENTE POR LA APRECIACION DE LA CONCURRENCIA DE UNA EXCEPCION NO ADUCIDA Y DE OBLIGADA APORTACION DE PARTE. (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Tras apreciar la existencia de una causa verdadera y lícita disimulada (*animus donandi*) bajo la apariencia de una causa falsa —el supuesto contrato de compraventa—, absuelve a la demandada que se limitó a reafirmar la veracidad del precio pagado por la compra de los bienes, no obstante, demostrarse y acreditarse como hecho probado que tal desembolso nunca se produjo. La demandada ni alegó la donación, ni condujo su prueba por esos derroteros. Por ello se ha introducido una contraprestación en el objeto del proceso —la estimación de la existencia de un negocio jurídico disimulado real y con causa que el demandado ni por vía de reconvencción ni como excepción lo plantea— no ejercitada por la parte favorecida con la absolución, pese a establecerse la nulidad de la compraventa.

RESULTA SER INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE ALTERA LOS TERMINOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION EJERCITADA Y FUNDA SU CONDENA EN UNA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ENTIDAD RECURRENTE QUE NO FUE INVOCADA POR LA PARTE ACTORA. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si no se ha ejercitado la acción de responsabilidad contractual sino la de responsabilidad extracontractual, cuya doctrina es aplicable cuando se exige la responsabilidad civil derivada de delito, no se puede fallar sobre aquélla porque no responde en absoluto al planteamiento del litigio.

LA CULPA ES EL ELEMENTO ESENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El concepto de culpa o negligencia a los efectos del recurso de casación y como elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual merece la consideración de cuestión de derecho, en cuanto implica la calificación de la acción u omisión como culpable o negligente, partiendo de los hechos que respetando la existencia y caracteres de los mismos, quedan definitivamente acreditados.

EN EL CONTRATO CON ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO, EL TERCERO BENEFICIADO TIENE ACCION PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO A PARTIR DE LA ACEPTACION COMUNICADA, YA QUE ES EL TITULAR DEL DERECHO HACIA EL DERIVADO Y NO SIMPLEMENTE EL DESTINATARIO DE LA PRESTACION. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—En el caso de autos las estipulaciones a favor de terceros no tienen carácter subsidiario o complementario, pues constituyen nada menos que su compensación del valor de sus participaciones en la propiedad de la finca y la liberación de una fianza solidaria prestada en beneficio de unos intereses sociales que han pasado a otras manos. La exigibilidad de las prestaciones otorgadas en el contrato principal, aparece reconocida expresamente por la Ley. La reciprocidad existente entre estos derechos concedidos, y las prestaciones accesorias pero subordinadas que dispensan los terceros, resulta evidente en virtud de una valoración racional de los hechos no combatidos.

LA LLAMADA «MULTA PENITENCIAL» DEL ARTICULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO ES APLICABLE SIEMPRE QUE LO PIDA LA PARTE SIN NECESIDAD DE QUE LA CANTIDAD SEA LIQUIDA, YA QUE EL CARACTER DE LA MISMA ES PUNITIVO O SANCIONADOR, Y SOLO PODRA EXIGIRSE CUANDO EL IMPAGO OBEDEZCA A CAUSA NO JUSTIFICADA O QUE LE FUERA IMPUTABLE AL ASEGURADOR. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Los «intereses penitenciales» no pueden equipararse a los típicos intereses de mora sobre la base de deudas líquidas, siendo aquellos devengables desde que la indemnización devino líquida e inatacable, pero la «multa» referida sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a «causa no justificada o que le fuera imputable al asegurado». Cuando se trate de causa justificada o no imputable, no cabe ese elemento de reprobabilidad determinante del recargo correspondiente, y se establece que habida cuenta las circunstancias concurrentes en el hecho del siniestro o bien, respecto a la actitud del asegurado o, incluso, a la propia cobertura de la póliza, concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la asegurada ha existido o no responsabilidad para su cobertura, siendo evidente que hasta que ello no se constate, no podrá indicarse que acontezca la mora del asegurador y el efecto agravatorio del recargo.

EXISTE ABUSO DE JURISDICCION CUANDO SE ENTRA A CONOCER UNA OBLIGACION TRIBUTARIA QUE NO HA SIDO OBJETO NI DE RECLAMACION NI DE CONTROVERSIA. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Los órganos jurisdiccionales del orden civil tienen competencia para conocer de las cuestiones que se susciten en relación a la posibilidad de repercutir sobre aquél que debe soportarlo por mandato legal, el pago de los impuestos consecuencia de un contrato privado y que han de ser satisfechos a la Administración Tributaria por el otro contratante en cumplimiento de las obligaciones que al mismo impone la legislación fiscal,

todo ello en base al carácter accesorio de tal pretensión respecto a la de pago de precio. No obstante, existe un abuso de jurisdicción cuando la Sala de oficio entra a conocer una cuestión como es la de la obligación tributaria del recurrente de satisfacer el impuesto sobre el valor añadido, fijando su cuantía, cuestión de la que habrían de conocer los órganos del orden contencioso-administrativo en caso de que se plantease contienda judicial sobre ella.

LA ACCION ESTIMATORIA O QUANTI MINORIS CADUCA AL HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO DE SEIS MESES DESDE LA ENTREGA DEL INMUEBLE REALIZADO EL MISMO DIA DEL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA DE VENTA POR TRADICION INSTRUMENTAL. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Dada la naturaleza consensual y meramente obligacional del contrato de compraventa, el mismo, no produce, por sí solo, la transmisión del dominio de la cosa vendida del vendedor al comprador, pues para que tal transmisión dominical se produzca, de acuerdo con la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de compraventa ha de ir seguido de la entrega o *traditio*, pudiendo ésta consistir en la entrega real y física de la cosa vendida o, cualquiera de las formas espiritualizadas de la llamada *traditio ficta*, una de las cuales es la tradición instrumental, con las que queda cumplido el requisito de la entrega a los efectos traslativos del dominio, pero esta última no es la entrega a que se refiere el artículo 1.490 del Código Civil, cuando dice que los seis meses del plazo de caducidad de las acciones edilicias a que se refiere se contarán «desde la entrega de la cosa vendida», pues dicha entrega sólo puede ser la real y física, ya que ella es la única que posibilita el que el comprador, a través del contacto inmediato y físico con la cosa comprada, pueda comprobar *de visu* si ésta adolece, o no, de algún vicio oculto. No obstante, en el presente supuesto en el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta se entrega la posesión real y física de la totalidad del inmueble comprado.

FALTA DE TITULARIDAD REAL Y EFECTIVA DE LOS BIENES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL CUANDO SE HA REALIZADO PARA ELUDIR LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE SU FUNDADOR EJECUTADO EN PERJUICIO DE LOS DERECHOS DE TERCEROS. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Frente a la doctrina de que las aportaciones sociales constituyen un negocio jurídico transmisivo, se encuentra la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, lo cual demuestra que la sociedad creada carece de la titularidad real y efectiva de los bienes previamente embargados al socio fundador en el juicio ejecutivo del que es incidencia la tercería de dominio formulada por la sociedad mercantil.

LA ESTIMACION DE OFICIO DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA SUPONE LA DESESTIMACION DE LA DEMANDA POR AFECTAR AL FONDO DEL ASUNTO. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato para cuyo cumplimiento se acciona fue suscrito por una sociedad diferente de la demandada, sin perjuicio de la identidad de objeto social e incluso de las personas físicas que desempeñan cargos en las mismas, obvio es que la relación jurídico-procesal a que dio lugar la demanda se constituyó en forma tal que no puede abocar a la estimación de la misma, toda vez que ello comportaría la condena de una entidad social diferente a la que se vio obligado contractualmente y que, por tal razón, se vería imposibilitada a dar cumplimiento a un contrato en el que no fue parte.

NO CABE ALEGAR LA TERCERIA DE MEJOR DERECHO CUANDO EL CREDITO CUYA PREFERENCIA SE RECLAMA NO SE ACREDITA QUE SEA EXIGIBLE, VENCIDO O LIQUIDO. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Se desestima la demanda de tercería de mejor derecho en base a que el crédito cuya prioridad o preferencia reclama el tercerista, con respecto al ejecutante en el juicio ejecutivo del que la tercería de mejor derecho es una incidencia, está basado en una póliza de crédito en cuenta corriente, que requiere que mediante la liquidación acreditativa del saldo de dicha cuenta corriente, quede constatada la certeza, liquidez y vencimiento del expresado crédito, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, pues el tercerista no ha acompañado a su demanda, ni en ningún otro momento procesal, el documento fehaciente que acredite la liquidación de la cuenta corriente, y, por tanto, que el referido crédito sea exigible, vencido y líquido.

I. I. M.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—AUNQUE LA REGLA 3.ª DE LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª (LAR) EXIGE QUE SE HAYA PERDIDO MEMORIA DEL TIEMPO POR EL QUE SE CONCERTO EL ARRENDAMIENTO, EL HECHO ES QUE EL CONOCIMIENTO CIERTO DE LA FECHA INICIAL DEL CONTRATO NO ES OBSTACULO AL EXITO DE LA ACCION, SI CONCURREN LOS DEMAS REQUISITOS LEGALES. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado de Tolosa estimó la demanda, desestimando la apelación la Audiencia de Pamplona.

No procede la casación. El recurrente dice que como el contrato en que funda su derecho es de 1909, no se ha perdido memoria del tiempo por el que se concertó, por lo que no procede el acceso a la propiedad, ya que no se da el supuesto de la regla 3.ª de la Disposición Transitoria 1.ª LAR. Pero este argumento choca con la literalidad del precepto, pues al expresarse el legislador, haciendo uso de la preposición «por», indicativa de duración o tiempo aproximado, es claro que se relaciona el requisito de la pérdida de memoria con el tiempo de duración de contrato, es decir, el plazo por el que se concertó. Para aceptar la tesis del recurrente sería necesario que se utilizase la preposición «en» en vez de la preposición «por». El Tribunal *a quo* entiende que la ausencia de datos concretos supone la pérdida de memoria del que habla la Ley y así debe ser, habida cuenta de la primitiva fecha inicial y la serie de acontecimientos históricos ocurridos en España desde entonces, hace prever, dentro de lo probable, la existencia de posibles pactos concretos referentes a las prórrogas tan reiteradamente mantenidas y que el conocimiento cierto de la fecha inicial del contrato no sea obstáculo al éxito de la acción ejercitada, concurriendo los demás requisitos legalmente exigidos.

RESOLUCION DE CONTRATO.—EL RECURRENTE NO TIENE EL CARACTER DE CULTIVADOR PERSONAL, YA QUE NO TIENE LA EXCLUSIVIDAD EN SU DEDICACION A LA AGRICULTURA, A LOS EFECTOS DE LA APLICACION DE LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª DE LA LEY DE 1980. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Plasencia estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Cáceres rechazó la apelación.

No se admite la casación. La sentencia de instancia declaró el desahucio por expiración de término, a pesar de que el arrendatario alegó ser cultivador personal, con derecho a prórroga. El texto legal vigente, al definir la categoría de cultivador personal en el artículo 16, emplea términos menos exigentes y rígidos que los del artículo 83 del Reglamento de 1959, ya que éste exigía que las operaciones se realicen materialmente, lo que no se reitera en aquél, y la Disposición Transitoria 1.ª alude al artículo 16 y no al 15, que habla de profesional de agricultura y el cultivador personal tiene un carácter de exclusividad que aquí no se da, ya que posee otros cultivos de regadío en distintos términos municipales y establecimientos comerciales abiertos al público, que repudian la afirmación de exclusividad en su dedicación agraria que en este caso ha de primar sobre el de mera preferencia dentro de las actividades del arrendatario, debiendo prevalecer aquella —exclusividad— a los efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de 1980. Si por la tácita reconducción de la nueva Ley, el contrato concluyó el 31 de diciembre de 1988, con el previo requerimiento o preaviso de la arrendadora en 13 del mismo mes y año, es patente la correcta aplicación del Ordenamiento jurídico por la Sala.

RESOLUCION DE CONTRATO.—NO ALCANZANDO LA CUANTIA DE LA RENTA LA CIFRA DE 500.000 PESETAS, NO SE PUEDE ADMITIR EL RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Segovia estimó la demanda, pero la Audiencia de Madrid revocó la anterior.

No se admite la casación. El Juzgado declaró la resolución del contrato por haber causado el demandado graves daños en la finca con dolo o negligencia mediante corta ilegal o abusiva de arbolado y leñas, pero la Audiencia revocó la anterior, absolviendo al demandado. Se interpuso el recurso de casación, pero no alcanzando la cuantía del litigio la cantidad de 500.000 pesetas, no se admite la casación, según la Ley 34/1984, de Reforma de la LEC que elevó la cuantía de 50.000 a 500.000 para admitir el recurso, en relación con el artículo 13 LAR y las causas de inadmisión se convierten en causas de desestimación, conforme a la Disposición Transitoria 2.^a de la repetida Ley de 1984.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL PRECIO A SATISFACER DEBE SER EL DEL ARTICULO 39 DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA Y NO EL DEL ARTICULO 47 DE LA MISMA LEY. (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado de Durango estimó el derecho de acceso a la propiedad rechazándolo respecto al cobertizo, y la Audiencia de Bilbao desestimó la apelación.

No procede la casación respecto al demandado y sí en cuanto al actor. En cuanto al recurso del demandado, ha quedado probada la cualidad de cultivador personal del actor y no se acredita la novación de la relación arrendaticia, existiendo un sólo contrato sin solución de continuidad alguna. En lo que respecta al recurso del actor tampoco prevalece en cuanto al acceso a la propiedad del caserío, ya que no ocupó el tiempo suficiente para tener este derecho. En cuanto a la fijación del precio hay que tener en cuenta que el Juez se remitió a las normas de la expropiación forzosa y la Audiencia dice que se atenderá a dicha Ley, pero fijando el precio real de acuerdo con el incremento de afección señalado en el artículo 47 de la Ley de Expropiación, por lo que el actor combate esta matización de los preceptos de esta Ley, siendo de acoger este motivo, ya que la Ley de Arrendamientos Rústicos se remite a la de Expropiación Forzosa y la norma primaria es la del artículo 39 de esta Ley que fija el valor, atendiendo a la media aritmética entre la cantidad resultante de capitalizar al interés legal la renta líquida, aumentada en un 5 ó 10 por 100, según sea catastrada o amillarada y el valor actual de fincas análogas por su clase, en el mismo término municipal. Sólo en el supuesto de que así no resultase conforme con el valor real de los bienes, se puede acudir a otros criterios valorativos, no siendo esta cuestión competencia actual de la Sala de Casación.

RETRACTO.—EL ARRENDATARIO RETRAYENTE NO TENIA LA CUALIDAD DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA, Y AUNQUE EL HIJO SE SUBROGUE DESPUES EN EL ARRENDAMIENTO, AQUELLA CUALIDAD DEBE TENERLA AL EJERCITAR LA ACCION Y NO POSTERIORMENTE. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado de Amurrio desestimó la demanda y la Audiencia de Bilbao rechazó la apelación.

No triunfa la casación. Ambas sentencias coincidieron en negar la cualidad de profesional de la agricultura del arrendatario retrayente, por lo que le negaron su derecho al retracto. Este tenía setenta y nueve años cuando ejercitó la acción retractual, teniendo incapacidad física para atender personalmente

las fincas, con distinto domicilio a la ubicación de las fincas que, además, donó a sus hijos, no disponiendo de aperos, utillaje, maquinaria ni instrumental agrícola, unido a no figurar, dado de alta en la Seguridad Social ni con licencias administrativas o fiscales que lo titularan como empresario agrícola. En cuanto a que el hijo del actor cooperase con éste en el arrendamiento, lo cierto es que no se ha producido la subrogación del artículo 74 LAR y la acción la ha de ejercer el que esté investido de la condición de arrendatario en el momento de su ejercicio y, aunque el recurrente haya sucedido testamentariamente al supuesto arrendatario que ejercitó la acción, lo hace con la cualidad singularísima de mantener los derechos que su padre tenía en vida, pero sin poder alterar el estatus subjetivo existente en el momento de promoverse la demanda. Además, en el presente caso, sin contar con la ignorancia de las condiciones personales en el actual recurrente, el término judicial para ello estaría sobradamente caducado.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RECLAMACION DE CANTIDAD.—EJERCITADO POR LA ARRENDADORA EL DERECHO DE OPCION PARA INTRODUCIR EN EL LOCAL A UN NUEVO ARRENDATARIO MEDIANTE UN NUEVO CONTRATO, ES EVIDENTE QUE ADEUDA EL PRECIO DE LA OPCION TODAVIA NO PAGADO. (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Málaga desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Granada revocó la anterior.

No triunfa la casación. La sentencia de apelación estimó que arrendado un local al actor en 1983, éste renunció a los derechos de traspaso, subarriendo, asociación o cualquier otro modo de cesión, pero en 1984, por una adición al mismo, le fueron reconocidos los derechos de traspaso y subarriendo, así como se le autorizaba a realizar obras de adaptación, equipamiento y decoración del local. En 1985 se hizo una pausa en la explotación del negocio, haciéndose cargo del mismo el arrendador hasta el 1 de junio de 1986 en que le sería devuelto, reconociendo a la arrendadora un derecho de compra del traspaso por importe de 100.000 marcos alemanes que podría ejecutar la entidad en cualquier momento, a partir de la firma del presente contrato y que anularía el derecho de compra del traspaso. El arrendatario cedió los derechos sobre el local a un tercero y, posteriormente, la arrendadora arrendó el local por un año a dicho tercero. La Sala entendió que el arrendatario concedió a la propietaria una opción de compra de sus derechos arrendaticios y no sólo del derecho de traspaso y, por tanto, ejercitado el derecho, quedaría anulado el contrato de arrendamiento en el momento de hacerse efectivo el precio, y así debe interpretarse la voluntad de las partes, por lo que la introducción en el negocio del tercero lo fue, no a través de un traspaso, sino de un nuevo contrato, independiente y distinto del anterior, porque quien tendría que haber figurado como cedente no se hallaba investido de las facultades de ceder, pendiente como estaba el posible ejercicio de la opción de la propietaria, y es lo que hizo ésta al arrendar el local a un tercero, lo que supone que adeuda el precio de la misma, todavía no pagado, lo que opera como antecedente para que, anulándose los derechos del actor, pueda la propietaria actuar libremente y arrendar a un tercero, como así se hizo.

REALIZACION DE OBRAS.—LAS OBRAS NO MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL, DADO QUE NO SE INTRODUCE NINGUN CAMBIO EN LA DISTRIBUCION DEL ESPACIO ARRENDADO CON REFERENCIA A SU FORMA, NI SE CAMBIA SU ASPECTO PECULIAR, SINO QUE SE TRATA DE MERAS OBRAS DE MANTENIMIENTO O CONSERVACION. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Bilbao desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No prospera la casación. Las obras incontestadas a que se refiere la demanda para fundar la resolución son las realizadas en 1987 y excluyendo las de 1980, que no fueron siquiera aludidas en la demanda y que se realizaron inmediatamente a la celebración del contrato. El artículo 114 LAU establece unas causas de resolución que son *numerus clausus* y no se permite invocar causas no previstas en el mismo. Debe tratarse de obras que modifiquen la configuración de la vivienda o del local o que debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción. Para las obras de mejora de instalaciones o servicios se permite que, si no tiene consentimiento de arrendador, puedan ser autorizadas judicialmente, pero ello no es aplicable al presente caso porque la mera sustitución del pavimento no constituye mejora de instalación o servicio alguno para adaptarla a las necesidades del negocio. Las obras no modifican la configuración del local, ya que no se introduce ningún cambio en la distribución del espacio arrendado, con referencia a su forma ni se cambia su aspecto, sino que se trata de meras obras de mantenimiento o conservación.

RETRACTO.—LA ACCION SE EJERCITO DENTRO DEL PLAZO LEGAL DE SESENTA DIAS AUNQUE LO FUERA ERRONEAMENTE CONTRA QUIEN SOLO ERA REPRESENTANTE DE LA COMPRADORA, YA QUE HUBO PLENA IDENTIFICACION DEL LOCAL Y DE LA ENAJENACION DETERMINANTE DEL RETRACTO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 4 de Barcelona estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa la casación. La Audiencia estimó la caducidad de la acción por entender que la demanda formulada contra el demandado lo había sido dentro de plazo, pero no lo fue así la ejercitada contra la verdadera compradora, hija del primero, por lo que revocó la sentencia anterior. Tanto la caducidad como la prescripción descansan en el abandono de un derecho que entraña el no ejercicio del mismo por su titular, dentro del plazo establecido por la ley. Sobre la base de la anterior doctrina el motivo ha de ser estimado, ya que la arrendataria del local, al serle notificada la compra, ejercitó la acción de retracto dentro de los sesenta días que establece el artículo 48 LAU, sin que el hecho de haber entendido erróneamente que el comprador era el padre y representante de la compradora, dirigiendo su demanda contra éste, ya que después amplió su demanda contra la verdadera compradora, aunque esto lo hiciera después de los sesenta días, pues el expresado derecho fue ejercitado dentro del plazo legal con plena identificación del local y de la enajenación determinante del retracto que, lógicamente, había de entenderse dirigida contra el verdadero adquirente o comprador del mismo, ya que el error fue sub-

sanado dentro del mismo proceso, entendiendo por consiguiente que la acción fue ejercitada dentro del plazo y no produce la caducidad de la misma. En cuanto a que no se consignaron los gastos del contrato y otros pagos legítimos, es doctrina de esta Sala (Sentencia de 20 de mayo de 1991) que la obligación de consignar del artículo 1.618 LEC se refiere únicamente al precio de la venta, y no los gastos del contrato y otros pagos legítimos, que pueden ser abonados con posterioridad, una vez que sean conocidos, habiéndose comprometido formalmente la retrayente en su demanda a abonarlos.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—EL ARRENDAMIENTO FUE CONCERTADO POR EL COMPRADOR QUE HABIA ADQUIRIDO CON CONDICION RESOLUTORIA, POR LO QUE, IMPAGADO EL PRECIO, NO HABIA CONSOLIDADO EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 16 de Madrid estimó la demanda, declarando la resolución del arrendamiento. La Audiencia desestimó la apelación.

No se admite la casación. El contrato de compraventa tenía una condición resolutoria y el impago se produjo, encontrándose el vendedor otro ocupante que alegó ser arrendatario, por lo que el Juzgado estimó que el arrendamiento no tuvo efectividad por haberlo pactado quien por no pagar el precio no consolidó el contrato y no tenía facultades para ceder el uso de la cosa, siendo sospechosa la ocupación como el resultado de una connivencia fraudulenta entre comprador y arrendatario. La AP confirmó la sentencia anterior. El actor demanda la recuperación de la posesión por entender que es propietario, aunque pone de manifiesto su duda cuando dice que el demandado posee, al parecer, en virtud de arrendamiento. La demanda puede prosperar, bien porque siendo cierto el arrendamiento, se haya extinguido con la compraventa que, retroactivamente quedó resuelta o porque los demandados no prueban el título en que fundan su posesión. La conclusión no puede ser otra que el éxito de la demanda, el fracaso de la oposición y el desalojo del inmueble por quien carece de título, en favor del actor que pide como propietario y demuestra serlo.

DESAHUCIO DE LOCAL.—LA PRORROGA PACTADA ES NULA POR REGIR EL REGIMEN DE PRORROGA FORZOSA AL QUE NO RENUNCIO LA RECURRIDA Y LA SIMPLE ALTERACION DE LA RENTA NO DETERMINA LA NOVACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Arrecife desestimó la demanda y la Audiencia de Las Palmas confirmó la anterior.

No procede la casación. Se arrendó un local en 1985 por dos años y, llegado el plazo, caso de prórroga, la renta se modificará conforme a los datos del INE. En 1987 se insertó una cláusula adicional, manteniendo el contrato un año más y elevaron la renta. Las dos sentencias no acogieron el pretendido desahucio por expiración del término convencional. La duración fijada no ha de reputarse válida, ya que el convenio estaba afectado por la prórroga obligatoria para el arrendador, establecida como derecho en el artículo 57 LAU. El arriendo no estaba sometido al régimen de libertad temporal que implantó el DL de 30 de abril de 1985, que entró en vigor el día 9 de mayo, fecha de

su publicación en el *BOE*, posterior al 29 de abril, fecha del contrato. La cláusula adicional de 1987, aunque introduce variaciones en el contrato no supone la novación del mismo, ya que ésta ha de ser expresa, según el artículo 1.204 del Código Civil, sin que pueda declararse en virtud de presunciones, por muy razonables que sean. La prórroga pactada es nula por existir el régimen de prórroga forzosa al que no renuncia la recurrida y la simple alteración de la renta no determina la renovación del contrato. La cláusula adicional no representa un contrato acogido al DL de 1985, ya que éste da paso a dos regímenes de contratos arrendaticios: 1) El del DL citado, con libertad de estipulación. 2) El general, limitativo de los derechos del arrendador de la vigente LAU, que se mantiene si no se pacta la supresión de la prórroga forzosa. De aquí que puedan celebrarse contratos al amparo de la Ley especial y, por ello, sometidos a la prórroga forzosa, porque el DL no prohíbe que puedan celebrarse contratos al amparo de la Ley especial. La novación no concurre en el supuesto enjuiciado, pues el contrato está sometido al pacto de duración de un año que contiene la cláusula adicional, sin que el arriendo en la fecha de redacción del convenio se hubiera extinguido, correspondiendo a los tribunales de instancia determinar si se da la incompatibilidad del artículo 1.204 del Código Civil.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL HECHO DE NO ESTAR ABIERTO AL PUBLICO EL LOCAL DETERMINA LA CAUSA DEL ARTICULO 62-3 LAU, DE DENEGACION DE LA PRORROGA FORZOSA. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Sabadell estimó la demanda y la Audiencia de Barcelona rechazó la apelación.

No triunfa la casación. El taller de reparación de automóviles estuvo cerrado durante los años 1987 y 1988 y, frente a este hecho el recurrente pretende que el artículo 114-11 y el 62-3 LAU permiten que la actividad del local se realice en el interior del mismo, no teniendo los requerimientos notariales valor probatorio, en cuanto a la desocupación del local, pero la jurisprudencia dice que la simple manifestación de que en los locales arrendados se efectuaban actividades, sirviendo de almacén para alguna exposición, no contradice que se hayan cerrado (STS de 14 de noviembre de 1962) o que la expresión del artículo 62.3 de que el local permanezca cerrado no hay que interpretarla en el sentido de que no mantiene comunicación con el público al que antes tuvo abiertas sus puertas (STS de 20 de diciembre de 1962). En general la jurisprudencia ha declarado que esta excepción a la prórroga se asienta en que no merece protección legal el arrendatario que no necesita del local, según su fin, pues con la interrupción del servicio al público se incumple el destino pactado y se lesiona el interés social y el del propio arrendador (STS de 12 de marzo de 1969 y de 14 de diciembre de 1974) y, en el mismo sentido, muchas otras sentencias de esta Sala, reiterando que tal estado es opuesto al concepto de establecimiento abierto al público, constitutivo de la esencia del local de negocio, para cuya determinación hay que acudir a datos como el consumo de electricidad, el estado de limpieza del inmueble, o el resultado ocasional de las actas notariales.

D) FAMILIA

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante, que se negó a someterse a la prueba biológica, «ya que es de toda evidencia que el análisis de sangre que exige la prueba biológica de paternidad no implica tortura alguna para quien haya de ser sujeto pasivo de tal prueba y menos supone un trato inhumano o degradante, máxime si se tiene en cuenta el objetivo humanitario de protección a personas desvalidas que se persigue, como son los menores, y la finalidad no menos encomiable de carácter social y de reparación de derechos infringidos».

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había revocado la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Feliú de Llobregat, fundado en la negativa del demandado y apelante a someterse a la prueba biológica de paternidad, pues la misma no supone ataque a la intimidad personal cuando la finalidad en este caso de la norma (art. 127 del Código Civil) que permite las pruebas biológicas no es otra que la defensa material y moral, como ya se declaró en la Sentencia de 19 de noviembre de 1985. Ello no supone deducir una *ficta confessio* de la negativa a la extracción de unas gotas de sangre, sino que meramente representa un indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios permiten llegar a declarar la paternidad pretendida.

SEPARACION PERSONAL DE LOS CONYUGES. REGIMEN DE VISITAS A LOS HIJOS. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1995.)

Declara que al tratarse de una facultad puramente discrecional del juzgador (véase el contenido literal del art. 94 del Código Civil), no cabe impugnación casacional de la misma.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. NULIDAD. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1994.)

Interpuesta por una Sociedad acreedora de los cónyuges demanda solicitando se declarase la nulidad de las capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes, el Tribunal Supremo, coincidiendo con las sentencias de Primera Instancia y de la Audiencia, no estima la petición ni

el recurso por entender que los terceros sólo pueden ejercitar la acción de nulidad si les perjudica la relación contractual o pueden ver sus derechos burlados o menoscabados, pero no si son extraños a tal situación, que en el presente caso no se han probado.

DERECHO AL USO DE VIVIENDA FAMILIAR. SU NATURALEZA. CONVENIO REGULADOR. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1994.)

El derecho al uso de la vivienda adjudicado en virtud de convenio regulador homologado judicialmente es un derecho real familiar de eficacia total, oponible a terceros y de carácter temporal.

Entre los bienes del caudal relicto de don Antonio F. O., casado con doña Rosario C. P., a quien legó el usufructo universal, y de vecindad civil catalana, se encuentra la vivienda objeto del presente litigio, ocupada por la nuera del testador, doña Berta y sus hijos, en virtud del convenio regulador homologado judicialmente con motivo de la separación de su esposo Juan, hijo de la actora, quien ya venía ocupando dicha vivienda con su familia en vida de su padre, cuya herencia permanece indivisa. La viuda, doña Rosario C. P. y dos de sus hijos, suegra y cuñados respectivamente de la ocupante del piso, demandan a ésta para que deje libre el piso entregando su posesión a los actores, ya que lo ocupa, según ellos, sin título alguno.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 10 de Barcelona desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso, en cuanto interpuesto por la viuda, con rechazo del interés manifestado por los hijos apelantes y declaró que la demandada ocupa la vivienda sin título alguno, condenándola a dejarla libre y expedita a disposición de la usufructuaria. Esta falleció durante el trámite casacional, el 31 de octubre de 1993.

Interpuesto recurso de casación por la demandada y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara haber lugar al mismo, anulando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado, en base a los siguientes fundamentos:

La recurrente doña Berta V. M. denuncia en el cuarto motivo —al haberse inadmitido los tres primeros referentes a error en la apreciación de la prueba—, infracción de los artículos 334-3 y 1.280-1 del Código Civil, 32 de la Ley Hipotecaria, relacionados al 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo del número 5.º del precepto 1.692 de esta Ley, para sostener que el objeto del pleito se concreta a la reivindicación posesoria y consiguiente desalojo de la vivienda que ocupa la que recurre en el piso 5.º-1.ª del edificio sito en la calle Girona, 118 de Barcelona, ya que dicha vivienda carece de inscripción y por tanto no se acreditó la existencia de derecho real alguno que ampare la postulación de las recurridas.

El motivo ha de ser rechazado, pues viene a hacer supuesto de la cuestión, cuando quedó probado y así lo declaró la sentencia combatida —lo que se presenta firme en esta casación—, que el piso tiene existencia física real y se halla integrado en el inmueble referido, formando parte de su estructura material. Buena prueba de ello es que sirve de vivienda familiar a la recurrente y la controversia se proyecta directamente sobre el mismo, por lo que es

incuestionable su realidad constructiva que se presenta y opera en el tráfico jurídico, con independencia de que carezca de inscripción en el Registro de la Propiedad e incluso pueda representar edificación al margen de la normativa urbanística.

El causante y testador, don Antonio F. O. integró la vivienda en su propiedad, ya que aparece como titular dominical de la misma y, por ello, a su fallecimiento, pasó a completar su caudal relicto, al que accedieron por su condición de herederos, los hijos designados sus sucesores en la disposición testamentaria que otorgó, así como la esposa doña María del Rosario C. P. a la que legó, por todos los días de su vida, el pleno e íntegro usufructo de la totalidad, los bienes de su propiedad al día de su fallecimiento, que tuvo lugar el 23 de noviembre de 1978, por lo que a esta litigante le asiste la legitimación que prevé el artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La recurrente había contraído matrimonio con don Juan F. C. el 10 de octubre de 1971, de cuya unión nacieron tres hijos, y por sentencia de 8 de octubre de 1987 se decretó la separación de los cónyuges, aprobando el correspondiente Convenio Regulador de 25 de mayo de dicho año. La cláusula tercera de este acuerdo matrimonial dispone que la esposa y los hijos continuarán el uso de la vivienda conyugal (que hay que referir a la que se disputa en este litigio) y del ajuar existente.

Los actores del pleito, dos de los hijos del testador mencionado y su madre (usufructuaria universal), instaron la recuperación posesoria del piso y el desalojo del mismo de la mencionada doña Berta V. M. e hijos. En realidad lo que se vino a postular fue la concurrencia de efectiva situación de detentación de la vivienda por darse estado de precario, es decir, la ausencia de toda clase de pagos, título arrendaticio o cualquier otro que pudiera amparar el referido uso y posesión material de la cosa (art. 1.565-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La sentencia de apelación sólo acogió en parte la pretensión, pues desestimó los derechos de los hijos, para acceder sólo al que correspondía a su madre en la condición de usufructuaria universal y en razón a que había aceptado el legado a medio de escritura de 28 de noviembre de 1988. Es decir, que a esta fecha, la situación de ocupación de la vivienda por la recurrente y sus hijos se mantenía como hecho externo y conocido por los demás herederos y la usufructuaria, que vivía en el inmueble, como alguno de los otros sucesores testamentarios.

La atribución de uso y disfrute que en el Convenio Regulador llevó a cabo don Juan F. C., como esposo y padre, lo fue actuando como condominio del mismo, ya que la herencia de su padre no se justificó hubiera sido aceptada por los herederos, con lo que permanecía en estado de indivisión. De esta manera realizó, dicho esposo como cotitular dominical, un acto atributivo de la posesión de la cosa común, encajable en las facultades de administración y no dispositivo de su dominio a favor de persona ajena a la comunidad propietaria, lo que venía avalado por el disfrute del piso en época anterior por la concesión y consentimiento del causante y padre don Antonio F. O., como propietario del mismo y posteriormente, por sus herederos, que conocieron en todo momento la situación y respetaron de esta manera el destino dado a la vivienda controvertida (art. 394 del Código Civil), inherente a su propia naturaleza de servir de vivienda familiar, hasta que promovieron este pleito dos de los doce hijos del causante, los que actúan no en forma decididamente clara para la comunidad, sino en defensa exclusiva de sus derechos a la nuda pro-

piedad, lo que no procede, y la acción resulta ineficaz, según reiterada doctrina jurisprudencial, y así lo estimó y declaró la sentencia recurrida.

El discurso casacional lleva a la conclusión de que la recurrente no carece de título posesorio, ya que el mismo deriva para ella directamente y sus hijos del Convenio Regulador y por tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el Convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y trascendencia jurídica y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación de subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia.

La cuestión se viene a concretar en la eficacia del convenio respecto a la usufructuaria universal, la que aceptó el legado, no por sí directamente, sino valiéndose de dos de sus hijos, uno de ellos don Juan F. C., esposo separado de la recurrente y casi diez años después de la muerte del testador, lo que hace aflorar, como inteligentemente advierte la sentencia de la instancia, una sospechosa situación de confabulación por parte de la familia del marido, o alguno de sus integrantes, contra la recurrente y sus hijos.

Al tiempo de la referida aceptación de la usufructuaria, la situación ocupacional de la vivienda por la recurrente era hecho relevante y notorio y dicha aceptación ha de ser relacionada con tal estado preexistencial conocido. Ahora bien, dado que el usufructo es derecho de vida jurídica temporal, pues su extinción se produce por la muerte de la usufructuaria, conforme al artículo 513 del Código Civil, lo que aconteció en el trámite casacional, concretamente el día 31 de octubre de 1993. Ello ocasiona que el derecho que se le otorgó a la misma en la sentencia que se ataca, carezca de toda eficacia y posibilidad de ejecución y sólo opera en cuanto consolida la nuda propiedad de los herederos testamentarios, por lo que en la presente cuestión no puede dejarse de lado y ha de tenerse en cuenta, en necesaria conexión con la impugnación casacional que contiene el motivo quinto, al argumentar infracción por inaplicación del artículo 1.278 en relación al 1.280-1 del Código Civil, así como por razones de economía procesal.

El motivo procede, pues el Tribunal de Apelación marginó el Convenio Regulador, cuya producción de eficacia queda reducida únicamente respecto a los herederos comuneros y no a la usufructuaria, cuyo derecho pereció. El referido acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación de los esposos, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al artículo 1.280 del Código Civil y en todo caso con eficacia para terceros en cuanto a su fecha (art. 1.227 del Código Civil), y por ello respecto a la referida usufructuaria, ya que aceptó el usufructo en fecha muy posterior.

No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado a la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor los tres hijos del matrimonio, conforme al artículo 96 del Código Civil y estos no pueden ser desamparados por su

relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso. Así su protección general ha alcanzado rango constitucional por el artículo 39-1.º y 2.º de nuestra Carta Magna.

Conviene tener muy en cuenta que estas situaciones no resisten un tratamiento especial, ya que las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados y que no pueden resultar agravados, cuanto los actos de desposesión que pretenden los terceros recurridos, aparte de carecer de apoyo legal suficiente, se presentan directamente lesivos al servicio familiar que presta la vivienda en disputa y cuya posesión viene justificada, conforme queda dicho, por título suficientemente legítimo y eficaz, si bien subordinado siempre al de propiedad y que no es impeditivo del disfrute, a tenor del artículo 432 del Código Civil, resultando así explicado debidamente que la ocupación que detenta la recurrente y sus hijos se presenta procedente y genera el debido reconocimiento y protección de los Tribunales.

La calificación e interpretación decisoria de la Sala sentenciadora queda desvirtuada en cuanto no admitió el uso y destino de la vivienda a los fines familiares que se dejan sentados y por razón del derecho de ocupación concurrente. La Sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1992, así como la de 14 de julio de 1994, contemplan estos estados, si bien la primera como relación de comodato, no dando lugar al desalojo postulado, concurriendo también indicios sospechosos de que al producirse la reivindicación, como en el supuesto presente, muy posteriormente a la separación judicial de los esposos, cuando la vivienda seguía cumpliendo la misma finalidad que ostentó desde el principio de su disfrute, es decir, el de servir de hogar familiar, cabe posible conspiración con clara conculcación del imperativo mandato del artículo 7-1 del Código Civil y ha de incidir para evitar situaciones abusivas de los derechos, por lo que la acción no puede prosperar, lo que aporta un razonamiento más a los que se dejan expuestos.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO EL RECURSO DE CASACION formulado por doña Berta V. M. contra la Sentencia que pronunció en fecha nueve de julio de 1991, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección cuarta), en las actuaciones procedimentales de referencia, casamos y anulamos la referida resolución, confirmando la que pronunció el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número diez de Barcelona el veintiocho de febrero de 1990 y que desestimó la demanda promovida por don José y doña María Luisa F. C. y doña María del Rosario C. P. Cada parte satisfará sus costas propias.

Líbrese certificación de esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución de autos y rollo remitidos en su día.

CONVENIO DE SEPARACION. DIVORCIO. PENSION COMPLEMENTARIA DE FUTURO. (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1995.)

El divorcio, por suponer disolución del matrimonio, es motivo para que no surja entre los divorciados una obligación alimentaria, sino la fijación de una pensión.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sección 4.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de Oviedo, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos.

Como presupuestos de hecho debidamente acreditados, se ofrecen a esta Sala a los efectos del recurso los siguientes: 1.º El 6 de mayo de 1983, don Constantino R. F. y doña Encarnación R. S., constante matrimonio, otorgaron en Gijón escritura pública de capitulaciones matrimoniales y convenio de separación conyugal extrajudicial, a la vez que liquidaban la sociedad ganancial hasta entonces existente entre ambos; 2.º En dicha escritura, estipulación IV, se acordó la suspensión de la vida conyugal, facultando a ambos para elegir libremente su domicilio, y a su vez, en la V, se estableció lo siguiente: «Teniendo en cuenta que cada uno de los cónyuges tiene su propio medio de vida y dispone de los ingresos suficientes para cubrir sus necesidades personales no fijan pensión o cantidad alguna en concepto de alimentos. Pero en el momento en que don Constantino R. F., pensionista de la Minería del Carbón, pase al Régimen Especial, si su pensión sobrepasa la cifra de SESENTA MIL PESETAS MENSUALES, vendrá obligado a pagar a doña María Encarnación R. S., mensualmente, el 15 por 100 de la pensión»; 3.º En septiembre de 1988, se promueve por don Gregorio demanda de divorcio, tramitada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Gijón, con el número 543 de 1988, interesándose por la demandada doña Encarnación, pensión compensatoria con base en el desequilibrio que la disolución del vínculo la originaba y en el indicado pacto de las capitulaciones matrimoniales; 4.º El citado Juzgado, en sentencia de 3 de diciembre de 1988, que estimó la demanda, además del divorcio por concurrir la causa 4.ª del artículo 86 del Código Civil, declara lo siguiente: «no ha lugar a fijar cantidad alguna por desequilibrio del artículo 97 del Código Civil, en favor de doña Encarnación, si bien se ratifica el derecho de la misma establecido en la estipulación quinta de las capitulaciones matrimoniales otorgadas el día 6 de mayo de 1983, en sus propias condiciones»; 5.º Apelada dicha sentencia, la Sección Cuarta de la Audiencia de Oviedo dictó la de 25 de marzo de 1989, en cuyo fallo, con estimación del recurso, se revoca la resolución impugnada «... en el particular relativo al derecho que concede a la esposa en virtud de lo pactado en la estipulación quinta de las capitulaciones matrimoniales otorgadas el día 6 de mayo de 1983, sobre el que no ha lugar a hacer pronunciamiento alguno de este juicio, confirmándola en los demás extremos...»

El recurso se integra por seis motivaciones de las que va a ser contemplada en primer lugar la cuarta, al estar integrada en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, por estimar el recurrente que la Sala de apelación incidió en «error en la interpretación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contrarios por otros elementos probatorios».

La motivación perece, ya que a través de ella se establece una pugna sobre una cuestión que en realidad es de mero hecho, en cuanto frente a la afirmación contenida en la sentencia recurrida de «... que en la cláusula analizada "no se hace mención alguna a una situación de desequilibrio entre los esposos"», se opone «... que, en contra de tal afirmación, se contempla la situación de desequilibrio económico»; «Resulta claro, por ello, que, si bien no se menciona expresamente el concepto de desequilibrio económico, la situación contemplada es una situación de desequilibrio económico futuro, provocado por el incremento de la pensión del esposo, como consecuencia de la percepción de la pensión del Régimen Especial de la Minería del Carbón sobre los ingresos de la esposa, cifrados en la suma de SESENTA MIL PESETAS MENSUALES».

Pues bien, la cláusula en cuestión que aparece literalmente en el ordinal 2.º del primero de estos fundamentos, no refleja lo que se indica en la motivación; pero es que, además, la cuestión del desequilibrio económico fue objeto de tratamiento en el pleito de divorcio, constituyendo por tanto cosa juzgada.

Se produce ahora el examen de los restantes motivos, dado que integrados todos en el mismo ordinal —el 5.º— del artículo 1.692 de la LEC, la infracción denunciada en cada uno de los tres primeros viene referida a preceptos del Código Civil, relativos a la interpretación de los contratos: así, la del artículo 1.281 en el primero; la del 1.282 en el segundo; y la del 1.285 en el tercero; y las de los motivos quinto y sexto, a la de preceptos cuya íntima relación con el tema objeto del recurso: naturaleza y efectos de la cláusula V de los capítulos matrimoniales otorgados por los entonces cónyuges, exigen un tratamiento unitario de los problemas que el recurso plantea.

Ello sentado a título de esquema sistemático a seguir para el más adecuado estudio de dichas cuestiones, lo primero a indicar es, que agotado el tema del «desequilibrio económico» por tratarse cual se ha dicho de «cosa juzgada», lo ofrecido en las tres primeras motivaciones viene referido a la interpretación de la cláusula V del contrato de Capitulaciones matrimoniales y convenio de separación conyugal extrajudicial celebrado por los litigantes el 6 de mayo de 1983, tema respecto del cual se hace preciso comenzar diciendo, que para esta Sala lo que en ella aparece no es un supuesto de «alimentos convencionales» como declara el Tribunal *a quo*, sino una «pensión complementaria de futuro» en cuanto pactada no para corregir desequilibrios económicos inexistentes en el momento de suscribirse los capítulos matrimoniales en que dicha cláusula se contiene (ya que la liquidación de la sociedad ganancial se llevó a cabo de mutuo acuerdo por ambas partes), sino para restablecer una igualdad que podría romperse en el momento en que la pensión del señor R. F., procedente de la Minería del Carbón se transformase en pensión del Régimen Especial, siempre que como consecuencia de ello la pensión a percibir por dicho señor superase la cifra de SESENTA MIL PESETAS MENSUALES, supuesto en el cual, para restablecer la situación pactada en dichos capítulos, don Constantino R. F. se obligaba a pagar a doña María Encarnación, el 15 por 100 mensual de la pensión, a lo que es de agregar que como tiene dicho esta Sala, entre otras, en Sentencia de 22 de junio de 1988 (por cierto, citada en el motivo quinto para apoyo del mismo), el divorcio, por suponer disolución del matrimonio, es motivo de que no surja entre los divorciados una obligación alimentaria, sino la fijación de una pensión, pensión a la que en este caso y aún cuando fijada antes del divorcio, es de aplicar la misma solución.

En cuanto a su calificación de «complementaria de futuro» radica, cual se ha puesto de relieve a través de lo hasta aquí explicitado, en que la misma está finalísticamente dirigida a mantener el equilibrio económico logrado en el contrato de capitulaciones matrimoniales tantas veces indicado; no se trata, por tanto, de corregir un desequilibrio sino de evitar que éste se produzca, a través de un pacto que contiene una obligación no pura sino condicional, en cuanto su eficacia depende de un acontecimiento futuro (la conversión de la pensión de la Minería del Carbón en pensión del Régimen Especial), e incierto (la posibilidad de que dicha conversión no se produjese, unido a la necesidad de que la misma superase la suma de SESENTA MIL PESETAS MENSUALES).

COMPRAVENTA DE VIVIENDA GANANCIAL ANTES DE LA LIQUIDACION POR EL PADRE EN PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACION DE SUS HIJOS MENORES SIN AUTORIZACION JUDICIAL. BUENA FE. ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1995.)

Don Mario F. A. demanda a don Ambrosio H. C. y a sus dos hijos para que se avengan a elevar a escritura pública el documento privado por el que el padre viudo en propio nombre y en representación de sus dos hijos entonces menores de edad, vendió al demandante la vivienda de carácter ganancial antes de formalizar la escritura de disolución y liquidación. Los demandados formulan reconvencción en la que solicitan se declare la nulidad de dicha compraventa.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 13 de Madrid desestimó la demanda y estimó la reconvencción declarando la nulidad de la compraventa.

La Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación y declaró la plena validez y eficacia jurídica del contrato privado de compraventa condenando a los demandados a otorgar escritura pública a favor del actor dentro del plazo de tres meses.

Formulados sendos recursos de casación por las respectivas representaciones del padre y de los dos hijos, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara:

1.º No haber lugar al recurso interpuesto por el padre vendedor alegando la falta de representación sin la que actuó por sus hijos menores de edad, pretensión que no puede acogerse si no es con ofensa de un principio, el de buena fe en el ejercicio de los derechos, cuya observancia sobrepasa y se antepone al examen de la concreta normativa que es propuesta en el recurso, aludiendo aquel principio que, sobre ser exigencia precisa del artículo 7.º-1 del Código, su olvido por el recurrente, al tiempo que suscita un invencible rechazo moral, tal y como el Tribunal de Apelación pone de manifiesto, obliga a recordar que no solamente es inadmisibile el ejercicio de un derecho contrariando a la buena fe, sino que, como doctrinalmente se reconoce, la ausencia de ésta afecta al contenido del derecho mismo, cuya extinción ha de declararse si es que su ejercicio no puede serlo de otra manera. Y así es patente que en el presente caso, tanto porque el ejercicio del derecho por el vendedor incide negativamente en la confianza del comprador, como porque el proceder de aquél, excepcionando y postulando en contradicción con la más elemental regla de coherencia en su conducta, el vendedor recurrente está, sin asomo de

duda, faltando al principio que veda ir contra los propios actos y, en todo caso, conculcando la buena fe que, además de la exigencia del artículo 7.º-1 del Código Civil, concurre en la regla *nemo auditur sua turpitudinem allegans*.

2.º Haber lugar al recurso de casación interpuesto por los hijos, declarando, en cuanto les afecta, la nulidad de la sentencia de la Audiencia y del contrato de compraventa celebrado por el padre de los recurrentes con el demandante, sin perjuicio de las acciones que al actor puedan corresponder frente al vendedor por la declaración de nulidad que se efectúa. Todo ello porque, como reiteradamente tiene declarado este Tribunal, «son nulos los actos de disposición o gravamen de inmuebles de menores por el padre o la madre que ostenten la administración de los mismos, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa la autorización del juez del domicilio; y porque tratándose de un patrimonio en principio ganancial, al disolverse la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro carece de capacidad para enajenar los bienes que la integran hasta que, practicada la liquidación, el derecho de cada uno se individualiza. De modo que hasta entonces, los bienes concretos de aquel patrimonio en situación de comunidad entre el supérstite y los restantes herederos, no pueden ser objeto de disposición si no es concurriendo todos los interesados».

LIQUIDACION DE SOCIEDAD DE GANANCIALES. VALORACION DE VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1995.)

Reitera la doctrina de las Sentencias de 2 de febrero de 1983, 3 de enero de 1984, 20 de junio de 1986, 14 de octubre de 1992 y 23 de diciembre de 1994, en el sentido de que el valor de la vivienda de protección oficial, mientras esté vigente dicha calificación —que en el presente caso es de treinta años— es el que corresponde según dicha cédula de calificación y las disposiciones legales relativas a dicho régimen de protección oficial.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso interpuesto por la demandada y apelante y frente al criterio del Juzgado de 1.ª Instancia número 22 de Madrid y de la Sección 8.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de esta capital, consistente en valorar la vivienda de protección oficial por su tasación pericial de 5.320 000 pesetas, declara que el valor del piso es de 623.863 pesetas, a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, que es el catastral de acuerdo con su calificación de VPO.

BIENES GANANCIALES. NEGOCIO FIDUCIARIO. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1994.)

La actora, apelada y recurrida, y seis de sus hijos mayores de edad, demandan a su hija y hermana respectiva para que se declare como bien integrante de la disuelta sociedad de gananciales existente entre la madre actora y su difunto esposo, el inmueble sito en Las Palmas de Gran Canaria, así como la obra nueva construida, pues la donación pura y simple en concepto de mejora efectuada por la demandante y su difunto marido a la hija demandada de la finca en cuestión mediante la escritura otorgada el 29 de noviembre de 1972 constituye un negocio fiduciario, con la obligación por parte de la donataria demandada de retransmitir dicha finca.

Es de tener en cuenta que la donataria no llegó a inscribir la finca a su nombre, que las obras fueron costeadas por la madre de la donataria figurando como promotor y dueño de la finca en el correspondiente proyecto el padre de la donataria, que la madre arrendó la finca sin oposición alguna por parte de la hija donataria y que los vecinos siempre consideraron como dueños a los padres de la donataria.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que a su vez había confirmado la del Juzgado de 1.^o Instancia número 1 de dicha capital, considerando la donación como negocio fiduciario con la finalidad de cooperación y ayuda al donante en la edificación de un inmueble (situación análoga a la denominada *fiducia cum amico*).

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. NULIDAD. LEGITIMACION. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1994.)

La nulidad de las capitulaciones matrimoniales se rige por las reglas de los contratos. La acción de impugnación por simulación no es pública, sino que es preciso tener un interés jurídico protegible (Sentencias de 30-6-1944 y 30-5-1958), lo que no concurre en la parte demandante cuyo crédito es posterior en más de tres años a la fecha de la escritura de capitulaciones.

BIENES GANANCIALES Y PRIVATIVOS. VALOR DE LA CONFESION DE UNO DE LOS CONYUGES. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1994.)

La confesión por sí sola (actualmente recogida en el art. 1.324 vigente del Código Civil), no constituye prueba absoluta y no cabe desarticularla del resto del armazón probatorio, para darle así carácter prevalente, que haría inútil las demás probanzas. Por sí sola, esta prueba no es suficiente para destruir y arrasar las deducciones extraídas de los demás elementos de prueba obrantes en autos. Para desvirtuar la presunción *iuris tantum* de ganancialidad de los bienes que establecía el artículo 1.407 y mantiene el actual 1.361 del Código Civil, es necesario que exista prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privaticidad, no siendo bastante el mero reconocimiento por el marido del carácter privativo de los bienes en cuestión por supuesta adquisición con dinero de la esposa (Sentencias de 20-11-1991, 22-12-1992 y 8-2-1993).

En este pleito, a raíz de la separación matrimonial, el marido reclama el carácter ganancial de un inmueble comprado por su mujer en escritura de 19 de enero de 1979, en la que el mismo marido demandante, apelante y recurrido declaró que «el dinero satisfecho como precio de la venta que antecede es de la exclusiva propiedad de su esposa, procedente de la venta que hizo a don J. O. S.». Esta venta fue solemnizada en escritura pública de 4 de abril de 1973, por tanto, cinco años antes de la otra compra, y en ella la vendedora hizo constar que era viuda, siendo así que ya estaba casada con el actor. Estas circunstancias, unidas a las demás pruebas y a la prohibición de donaciones entre cónyuges en aquella fecha, inclinan al Tribunal Supremo a mantener el carácter ganancial de la finca, ya declarado por la Audiencia de Vitoria, en contra de lo estimado por el Juzgado número 2 de esta ciudad, que lo había

considerado bien privativo. Es de observar que el Tribunal Supremo no aplica aquí la doctrina de los propios actos, con buen criterio, al ser el marido confesante quien reclama en contra de lo por el mismo aseverado en escritura pública.

CONVENIO REGULADOR EN SEPARACION MATRIMONIAL CON LIQUIDACION DE SOCIEDAD DE GANANCIALES APROBADO JUDICIALMENTE. RESCISION POR LESION. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1995.)

El artículo 1.704 del Código Civil es aplicable a la liquidación de una sociedad de gananciales disuelta.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz, que había declarado no ser rescindible por lesión la liquidación de la sociedad de gananciales contenida en el convenio regulador judicialmente homologado, que el Tribunal Supremo califica de «extraña tesis» y con razón.

El tema de este litigio —dice el Tribunal Supremo— reside en que la actora —hoy recurrente— y el demandado —hoy recurrido— pusieron fin a su convivencia matrimonial mediante una separación judicial instada de común acuerdo, presentando el obligado convenio regulador de la separación. En dicho convenio, en punto a la liquidación del régimen económico ganancial de su matrimonio, se obvió la formación de inventario, avalúo y determinación del haber líquido, procediéndose en su lugar a una adjudicación a cada cónyuge de bienes concretos, con una asunción de deudas por parte del esposo. Al mismo se le adjudicaba, entre otros, «la participación social del matrimonio respecto a todas las explotaciones agrícolas e industriales, así como cualquier tipo de rendimientos económicos o en especie, derivado de ellas, tanto en el pasado, presente y futuro». El convenio fue aprobado en la sentencia de separación por estimar el juzgado que «dicho convenio regulador ampara suficientemente los intereses de los menores para la actualidad y con base para la adaptación al futuro con cambios en las circunstancias».

Así las cosas, entabla la ex-esposa demanda de rescisión por lesión en la partición de la sociedad de gananciales y la sentencia recurrida, sin entrar a considerar si efectivamente existía la lesión económica denunciada, desestima la demanda, confirmando en este punto el fallo apelado, porque en una liquidación de sociedad de gananciales en convenio regulador de una separación matrimonial se está ante un contrato de transacción en el que no caben más causas de ineficacia que las enumeradas en el artículo 1.817 del Código Civil.

Por tanto, del motivo no se puede examinar si hay o no lesión —tema en el que no ha entrado la Audiencia— sino sobre si tal liquidación es rescindible por lesión. En este único punto que debe ser abordado aquí y la respuesta ha de ser indudablemente afirmativa. Carece de la más mínima base legal la extraña tesis de la Audiencia. En la partición, los copartícipes que la llevan a cabo especifican y concretan en bienes y derechos la cuota abstracta que les corresponde en la titularidad del patrimonio ganancial, pues una vez producida su disolución, la sociedad de gananciales no se atomiza en tantas comunidades como bienes y derechos haya. Es el patrimonio idealmente pensado como una entidad aunque integrado por un conjunto heterogéneo de bienes,

derechos y obligaciones, el que está sujeto a una cotitularidad de los cónyuges o sus herederos hasta que no finaliza el estado de indivisión con la partición. Este negocio jurídico no es una transacción, las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad, y aceptan transformar sus cuotas en ella en titularidad sobre objetos singulares por propias conveniencias. Lo mismo que todo contrato, la partición es el resultado de un equilibrio de intereses, una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso.

Si la partición no es por sí misma una transacción, no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión, según el artículo 1.704 del Código Civil, que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1.410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial, como esta Sala dijo para caso igual en la Sentencia de 26 de enero de 1993, cuya doctrina se da por reproducida para evitar inútiles duplicaciones.

La conclusión de todo lo expuesto ha de ser la de estimación del motivo segundo y último del recurso, si bien la casación del fallo depende del resultado a que se llegue analizando el fondo de asunto, de acuerdo con el artículo 1.715 LEC.

Por mandato del citado precepto, esta Sala ha de conocer del fondo del asunto, defectuosamente planteado y desarrollado, resuelto en primera instancia desestimando la demanda bajo la *ratio decidendi* de que los hechos en que la actora fundaba su petición de rescisión se referían a época posterior a la de la práctica de la partición, y en la Audiencia también desestimando la demanda, aunque bajo otra *ratio decidendi* que se acaba de censurar. Desde luego, es peregrina también la de la primera sentencia, basta leer las fechas de los documentos y pericia a que se refieren las valoraciones de los bienes gananciales para comprobar que muchas de ellas no se hacen con fecha posterior al convenio de separación (24 de octubre de 1986, homologado judicialmente el 19 de noviembre siguiente).

En el fallo del presente litigio no se han de tener en cuenta las alegaciones de la actora respecto de la omisión de bienes en la partición, porque ello hubiera dado lugar a la acción de complemento de la partición, en su caso (art. 1.079 del Código Civil), y en la súplica de su demanda sólo solicita la rescisión de la misma por lesión, y para apreciar ésta no se pueden considerar otras cosas que las adjudicadas, no las omitidas (art. 1.074).

Atendiendo a ella, el análisis de la prueba pericial da como resultado que en 1986 la explotación agrícola «Comunidad de Bienes El Pardo», en la que participaban la sociedad de gananciales que se liquidaba, tenía un valor de CIENTO TREINTA Y UN MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTAS VEINTISEIS PESETAS (131 98.526 pesetas) y su rendimiento neto (irregular por la naturaleza del cultivo) ascendió a TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTAS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTAS SETENTA Y SEIS PESETAS (31.574.976 pesetas).

Del conjunto de la prueba se deduce: que la sociedad conyugal tenía en la susodicha Comunidad un 25 por 100, sin que se haya demostrado que se hubiera cedido un 6 por 100 a tercero, excepto unas declaraciones testificales que no pueden ser tenidas en cuenta por la admonición del artículo 1.248 del Código Civil.

También del conjunto de esa prueba resulta: a) Que a la actora se le adjudicó un vehículo que costó UN MILLON TRESCIENTAS MIL PESETAS (1.300.000 pesetas) y no QUINIENTAS MIL PESETAS (500.000 pesetas) como ella dice; b) Que las deudas del patrimonio ganancial ascendían a TRES MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS (3.500.000 pesetas).

Por todo lo expuesto, el valor líquido del patrimonio ganancial en el momento de su distribución ascendía a CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTAS NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTAS SETENTA Y CINCO PESETAS (51.593.375 pesetas), en el que a la esposa le correspondían VEINTICINCO MILLONES SETECIENTAS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTAS OCHENTA Y SIETE PESETAS (25.796.687 pesetas). Como a la misma se le adjudicaron los bienes por valor de CINCO MILLONES TRESCIENTAS MIL PESETAS (5.300.000 pesetas) más con crédito a cargo del demandado por importe de DIEZ MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS (10.500.000 pesetas) a pagar en diez años, en los plazos que se señalaron, percibió QUINCE MILLONES OCHOCIENTAS MIL PESETAS (15.800.000 pesetas), con una merma de lo que debía percibir de NUEVE MILLONES NOVECIENTAS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTAS OCHENTA Y SIETE PESETAS (9.996.687 pesetas), lo que constituye lesión en más de una cuarta parte, que origina la rescisión de la partición, salvo que el demandado opte en ejecución de sentencia por hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 1.079 del Código Civil, y lleva a la casación y anulación de la sentencia recurrida y a la revocación de la de Primera Instancia.

LIQUIDACION DE SOCIEDAD DE GANANCIALES EN CONVENIO REGULADOR DE SEPARACION MATRIMONIAL. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1994.)

En convenio regulador de separación matrimonial se acordó atribuir a la esposa el piso de Barcelona y al esposo el piso de Palma de Mallorca sin obligación de pago de uno al otro de la diferencia de valor para el supuesto de que se revisase la pensión que se acordó que el esposo pagaría a la esposa, lo que sucedería en el momento en que el esposo se jubile o se produzca una alteración económica negativa y sustancial en su retribución y caso de resultar inferior a la cifra de 150.000 pesetas mensuales. Promovida demanda y reconvenición, el Juzgado de 1.ª Instancia número 28 de Barcelona dictó sentencia adjudicando al marido el inmueble sito en Palma de Mallorca, comprendiendo los derechos de dos plazas de aparcamiento y un trastero, y a la esposa el piso de Barcelona, comprendiendo los derechos de disfrute de 1/31 parte de la superficie útil del garaje en la planta sótano. Condenando a la parte que resulte más favorecida a que indemnice a la parte contraria en la diferencia del valor de los inmuebles a determinar en la ejecución de sentencia. Declarando que cada adjudicatario deberá hacerse cargo de las primas de seguro y plazo de amortización de capital e intereses que graven los respectivos pisos adjudicados.

Recurrida la sentencia por ambos litigantes, la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona confirma la del Juzgado, con la única salvedad de que las primas de seguros y los plazos de amortización hipotecarios correrán a cargo del marido por haberlos asumido así en el convenio regulador.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar a ninguno de los interpuestos, por cuanto no se ha producido ninguno de los eventos previstos en el convenio regulador que imponga la modificación de las adjudicaciones realizadas.

F. C. L.

E) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

RESERVA VIDUAL. RENUNCIA. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Castellón, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

En el único motivo de este recurso se plantea una cuestión de pura naturaleza casacional, la interpretación y el alcance que deba darse al contenido del artículo 970 del Código Civil, que trata de la renuncia a la reserva vidual efectuada por los hijos del primer matrimonio mayores de edad.

La relación fáctica no ha sido objeto de controversia a todo lo largo de la litis: del matrimonio contraído por don R. V. S. y doña J. M. V., sólo nació un único descendiente, don Ramón José V. M. La señora M. fallece el día 27 de diciembre de 1953 bajo testamento abierto, en el que instituye heredero a su único hijo, y lega el tercio de libre disposición a su marido, sin perjuicio de la cuota vidual que le corresponde. En 31 de octubre de 1956 el señor V. S. contrae segundo matrimonio con doña T. A. G., de cuya unión nacen tres hijos. El día 30 de enero de 1961 el señor V. S. procede a protocolizar las operaciones particionales de la herencia de su primera esposa, interviniendo primeramente en nombre de su hijo don Ramón José, su representante legal, y ratificando después tal partición el propio hijo. En el cuaderno particional no se consignó la existencia de la reserva a la que estaban sujetos algunos bienes parafernales, y el padre renunció al usufructo vidual que le correspondía. Con fecha 6 de agosto de 1975 don R. V. vendió a un tercero una de las fincas que le había correspondido en la herencia de su primera esposa; y con fecha 9 de mayo de 1977 fallece el padre sin haber otorgado testamento. No consta la existencia de una renuncia expresa del señor V. M. a la reserva de los bienes que su padre recibió de su madre, ni tampoco fueron pedidas por el hijo las medidas de garantía de los artículos 977 y 978 del Código Civil.

Con estos elementos de hecho el problema jurídico que se plantea en el recurso es, si se hace necesaria la renuncia expresa del hijo para que cese la obligación de reservar establecida en la Ley, o es por el contrario suficiente,

la existencia de una voluntad presunta manifestada en una serie de actos, más o menos concluyentes, realizados por el hijo beneficiado con la reserva.

La razón de ser de esta institución, con amplios antecedentes en el Derecho Romano y en el Derecho Histórico Español (Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas y Leyes de Toro) podemos concretarla como una limitación a la facultad de disponer impuesta al cónyuge binubo, con la finalidad de proteger los intereses de los hijos y descendientes del primer matrimonio, en relación con los bienes procedentes gratuitamente de su progenitor fallecido, frente a la posible presencia de otros hijos nacidos de las segundas nupcias.

Se trata, según la doctrina científica, de la presunción legal de que no se habría otorgado la institución de heredero o la donación, si el disponente (cónyuge premuerto) hubiera previsto, que por las ulteriores bodas se perjudicarían a los hijos comunes; opinión justificada por los autores teniendo en cuenta el contenido del segundo inciso del artículo 970, en el que se recoge la única renuncia presunta a la reserva que admite la Ley.

Y al entrar de lleno en el problema de las renunciaciones, concreto problema al que se refiere la litis y el recurso, bueno sería puntualizar que, dejando a un lado la renuncia presunta de los hijos a la que acabamos de referirnos, en relación «con las cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban por segunda vez casados», la doctrina hace la distinción entre la renuncia a las medidas de seguridad que garantizan el cumplimiento de la obligación de reservar, y la concreta y específica renuncia a la reserva. La primera renuncia puede entenderse producida de una forma presunta, pues como su finalidad consiste en la exigencia de ciertas garantías que aseguren la obligación de reservar que la Ley impone al binubo, si los hijos del primer matrimonio entienden que en su padre o madre concurren esas garantías, sin necesidad de su constitución formal, hay que presumir la existencia de la renuncia a las mismas, en aquellos casos en que el progenitor no las presta ni ellos las exigen; mucho más cuando estas garantías se refieren a unos concretos bienes, y el derecho de reserva tiene más bien una naturaleza obligacional referida al valor de los mismos. Cosa distinta es la posición que legal y doctrinalmente debe tomarse en relación con la renuncia a la reserva, entendida ésta como la sujeción o limitación *inter vivos* y *mortis causa* del reservista, tanto en su ámbito personal como real. Literalmente la disposición legal exige que la renuncia sea «expresa»; prácticamente la totalidad de la doctrina científica opina en el mismo sentido, pues tratándose de una renuncia abdicativa, necesita que se efectúe de una forma clara, inequívoca y derivada de actos concretos que demuestren la voluntad del sujeto; y finalmente, la única doctrina jurisprudencial que en relación directa con la renuncia hemos encontrado (Sentencia de 3 de marzo de 1959), claramente se inclina por la exigencia de la forma expresa, añadiendo que a esta forma «no pueden equipararse actos más o menos concluyentes realizados a tal fin».

La Sala tiene plena conciencia de su misión integradora del ordenamiento jurídico, cuando incide en la misma postura interpretativa sostenida en la sentencia que comentamos, dando con ello lugar a la reiteración que exige el número 6.º del artículo 1.º del Código Civil, en orden a la creación de doctrina jurisprudencial; y esta doctrina no puede ser otra que la exigencia de una forma expresa en la renuncia, para que cese la obligación de reservar.

Por otra parte, y a modo de respuesta a los argumentos que el recurrente expone en su escrito de formalización, conviene añadir: 1.º La pretendida aquiescencia del reservatario al contenido de la escritura de partición de la

herencia de su madre debe ponerse en relación con la presunta insuficiencia de conocimientos jurídicos en el mismo, mucho más en una materia jurídica tan compleja como es el derecho de reserva; 2.º La ausencia de denuncia a los actos dispositivos del padre, y la no exigencia de las medidas legales de garantía pueden perfectamente atribuirse: a la falta de conocimientos jurídicos, antes apuntada, y a unas normales relaciones de confianza paternofilial; sin que la presente renuncia tácita a las medidas de los artículos 977 y 978 del Código Civil puedan suponer, como ya se ha visto, la renuncia al derecho de reserva; 3.º De ninguno de los hechos que acabamos de describir se deduce la demostración cumplida de la voluntad inequívoca del hijo a renunciar al derecho a la reserva que la Ley le concede; 4.º No es de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 3.º del Código Civil en el sentido que pretende el recurrente; pues la primera parte de tal precepto va referida a una interpretación literal e histórica de la norma, y en este sentido es clara y definida la razón de ser de la reserva, desde antes del derecho justiniano hasta la publicación del Código Civil, sin que en más de cien años de vigencia de éste, el legislador haya creído necesario modificar su primitivo texto; y 5.º La mala fe que atribuye el recurrente al reservatario, citando la infracción del artículo 7.º-1.º del Código, hay que ponerla en relación con la jurisprudencia que interpreta la norma, diciendo que la buena o mala fe consiste en un concepto jurídico, apoyado en la valoración de las conductas que se deducen de unos hechos. Los hechos ya han sido descritos y valorados, sin que se puedan considerar como verdaderos actos propios, según el sentir de esa jurisprudencia, que los define como «aquéllos que, por su carácter trascendental, o por constituir convención, causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o también aquéllos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, que no pueda ser alterado unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarlo» (Sentencias 4 y 10-5-1989; 12-7-1990; 5-3-1991; 4-3-1992, etc.). Este concreto alcance intencional resulta evidentemente imposible a atribuirlo a don Ramón José V. M., por lo que no es viable la tesis de la parte recurrente.

DEFINICION. ARTICULO 50 DE LA COMPILACION BALEAR. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1995.)

Frente a la pretendida calificación de donación *mortis causa*, el Tribunal Supremo afirma que la naturaleza jurídica de la definición del Derecho mallorquín viene a ser, según la doctrina predominante, un negocio jurídico complejo (no unilateral), que exige un acto de liberalidad de los padres aceptado por los hijos; acto mutuamente condicionado que requiere la intervención de ambas partes, enmarcado en el ámbito propio de los derechos sucesorios como negocio jurídico bilateral, un contrato sobre herencia futura «que se produce en vida de los padres» cuando el patrimonio de éstos no es todavía herencia. Características todas ellas que distancian esta institución de la donación *mortis causa*.

PARTICION. ERROR. ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1995.)

El hijo del hijo mejorado por el testador, nieto por tanto de éste, una vez fallecido su padre demanda a los demás sucesores pidiendo se declare la

nulidad de las operaciones particionales de la herencia de su abuelo, en base a que en las mismas se adjudicaron los bienes por iguales partes entre todos los hijos del testador, siendo así que al padre del demandante le correspondía una participación mayor, pues en el testamento del abuelo del actor se mejoraba al padre de éste en un tercio y le legaba además la mitad del tercio de libre disposición.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lugo desestimó la demanda, sentencia que fue revocada por la de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que declaró la nulidad de la partición, debiendo procederse a realizar otra conforme con el testamento, por apreciar la existencia de error en el consentimiento prestado por el mejorado fallecido. Interpuesto recurso de casación por la parte demandada y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara haber lugar al mismo, en base a que «manifestado por el padre del actor en la escritura de división de la herencia que conocía el contenido del testamento otorgado por el causante, tal declaración sólo puede referirse al otorgado por don M. M. en 9 de agosto de 1933, ya que no existió ninguna otra disposición testamentaria de don Manuel, sin que el hecho de que la herencia fuese distribuida en forma distinta a la establecida en el testamento pueda ser considerado como error vicio del consentimiento que invalide el contrato particional, dado que el artículo 1.058 del Código Civil permite que los herederos mayores de edad que tuvieren la libre administración de sus bienes distribuyan la herencia de la manera que tengan por conveniente, es decir, tales herederos no vienen obligados a sujetarse a las disposiciones testamentarias, pudiendo incluso reconocer los derechos hereditarios de aquéllos a quienes el testador hubiere omitido en su testamento. Asimismo, tal declaración de conocimiento de la existencia del testamento hace recaer sobre don Antonio M. las consecuencias de no haber comprobado las disposiciones testamentarias de su causante, de tal forma que el error denunciado y apreciado al parecer al iniciarse este procedimiento el 16 de diciembre de 1985, cuando ya tal contrato particional había producido sus efectos y habiendo fallecido quien se dice sufrió el error, ha de imputarse exclusivamente a quien lo padeció».

SUCESION «MORTIS CAUSA». LEY APLICABLE. VECINDAD CIVIL ARAGONESA. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1995.)

Acreditado que la causante había adquirido la vecindad civil aragonesa por la residencia continuada en Zaragoza durante más de diez años, su sucesión se rige por el Derecho civil especial aragonés, ley personal de la causante que viene determinada por su vecindad civil, por lo que al ostentar la condición aragonesa dispone de la facultad de hacer donaciones en favor de descendientes sin que exista lesión de legítima colectiva, ni en consecuencia puedan ser reducidas, ni procede la colación de liberalidades por ministerio de la ley y sin que pueda alegarse la preterición al ser nombrados todos los herederos en el testamento.

CAPACIDAD PARA TESTAR. ALBACEAZGO CONDICIONAL. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria declaró la nulidad del testamento otorgado ante el Notario de dicha ciudad por incapacidad del testador, sentencia que fue confirmada por la de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación.

Aparece probado que el testador cuando tenía setenta y tres años empieza a padecer trastornos mentales; tres años después su médico especialista que lo visitó en dos ocasiones observó en él una conducta inadecuada (v.gr.: tendencia a la huida, salir desnudo) y quince días después de otorgar el testamento cuya nulidad se declaró fue ingresado en un hospital psiquiátrico con la consiguiente sintomatología: conducta de tipo delirante con francas ideas de persecución, confusión mental, amnesia, desorientación autopsíquica y temporal siendo incapaz de concretar el número de hijos ni su lugar de residencia; y con alternativas, sufrió diversos internamientos, hasta el definitivo. Afirmando los especialistas del hospital que su sintomatología se fue enquistando, llegando a un cuadro de demencia profunda.

En sus declaraciones, el Notario manifestó que no recuerda lo ocurrido ni puede puntualizar las circunstancias concretas del otorgamiento, pero que si le hubieran manifestado la enfermedad que padecía el testador no hubiera autorizado el acto; afirmación —según dice la sentencia— que no coincide exactamente con la acotación que figura en el propio testamento, de que el testador «que sabe firmar, pero no puede hacerlo por impedirlo su enfermedad, haciéndolo a su ruego un testigo».

Los dos testigos que pudieron ser localizados manifestaron que no conocían al testador con anterioridad y que éste no hizo ninguna manifestación, ni pronunció una sola palabra durante todo el acto del otorgamiento del testamento, pues incluso cuando el Notario leyó lo que tenía escrito permaneció callado, siendo también cierto que el testador no le pidió que firmara por él. Y uno de ellos dijo, además, que el testador permaneció recostado en la cama y que en su opinión no era consciente del acto que se estaba celebrando.

El otro motivo del recurso, consistente en que no fue demandado el albacea, lo descarta el Tribunal Supremo, ya que el nombramiento de albacea se hace en el testamento de un modo condicional «para el caso de que haya menores, incapacitados o lo reclame alguno de los herederos», condición suspensiva cuyo evento no consta en autos se haya producido, por lo que la posible intervención del albacea en la litis no tiene una existencia obligatoria, no siendo imprescindible su presencia al constituirse la relación jurídico-procesal.

DESHEREDACION. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1995.)

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponteareas, y declara que es justa causa de desheredación del hijo el que éste haya consentido la expulsión de su madre de la casa, en la que convivía, efectuada por su nuera, teniendo la madre que pasar a ocupar otra vivienda

inmediata en estado ruinoso y sin otras atenciones y ayudas que las de una sobrina, pues tal conducta, prolongada largo tiempo hasta el fallecimiento de la madre, merece la descalificación moral y física constitutiva del maltrato que como causa de desheredación prevé el número 2 del artículo 853 del Código Civil, ya que no es necesario que la expulsión del domicilio por el hijo o por su esposa, pero aceptada por él, sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de éste debe reputarse existente el maltrato de obra.

RENUNCIA A LA HERENCIA. EMANCIPACION. PATRIA POTESTAD, ABUSO DEL DERECHO Y EJERCICIO ANTISOCIAL DEL MISMO. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por las dos hermanas actoras y apelantes, quienes instaron ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Azpeitía la nulidad de la renuncia a los derechos hereditarios correspondientes a la herencia de su abuelo materno realizada por una de ellas previamente emancipada por su padre y por éste mismo, en representación de su otra hija entonces menor de edad, con las demás peticiones accesorias a esta principal. El Juzgado desestimó la demanda y la Sección 2.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de San Sebastián admitiendo la excepción de litis consorcio pasivo necesario, sin entrar en el fondo del asunto, declaró de oficio nula y sin efecto la sentencia del Juzgado.

Las razones para estimar el recurso de casación, con las declaraciones consistentes en la nulidad de la renuncia, de la emancipación y de la posterior escritura de compraventa de la finca, único bien relicto, así como de las correspondientes inscripciones registrales, estriban fundamentalmente en apreciar que no ofrece la menor duda el manifiesto abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo: en un solo acto, el 5 de marzo de 1963, emancipó a su hija María Begofía, renunció en nombre de su hija Olatz, entonces menor de edad y representada por él, a la herencia del abuelo materno de sus hijas, renuncia también al mismo tiempo el hijo del causante y adquiere la viuda la totalidad del inmueble que meses después es adquirido por un precio irrisorio, 45.000 pesetas, por el padre de las demandantes, si bien pactando el usufructo de la vendedora y fallecida ésta el mismo año, veintisiete años después el recurrido vende la finca por 95.000.000 de pesetas. La conducta seguida por el demandado, dice nuestro Más Alto Tribunal, perjudicó de forma notoria los derechos hereditarios de sus hijas valiéndose de su ascendencia sobre ellas y sobre la viuda del causante. Hizo el demandado un uso anormal y antisocial de sus prerrogativas de patria potestad y de sus vínculos familiares para obtener una finalidad ilegítima, dando lugar a las circunstancias objetivas de exceso en el ejercicio de su derecho. Ello sin necesidad de acreditar haber actuado de mala fe, sino simplemente haber procedido con un desmedido interés personal de carácter sobre todo económico. Y ese abuso de derecho, que impone acoger el motivo segundo del recurso, envuelve como actos encubridores de un verdadero fraude a la ley el otorgamiento de las escrituras de emancipación y de renuncia a la herencia, actos que si bien fueron formalmente ajustados a la ley, en realidad se ajustaron a ella sólo de forma aparente, resultando defraudados los derechos sucesorios de sus hijas y en este sentido quedan ineficaces tales actos como viciados de nulidad absoluta. Y justifica la

decisión, pues aún cuando al ocurrir los hechos en 1963, no se había regulado el abuso del derecho en el Código Civil, sin embargo ya con anterioridad la jurisprudencia lo había recogido y declarado. Y la acción de nulidad de pleno derecho o de inexistencia de los actos jurídicos es imprescriptible, de manera que la limitación temporal para accionar de cuatro años que establece el artículo 1.301 del Código Civil, viene referida a las acciones de anulabilidad, pero no a las de nulidad radical o inexistencia, como es el caso ahora debatido.

Y no estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, pues en la demanda nada se pide sobre la segunda venta, cuya desvinculación del primer contrato, único cuya nulidad se postula, se ha producido por el largo lapso de tiempo, de 1963 a 1990, que medió entre ambos, siendo contratos totalmente independientes y tratándose de dos relaciones jurídicas diferentes.

F. C. L.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Monografías Civitas, 1995.

Se ha publicado recientemente la monografía a que se refiere el título del presente trabajo, en la cual el profesor MARTÍNEZ SANZ, Titular de Derecho Mercantil de la Universidad «Jaume I» de Castellón, hace un completo análisis de los problemas que suscita la nueva Ley 12/1992, de 27 de mayo, que regula el régimen jurídico del Contrato de Agencia, en relación con la consagración en nuestro Derecho del instituto de la indemnización a los agentes por la clientela aportada a la extinción de su contrato. Dicha Ley, como es sabido, trae causa de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, que fue incorporada al Derecho español por medio de la Ley antes citada.

La monografía viene estructurada en seis capítulos, extensamente anotados con referencias doctrinales y bibliográficas, tratando en profundidad las distintas cuestiones que plantea el artículo 28 de la Ley, su justificación y su aplicación práctica. Especial incidencia tiene respecto a las legislaciones de países de nuestro entorno. De forma colateral, la obra toca también aquellos aspectos más destacables de la otra indemnización introducida por dicha Ley, la llamada «por inversiones», y hace una alusión a la posibilidad de aplicar de forma analógica la indemnización por clientela a los contratos de concesión.

El Capítulo I hace una introducción general al problema, aludiendo en su primer apartado a la configuración del contrato de agencia, junto con el de comisión, distribución y franquicia, dentro de lo que la doctrina ha denominado derecho de la distribución comercial.

Se destaca la función económica del agente, haciendo una reflexión sobre su posición en el mercado, delimitando la figura respecto a figuras cercanas, como es el caso de los viajantes del comercio sujetos a un régimen laboral especial. En relación con ello, el profesor MARTÍNEZ SANZ cita los criterios jurisprudenciales que han venido marcando en los últimos tiempos la distinción entre ambas figuras, que se concretan principalmente en la responsabilidad y organización empresarial autónoma que caracteriza al agente, criterio plenamente confirmado por las disposiciones legales contenidas en la Ley 12/1992. No obstante ello, el autor considera que la cercanía de ambas figuras aproxima también la necesidad de tutela, en especial en lo que concierne al momento extintivo de la relación contractual.

Este primer capítulo cuenta con otro apartado referido a la armonización operada por la ya citada Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986, y las dificultades de coordinación en esta materia, consecuencia de un compromiso de posturas antagónicas entre los distintos países miembros y sus distintas soluciones legislativas. En el Derecho anglosajón la noción de agencia se

aproxima a la representación en sentido amplio, mientras que en el Derecho continental esta nota no existe. Pese a todo, se logra un compromiso de armonización comunitaria, dejando opciones abiertas a los estados ante la imposibilidad de alcanzar acuerdos en torno a un régimen jurídico uniforme, con normas relativamente imperativas y con una regulación altamente tuitiva.

El último apartado del capítulo primero centra el objeto de estudio. Así, se aclara que la monografía va a tratar las indemnizaciones o compensaciones expresamente previstas en la Ley 12/1992, y de forma especial en la indemnización por clientela, haciendo una somera referencia, como más arriba hemos apuntado, a la indemnización por inversiones del artículo 29 de la Ley. En cuanto a la delimitación subjetiva, el autor estudia el agente de ventas de mercancías, como supuesto más típico, excluyendo referirse a los agentes de seguros, agentes bancarios, agentes consignatarios de buques, etc.

Por su parte, el Capítulo II de la monografía viene referido a la necesidad de protección de los agentes en el momento extintivo del contrato, empezando por justificar dicha protección en su apartado primero. La labor del agente no termina con la promoción y la eventual conclusión de operaciones de comercio por cuenta ajena, sino que su actuación se dirige a la creación y mantenimiento de una clientela permanente. En este punto, el autor va a analizar la incidencia del problema de las comisiones por pedidos «supletorios», u «órdenes ulteriores», que la Directiva prevé y que se desarrollan en la Ley 12/1992 (art. 12.1.b).

En todo caso, el autor considera que la ruptura de la relación contractual puede romper el equilibrio existente durante la vigencia de la misma. El activo común que constituye la clientela conseguida por el agente irá, normalmente, a parar a manos del empresario, el cual podrá seguir disfrutando de la misma. El agente, por otro lado, perderá, no sólo la posibilidad de obtener nuevos clientes, sino también el valor de las ventajas aportadas al empresario durante la vigencia del contrato. Es decir, no se trata de indemnizar al agente por una ruptura abusiva o intempestiva, indemnización que además será reclamable, sino que se trata de compensar ese patrimonio común que, extinguido el contrato, quedará en poder del empresario.

En cuanto a los modos de articular dicha protección, apartado segundo del capítulo, el profesor MARTÍNEZ SANZ los agrupa en dos tipos, basándose en la legislación comparada: la alternativa del derecho alemán, centrada en una compensación por clientela; y la alternativa francesa, basada en la reparación del perjuicio. La primera de ellas nos lleva a compensar al agente de los beneficios que derivan de la creación de una clientela común en el sentido expuesto más arriba. La francesa, considera al contrato de agencia como un mandato de interés común, y su ruptura constituye un perjuicio que debe ser resarcido cuando la denuncia es por voluntad del mandante, y no existe un incumplimiento por parte del agente que justifique la resolución.

Por su parte, la Directiva 86/653/CEE recoge un sistema de doble opción, concediendo a los Estados la facultad de optar por alguno de los dos sistemas expuestos.

Es en el Capítulo III donde el autor entra de lleno a tratar el problema desde la perspectiva del Derecho español, analizando la regulación contenida en la Ley 12/1992, la naturaleza del instituto y sus presupuestos.

Tras aclarar, acertadamente en nuestra opinión, que prefiere calificar el instituto como compensación por clientela más que indemnización, señala que su finalidad es retribuir de forma adicional la actividad realizada durante la

vigencia del contrato. Es decir, durante la vigencia del contrato se puede estar desarrollando por el agente un activo común (las relaciones con la clientela), susceptible de generar ventajas futuras y evaluables en dinero. La ruptura provoca la pérdida de ese activo común, generalmente a favor del empresario. La compensación por clientela, de esta forma, va a retribuir la actividad del agente durante la vigencia del contrato tendente a la creación o consolidación de relaciones comerciales estables; a la vez que supone una liquidación o reasignación de ese activo común que se disuelve como consecuencia de la terminación del contrato.

Punto fundamental, y que tiene una aplicación práctica incuestionable, es el análisis del autor de los presupuestos legales para la concesión o no de la compensación por clientela al agente. En este sentido, hay que destacar que su sistemático estudio puede servir de guía para cualquier profesional del Derecho que deba enfrentarse ante una posible reclamación de este tipo, bien sea desde la perspectiva del agente, bien desde la del empresario, bien desde la de que deba resolver la discrepancia. Un repaso pormenorizado de cada uno de los requisitos nos llevará desde el primer momento a dilucidar la fuerza de la reclamación del agente y sus posibilidades de prosperar, sin perjuicio de otras consideraciones que el caso concreto pueda plantear, pero que, a su vez, vendrán marcadas en gran medida por esas premisas básicas que constituirán la médula del problema. No obstante, la introducción en el precepto de aspectos, en gran medida subjetivos, dificultará indiscutiblemente la cuestión, como más adelante se verá.

Los presupuestos legales, cumulativos y no alternativos, son: 1) la extinción del contrato; 2) la creación o incremento sensible de la clientela; 3) que ello sea susceptible de seguir produciendo ventajas al empresario, y 4) que su concesión resulte equitativa. Detengámonos someramente en cada uno de ellos.

La extinción del contrato es el factor desencadenante de la posible indemnización. Es evidente que antes de ese momento no es reclamable, y que es un presupuesto mínimo para plantear su reclamación. A tenor del artículo 28.1 de la Ley 12/1992, es indiferente la duración del contrato, admitiéndose tanto en los contratos por tiempo determinado como los indefinidos. A continuación, el autor hace un repaso a determinadas causas especiales de extinción, aludiendo a la quiebra del agente, que no extingue *per se* el contrato y que para el autor no excluye necesariamente la compensación por clientela; la quiebra del empresario, que tampoco la excluye si no fuera porque faltaría el tercero de los requisitos citados; y finalmente, a la extinción parcial del contrato, ya sea por reducción de la zona contractual, retirada de exclusiva, o reducción del catálogo de productos.

Esta última cuestión, la de la extinción parcial del contrato, es realmente interesante por la enorme trascendencia práctica de la misma. En este sentido, el autor recomienda la introducción de cláusulas en el contrato que reserven tal derecho, a fin de evitar problemas del empresario con sus agentes, habida cuenta que su conclusión general es que entiende cumplido el presupuesto de la extinción contractual y abre la vía de la compensación, salvo en el caso de la reducción de catálogo en el que faltaría el requisito de las ventajas posteriores para el empresario.

En cuanto a la creación de la clientela es un presupuesto básico y esencial, la razón de ser del instituto compensatorio que se analiza. Conlleva la aportación de nuevos clientes por parte del agente, clientes que deben contar

además con la nota de la asiduidad, de la habitualidad. A ello habrá que sumar el componente de la novedad, no siendo suficiente que se trate de un cliente antiguo atraído a un nuevo producto. No exige un aumento de ingresos, ni que la captación de clientes no se deba a otras circunstancias. En este momento sólo estamos ante un requisito objetivo, de difícil prueba en muchos casos, pero meramente objetivo.

La otra posibilidad respecto al segundo presupuesto es que se produzca un incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente, incremento que ha de ser cuantitativo y cualitativo.

El tercer presupuesto es que esa situación sea susceptible de seguir produciendo ventajas al empresario. El autor considera que la Ley establece una presunción *iuris tantum* de que dichas ventajas se producirán, es decir, que corresponderá al empresario probar que la relación con sus clientes no perdurará o, en su caso, que no le reportará ninguna ventaja sustancial. En este punto es preciso advertir que, en buena medida, la prueba del empresario puede ser realmente complicada, máxime si tenemos en cuenta que debe probar un hecho negativo y futuro. En realidad, nadie sabe lo que puede pasar con un mercado futuro, y menos con la situación actual del tráfico mercantil, tan cambiante, tan arriesgado y tan poco controlable. El autor así lo reconoce.

Se mencionan también en la obra distintos supuestos que pueden incidir en la conservación de las ventajas, ofreciendo de nuevo una casuística que puede ayudar de forma incuestionable a la resolución de problemas prácticos. En tales supuestos se incluyen el pago de comisiones al nuevo agente que ocupe el lugar de aquel cuyo contrato se ha resuelto, el que el objeto del contrato lo constituyan operaciones sobre bienes de naturaleza duradera, el cambio en el canal de distribución, o diversas circunstancias que afectan a la titularidad de la empresa (venta) o al cese de la actividad, ofreciendo una solución adaptada a cada caso concreto.

Por último, será presupuesto también el que la concesión sea equitativa, presupuesto que, por basarse en un concepto jurídico indeterminado, motivará la mayor fuente de controversias. Una vez más, el autor incide de lleno en toda la casuística que su aplicación diaria puede plantear. Y para ello no sólo repasa exhaustivamente las circunstancias recogidas en la Ley, sino todas aquéllas que pueden venir motivadas por las cláusulas contractuales o surgidas a la extinción o posteriormente. Con ello, el análisis se hace verdaderamente interesante y práctico, y facilita de forma indudable la determinación del concepto recogido en la norma legal.

En este sentido se analiza en profundidad una de las más enconadas discusiones jurídicas surgidas tras la publicación de la Ley en la práctica diaria de este tipo de contrato, que no es sino la posibilidad de excluir la compensación cuando existen pactos de limitación de la competencia. El profesor MARTÍNEZ SANZ estudia cuidadosamente las consecuencias de la existencia de pactos en el contrato en tal sentido, o su ausencia, concluyendo que no existe una relación inmediata entre el pacto y la compensación, no siendo determinante, en su opinión, el que exista o no una limitación de competencia para el agente con el hecho de poder o no reclamar la compensación por clientela.

El Capítulo IV de la obra se dedica al tema de la cuantificación y exclusión de la indemnización por clientela, cuestión compleja y de gran trascendencia práctica, máxime teniendo en cuenta la parquedad de la redacción del precepto. Nos encontramos, pues, ante una doble decisión: si procede la compensación y su cuantificación. En todo caso, tanto una como otra han de ser resuel-

tas atendiendo al caso concreto, y respecto a la segunda de ellas, la que trata este capítulo, partiendo del principio de que la Ley fija un tope máximo, no una base de cálculo a partir de la cual se realizarán las correspondientes modificaciones.

En cuanto a las causas de exclusión, el profesor MARTÍNEZ SANZ estudia de forma pormenorizada las tres causas legales contenidas en el artículo 30 de la Ley; la denuncia del empresario por incumplimiento del agente, el que sea el agente el que quiera terminar la relación contractual, o la cesión consentida del contrato. En el primer caso, el autor considera que es presupuesto que el contrato sea efectiva y realmente incumplido, que se denuncie, y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento y la denuncia, la cual deberá ser por escrito, especificando la causa y la voluntad de rescindir. En el segundo quedan exceptuadas las circunstancias imputables al empresario, así como la edad, invalidez o enfermedad del agente, entrando de forma detallada a considerar cada una de ellas. Y en cuanto a la cesión del contrato, se parte de la base de que dicha cesión será retribuida por regla general, retribución que cubrirá la compensación.

Como ya apuntamos, la monografía trata también la relación de la compensación por clientela con otras pretensiones indemnizatorias. Ya se advirtió que la indemnización objeto de estudio no presupone un incumplimiento del empresario, y se concede sin perjuicio de cualquier otra. Por tanto, es susceptible de coexistir sin problema con la otra contenida en la Ley 12/1992, en su artículo 29, y que se ha dado en llamar la indemnización por inversiones. El autor repasa los aspectos más destacables que puede suscitar esta otra pretensión indemnizatoria, estableciendo las líneas básicas de la misma, facilitando así la coordinación de dos pretensiones que frecuentemente irán unidas en la práctica.

Por último, el Capítulo VI estudia la posible extensión analógica de la compensación por clientela a los concesionarios. Tras una delimitación general de la cuestión, en la que se concluye en el sentido de apreciar una tendencia favorable a la atribución de la compensación a los concesionarios, se pasa a dar una visión global de la problemática y la postura de la doctrina y jurisprudencia desde la perspectiva del derecho alemán, único lugar donde este problema ha tenido un tratamiento riguroso y exhaustivo. A continuación el autor trata lo que denomina problemas preliminares, la determinación de la disciplina aplicable, en la que la Ley 12/1992 tendrá un importante papel como norma supletoria, y la susceptibilidad de que el artículo 28 de la Ley que venimos tratando sea de aplicación analógica, considerando finalmente que, al no ser norma excepcional, es susceptible de tal aplicación.

Como vemos, la obra es de un indudable interés, tanto para cualquier estudioso del tema, como para el que tenga que resolver un caso real en relación con la pretensión indemnizatoria analizada, desentrañando muchos de los problemas que desde la publicación de la Ley, y aún antes, vienen produciéndose en nuestro Derecho. Y es que tal indemnización, aunque no reconocida legalmente en nuestro Derecho hasta la Ley 12/1992, sí ha sido objeto de numerosas controversias doctrinales y judiciales, ya sea configurándose específicamente como tal, ya sea enmarcada en un conjunto de pretensiones generales del agente al término de su relación contractual con el empresario, en las cuales se reclamaba por la resolución de la relación aunque sin aludir de una forma directa a ese activo común que constituye la clientela.

Quizá lo que sí haya traído la publicación de la Ley es un cauce para todas aquellas pretensiones que debían recurrir a las disposiciones generales de las obligaciones para verse satisfechas, y, en consecuencia, una avalancha de reclamaciones que, aún sin fundamento, se interponen por considerar a esta indemnización como algo consustancial a la resolución de un contrato de agencia, en un sentido similar a la legislación laboral con una concesión fija y automática. Ya aludía el autor a la posibilidad de confundir el límite legal de la indemnización con un punto de partida, olvidando que es un tope máximo de algo que, a su vez, no siempre es procedente. La aplicación diaria de la Ley ha llevado en la mayor parte de los casos a reclamaciones en ese sentido, habiendo creado por esta vía una nueva carga al empresario.

Y es importante señalar que, en la realidad diaria, es el agente el que trata directamente con el cliente, es la cara del empresario, y es el agente el que tiene la cercanía propia para acceder directamente al cliente, tanto durante la vigencia del contrato como después de su extinción. La fuerza del agente puede ser enorme en determinados casos y para determinados productos altamente sustitutivos o con gran competencia, lo cual, en todo caso, será comprobable después de finalizado el contrato. El agente tiene por tanto en sus manos el mercado en el que trabaja, y esa posición le concede cierta ventaja frente al empresario. En resumidas cuentas, y salvo que el contrato tuviera una limitación de la competencia prevista para su finalización, nada impide que el agente siga manteniendo la relación comercial con los clientes para la promoción de ventas sobre nuevos productos por cuenta de otros empresarios. Lo que está perdiendo es el producto, pero el cliente siempre está ahí.

Por ello, debemos huir de una consideración tajante de la inferioridad de posición del agente, y atender al caso concreto. El empresario no siempre tendrá esa posición de fuerza ni, teniéndola, va a estar siempre dispuesto a explotarla. Cuando la venta funciona, cuando las relaciones cliente-agente-empresario son fluidas y provechosas, ninguno de los tres las romperá sin motivo justificado. Toda ruptura contractual supone un quebranto para las tres partes implicadas que sólo en casos muy determinados al empresario le interesará asumir. Y salvo dichos casos especiales y excepcionales, que son los que la Ley debe proteger, el empresario no resolverá un contrato de agencia de forma caprichosa, puesto que el mayor coste para él es el perjuicio que se producirá al mercado, que será en muchos casos mayor que el coste de la indemnización a su antiguo agente.

La estabilidad, como vemos, interesa a ambos. Y hemos de resaltar cómo esa estabilidad puede verse perturbada incluso durante la vigencia del contrato en el momento en que se produzca un preaviso de extinción de la relación. La Ley, con buen criterio, ha marcado un obligatorio plazo de preaviso para terminar con la relación contractual, pero lo que no ha previsto es la situación en la que puede quedar un mercado tras los seis meses desde el preaviso de extinción. Indudablemente, el tema puede dar origen a grandes conflictos, máxime si, como decimos, es el agente el que visita y mantiene relaciones comerciales habituales con los clientes de la zona.

Y hemos de aludir, también, al beneficio intrínseco que recibe el agente del empresario con sólo la firma del contrato. El prestigio, el buen nombre comercial, las marcas del empresario, redundarán en su propio beneficio, en un prestigio añadido sobre su situación anterior. Su posición en el mercado se verá reforzada por un respaldo de unos determinados productos reconocidos en el mercado. A ello sumaremos los propios clientes que el empresario apor-

tará al inicio de la relación contractual y que, sea cual sea el desarrollo posterior de dicha relación, entrarán en la cartera del agente. Es decir, de alguna forma se estará ampliando el propio círculo comercial del agente con unos clientes que en muchos casos eran inaccesibles para él, y que, además, podrá seguir operando con ellos aunque la relación comercial con el empresario concreto que se los facilitó se vea resuelta.

Finalmente decir que hay que tener presente la estructura comercial del mercado actual, en la que el propio empresario aporta gran parte de las armas de disuasión del cliente (publicidad, promociones, descuentos, etc.), las cuales serán difícilmente oponibles por la intrínseca complicación de la prueba. Por ello, la compensación por clientela debe ser tratada con la máxima cautela, huyendo en todo caso de automatismos en su concesión que puedan provocar el efecto opuesto al que la Ley pretende, atendiendo siempre a las circunstancias particulares de cada caso, y olvidándonos de forma definitiva de situaciones preestablecidas de inferioridad.

No podemos olvidar que el agente puede contar con protecciones legales que lo alejan del trabajador por cuenta ajena, contando siempre con la posibilidad de operar por medio de una sociedad de capital mínimo y nulo riesgo, pero que puede llegar a tener una gran implantación comercial. Siendo todos empresarios, y en un régimen de libre competencia, no deben favorecerse determinadas situaciones sin más consideración, debiendo los tribunales corregir cualquier desviación que se pretenda respecto al espíritu de la norma. La idea de empresa conlleva la asunción de riesgo, y el que opta por ella ha de aceptarla en su totalidad. Por tanto, es preciso huir de toda intención protectora más allá del sentido de la Ley, en la que, no lo olvidemos, se están comparando dos organizaciones económicas independientes, dos empresas, y tratando de corregir desequilibrios económicos dimanantes de un contrato mercantil, no desequilibrios sociales o laborales.

En otro caso se estará rodeando a la empresa de una serie de cargas que, de nuevo, frenarán su actividad, exigiéndoselas en aras a que, como empresa, debe asumir el riesgo propio de su actividad mercantil, pero sin que ningún otro agente económico asuma su propio riesgo. No podemos situar la compensación por clientela como algo ya reconocido por ley al agente, sino como una situación puntual y del caso concreto, en la que, además, el empresario tendrá en su contra el peso del juego de las presunciones legales de la Ley, y como única arma a esgrimir la impracticable prueba de hechos futuros y el impreciso concepto de la equidad.

ISIDRO DEL MORAL GONZÁLEZ
Abogado

PAU PEDRÓN, ANTONIO: *La protección del Arrendamiento Urbano*, Civitas, Madrid, 1995.

Tuve la suerte de escuchar a PAU PEDRÓN con ocasión de la conferencia que pronunció en Madrid en noviembre de 1994 en las Jornadas organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, y ya en aquel momento su brillante exposición y las cuestiones en ella planteadas, despertaron el interés por el estudio de la monografía que sobre el tema allí desarrollado ahora presenta. Al

hilo de ese gran interés suscitado entre juristas, y quienes no lo son, por la reciente y tan esperada Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre), surge este magnífico estudio, destinado a analizar, como el propio autor señala en la Nota Preliminar del mismo, la protección del arrendamiento urbano, que aparece encomendada en la nueva LAU al Registro de la Propiedad, sumándose a la protección que desde 1861 le confiere la Ley Hipotecaria.

La finalidad de la obra, en palabras del propio autor, es ofrecer una interpretación coordinada de la legislación hipotecaria con las normas hipotecarias que aparecen en el texto de la LAU. Finalidad ampliamente conseguida a lo largo de sus diez capítulos, donde se hace un minucioso análisis de las diversas cuestiones que se van analizando.

Cuestiones que el propio PAU, a modo introductorio resume en la Nota Preliminar del libro: a) Los criterios básicos que presiden la interpretación normativa; b) Los efectos protectores que el Registro dispensa al arrendamiento urbano inscrito (cap. II a IV); c) La protección registral de las diferentes facultades integradas en el Derecho arrendaticio urbano (cap. V a IX); d) El sistema de protección registral de los denominados arrendamientos especiales (cap. X).

En todo caso, el autor con la presente obra vuelve a poner nuevamente en el candelero la polémica sobre la naturaleza real o personal del Derecho arrendaticio. Y, partiendo de la configuración real en la LH del arrendamiento inscrito, desarrolla y analiza a lo largo de la obra los diferentes puntos de conexión y coordinación entre la legislación arrendaticia e hipotecaria.

I. La primera cuestión a analizar por PAU (criterios de interpretación normativa) se desarrolla en el PRIMER CAPITULO (INTRODUCCION), donde se sientan las claves de la posición mantenida en el resto de la obra respecto a la configuración, naturaleza y tratamiento registral del Derecho arrendaticio.

Parte para ello de una serie de premisas: En primer lugar, de la inexistencia de bases para restringir la asimilación que la LH hace del arrendamiento a los derechos reales, afirmando en segundo lugar, sin embargo, que hay que apreciar la existencia de rasgos sustantivos o civiles propios del arrendamiento para la aplicación de las normas registrales. Señalando en último lugar que no es necesario precisar la naturaleza jurídica del arrendamiento para determinar su régimen registral.

Ratifica el autor el contenido de tales premisas acudiendo a los antecedentes de la configuración del derecho arrendaticio en el ámbito registral (la LH de 1861 atribuyó a determinados arrendamientos carácter real, y su propia Exposición de Motivos puso de manifiesto que la inscripción convertía al arrendamiento de derecho personal en derecho real. Siendo por ello por lo que en la propia LH se prevé que tales arrendamientos accedan al Registro a través del asiento de inscripción (arts. 2, 5 y 6 LH), como auténticos derechos reales. Criterios que según PAU no han variado en la legislación hipotecaria posterior, siendo un hecho que la EM de la primitiva LH se repitió en la edición de 1869 y que la aprobación del Código Civil no alteró el régimen registral de los arrendamientos (art. 608, art. 1.571 que establece como excepción al principio *venta quinta renta* lo dispuesto en la LH).

Completa su visión histórica el autor con la referencia a la postura doctrinal y jurisprudencial mantenida respecto al arrendamiento inscrito en relación con las leyes hipotecarias del pasado siglo, mayoritariamente favorable al carácter real del arrendamiento.

No obstante conviene analizar cuáles son los rasgos que el arrendamiento ha de tener para hacerle aplicable el régimen hipotecario de los derechos reales (con la consiguiente aplicabilidad a tal derecho de sus normas que se refieren a los derechos reales, y la atribución al mismo de las notas de absolutividad y ergaomnidad), y así lo hace PAU a continuación.

Por último, y tras analizar la postura de quienes mantienen la calificación del arrendamiento como derecho personal, considera que actualmente la calificación tradicional de tal derecho se encuentra en situación de crisis, pero no de abandono. Debiéndose relegar, apunta, el empeño de su encuadramiento conceptual y poner de relieve la existencia de derechos con un grado de eficacia que impide su adscripción a una de las categorías clásicas.

II. En los Capítulos II a IV, analiza el autor el problema de la aplicabilidad al arrendamiento de los principios hipotecarios de prioridad y oponibilidad (cap. II), legitimación (cap. III) y fe pública registral (cap. IV).

Respecto de los principios de PRIORIDAD Y OPONIBILIDAD (cap. II), parte PAU de la aplicación de los mismos sin que suponga un obstáculo a ello el artículo 17 LH a la vista de la EM de la primera LH. Es el rasgo de inmediatividad existente sobre el bien arrendado lo que determina, sin necesidad de entrar en la naturaleza del arrendamiento, su sometimiento a las reglas organizativas de tales principios.

Partiendo de tal postura, analiza el autor los supuestos de colisión de otros derechos con el arrendamiento, desmembrando su estudio entre los casos en los que existe Preferencia del arrendamiento inscrito, frente a los supuestos en los que existe Preferencia de tales derechos sobre el arrendamiento.

La Preferencia del arrendamiento inscrito aparece recogida ya por la nueva LAU en el párrafo 2.º del número 1 del artículo 13 de la LAU, al establecer la subsistencia del arrendamiento inscrito frente a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador inscritos con posterioridad. Actuando tal preferencia, unas veces con carácter excluyente, y otras como superioridad del rango.

La superioridad del rango actuará entre derechos compatibles, implicando que el derecho que accede con posterioridad al Registro ha de respetar el arrendamiento inscrito. Compatibilidad que se da, y así se analiza por el autor, con derechos inscribibles que carecen de contacto posesorio (hipoteca y opción) o con el dominio.

Entrando aquí de forma concreta PAU a analizar cómo juega tal superioridad en el ámbito de la LAU de 1994 donde, afirma, no se sigue un criterio único para asegurar la continuidad del arrendamiento en los casos de transmisión del inmueble arrendado, estableciendo mayor preocupación por la protección de los arrendamientos de viviendas que los destinados a uso diferente al de vivienda. Pasando a analizar detenidamente cada uno de los supuestos previstos en el articulado de la LAU para viviendas y fincas destinadas a uso diferente al de vivienda.

En cuanto a la *Preferencia excluyente* se analiza el arrendamiento en relación con derechos inscribibles que implican posesión (usufructo, uso, habitación y ciertas servidumbres), estudiando la posibilidad de coexistencia de tales derechos con el arrendamiento, y la posible o no coexistencia con otro arrendamiento.

Existe sin embargo *Preferencia sobre el arrendamiento* en aquellos supuestos en los que éste accede con posterioridad al Registro respecto de otro derecho inscrito con anterioridad sobre la finca arrendada, aunque sin embargo la LAU

establece en el artículo 13.1 l una salvedad respecto de los arrendamientos de vivienda por el plazo mínimo, que subsisten durante tal plazo pese a la inscripción anterior de tales derechos.

Refiriéndose aquí, por un lado a derechos que no implican contacto posesorio (retracto convencional, sustitución fideicomisaria, constitución de hipoteca a la opción de compra). Centrándose no obstante en el supuesto de la constitución de hipoteca y básicamente, en relación con la misma, en tres cuestiones fundamentales: *a)* en el supuesto de existencia de una cláusula en la hipoteca de prohibición de arrendar; *b)* en la posibilidad de intervención del arrendatario en la ejecución hipotecaria, y *c)* en la subsistencia del arrendamiento tras la ejecución hipotecaria.

Tras el análisis de los supuestos de resolución del derecho del arrendador, previstos en el artículo 13 LAU, se centra PAU en aquellos otros casos no provistos por el precepto, en relación con los cuales PAU admite, igualmente, que el arrendatario tiene asegurada la vigencia durante el plazo mínimo de los cinco años en cualquier caso de pérdida de la propiedad por enajenación voluntaria o por una causa incierta de resolución, aunque si la resolución es cierta (como en el caso de la derivada del término resolutorio), no existe base en la LAU para mantener el mismo criterio. Igualmente se refiere a otra serie de supuestos a los que igualmente sería de aplicación el artículo 13, tales como el arrendamiento constituido sobre un bien litigioso, o el supuesto en que recae sobre la vivienda una condición resolutoria, y sobre el que la ley no se pronuncia, en aquellos casos en los que se cumple la condición resolutoria.

Por otro lado se refiere el autor a aquellos derechos inscribibles que, implicando contacto posesorio (usufructo, superficie...), cuando se extinguen, conforme a la LAU, producen la extinción del arrendamiento otorgado por el titular de tales derechos. Analizando igualmente los supuestos de extinción de derechos de goce análogos (el de los titulares de los derechos de sobreelevación y subedificación superficiarios, el enfiteuta, el acreedor anticrético y el hipotecario a quienes se hubiese transmitido la administración o posesión de la finca...)

Cierra el estudio del capítulo la lógica referencia al sistema de CANCELACION DEL ARRENDAMIENTO en los casos en los que se resuelva el derecho del arrendador, quedando igualmente resuelto el arrendamiento. Considerando que aquí son de aplicación diferentes reglas del RH, previstas para otros supuestos de extinción de derechos posteriores o no preferentes (arts. 131.17 LH, 235 y 175.2 RH y 1.581 LEC, 75.1 RH o 175.5 RH), aunque sin embargo en determinados supuestos la legislación hipotecaria no prevé el procedimiento de cancelación: *a)* en los casos del ejercicio del derecho de retracto convencional, al que según el autor, al coincidir los efectos resolutorios con los casos de cumplimiento de condición resolutoria, hay que considerar igualmente aplicable la regla del artículo 175.6 RH. *b)* La misma regla es aplicable en cuanto a la cancelación de los arrendamientos en el supuesto de efectividad de la sustitución fideicomisaria, y lo mismo en el caso del ejercicio del derecho de opción, por analogía con el cumplimiento de la condición resolutoria.

En relación con el PRINCIPIO DE LEGITIMACION (cap. III) se analizan los efectos sustantivos, procesales y operativos del mismo en los arrendamientos.

Son efectos sustantivos del principio la presunción de existencia del derecho en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38.1); la de la pertenencia del derecho, de forma que el que aparece en el Registro como arrendatario ha de ser considerado como tal en el tráfico jurídico; la presun-

ción de posesión añadiendo la inscripción la existencia de derecho real a poseer, y por último la presunción de posesión cualificada a los efectos de prescripción adquisitiva.

Dentro de los efectos procesales, y refiriéndose a la posición del arrendatario como actor, entiende PAU que resulta de aplicación al arrendamiento el artículo 41 de la LH, en la medida en que el arrendatario puede, no sólo defenderse frente a las perturbaciones de hecho, sino también frente a las de derecho, siempre que la agresión se dirija contra el arrendamiento. Pudiendo igualmente el arrendatario inscrito ejercitar por el cauce del artículo 41 las acciones reales de carácter petitorio, cuando la perturbación tenga su origen en la actuación de un tercero que invoque título jurídico, dirigiéndose tal acción directamente contra el derecho del arrendatario.

Igualmente se analiza la posición del arrendatario como tercero (en el sobreseimiento de embargos) o como demandado (demanda de cancelación o nulidad de la inscripción contradicha).

Por último, en relación a los efectos operativos, el arrendatario tiene poder de disposición sobre su derecho, a través de la cesión y el subarriendo, igualmente con efectos registrales, de forma que a través del tracto, el cesionario o subarrendatario accederán igualmente al Registro, y a través del principio de fe pública podrán adquirir su derecho de quien no tiene facultades civiles para transmitir, pero es titular registral.

Igualmente hay que considerar que el título inscrito tiene validez frente a terceros, siendo admisible en oficinas públicas y juzgados, abogando PAU aquí por la aplicabilidad a los arrendamientos del artículo 313 de la LH.

Como cierre de este segundo bloque de la obra, se analiza el principio de FE PUBLICA REGISTRAL (cap. IV) estudiando por un lado la protección otorgada al arrendamiento desde la LH, y por otro la otorgada desde la nueva LAU.

Así, en el primero de los marcos señalados (protección *ex* LH), PAU, rebatiendo minuciosamente los argumentos de quienes consideran que el principio resulta inaplicable a los arrendamientos, concluye que la fe pública protege al arrendatario frente a los títulos no inscritos y frente a las causas de resolución o nulidad que no consten inscritas, debiendo reunir en ambos casos los requisitos del artículo 34 LH. Trasluciéndose igualmente en el marco de la nueva LAU una especial protección al arrendamiento inscrito en el artículo 13.3, sobre la base de la que PAU denomina «adquisición a *non domino* civil sobre base registral», conforme a la cual el arrendatario quedará protegido durante cinco años si adquiere su derecho del titular registral, aunque luego se demuestre que no era el propietario. Protección que tiene una clara semejanza con la que otorga la fe pública registral, aunque sin embargo también existen diferencias con tal principio.

A la vista de ello se entiende que, según los casos actuará una u otra protección (la del art. 34 LH o la del art. 13.3 LAU).

III. Dentro del tercer bloque de cuestiones señaladas inicialmente (los efectos protectores que el Registro dispensa al arrendamiento urbano inscrito), se incardinan los Capítulos V a IX. Dedicándose el primero de ellos (cap. V), al estudio de la protección de las facultades arrendaticias, y especialmente al DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE. Analizándose en primer lugar las vías a través de las cuales se consigue tal protección en el Registro, y posteriormente los supuestos en los que se permite el ejercicio de tal derecho; partiendo de la plena aplicabilidad de los criterios fijados por

el TS y DGRN en relación con la Ley de 1964, en orden a la existencia o inexistencia del derecho (con amplia cita jurisprudencial) para delimitar los supuestos en los que se permite el ejercicio del mismo.

Completa este estudio con la referencia, por un lado, al carácter con que deben interpretarse los supuestos de existencia del derecho, y por otro al grado de control sobre la existencia del arrendamiento en los casos en los que la transmisión haría posible el ejercicio del derecho de adquisición preferente.

El segundo de los derechos objeto de protección al que se alude es el DERECHO DE RETORNO (cap. VI), dedicando la primera parte del capítulo a analizar los diferentes tipos de retorno: convencional, judicial y retorno de origen legal. Centrándose respecto del último de ellos en la Disposición Adicional 4.^a del TRLS, que regula tal derecho de retorno legal, desarrollado en la Disposición Adicional 8.^a de la LAU, haciendo un análisis comparativo con la regulación en la LS de 1976.

Los tres tipos de derecho de retorno, puntualiza el autor, suponen la continuidad del mismo arrendamiento, que tiene una fase de latencia entre el derribo y la reconstrucción. Ahora bien, el único medio de lograr la efectividad de tal derecho frente a tercero se consigue mediante la publicidad registral del mismo, no bastando con la inscripción del arrendamiento en el Registro, sino que deberá hacerse constar en el folio correspondiente del solar, puesto que el derribo de la finca habrá provocado la cancelación de los folios abiertos a los pisos. Exigencia de publicidad que se hace extensiva también al retorno de origen legal previsto en el TRLS, pese a que la Disposición Adicional 4.^a establece la oponibilidad al adquirente sin mencionar la exigencia de publicidad de tal derecho.

Se refiere en tercer lugar en el Capítulo VII al DERECHO DE PRORROGA, analizando aquí los diferentes tipos de prórroga (expresa o tácita) y los efectos de las mismas frente a terceros.

Al SUBARRIENDO, CESION Y SUBROGACION se dedica el Capítulo VIII, refiriéndose en primer lugar a las posibilidades que al respecto ofrece la LAU para los arrendamientos de vivienda y uso diferente al de vivienda (arts. 8, 16, 32 y 33) (partiendo de que el art. 2.5 LH prevé la inscripción de los subarriendos, cesiones y subrogaciones) y centrándose posteriormente en el análisis de los requisitos de la oponibilidad a terceros y los efectos frente a éstos de la falta de inscripción de tales derechos. Para analizar por último cada una de las figuras señaladas y la protección de que gozan cada una de ellas

Por último, el Capítulo IX se centra en el estudio de la HIPOTECA, donde, partiendo de las dudas manifestadas doctrinalmente sobre la hipotecabilidad del arrendamiento, el autor mantiene la postura positiva, aplicando los criterios que sirven de base a su trabajo. Admitiendo el carácter real y enajenable del arrendamiento, resulta aplicable, según Pau, el artículo 106 de la LH que considera hipotecables los derechos reales enajenables.

Centrándose posteriormente en el problema de la hipoteca arrendaticia e hipoteca del establecimiento mercantil en la LHM y PSD, con la finalidad de determinar, por un lado si cabe la compatibilidad de ambas hipotecas (mobiliaria la una sobre el establecimiento mercantil, e inmobiliaria la otra sobre el local arrendado), adoptando una postura permisiva sobre la base del distinto ámbito de una y otra, y con apoyo en el artículo 75.3 de la citada Ley. Por otro lado se analiza la relación existente entre los folios abiertos en el Registro de HM y el Registro de la Propiedad, refiriéndose al problema de la eficacia de la prioridad entre ambas hipotecas, y al tema formal de la coordinación entre los Registros, cuestiones que resuelve la LHM y PSD desde el aspecto de la hipoteca mobiliaria.

Dando no obstante el autor las bases para la regulación futura de la coordinación de ambos Registros.

IV Por último, se dedica en Capítulo X al estudio del sistema de PROTECCION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS ESPECIALES, con referencia en primer lugar a la protección otorgada a los arrendamientos por plazo mínimo, a los que, junto con la que se otorga *ex LAU* (durante cinco años), la inscripción les dispensa otros efectos protectores a través de la legitimación, y de la fe pública registral en los términos de la LH.

Se alude en segundo lugar aquí a los denominados arrendamientos de viviendas suntuarias (art. 41.2 LAU) que, considerados como arrendamientos exceptuados, no merecen la protección que se les otorga a los de plazo mínimo, por lo que exclusivamente están protegidos cuando estén inscritos en el Registro, pero en función de la protección que éste les otorga.

Y por último, se refiere PAU a los arrendamientos excluidos, conforme al artículo 5 de la LAU, donde se analizan los diferentes supuestos que la LAU excluye de su aplicación, y la naturaleza de los mismos a la hora de determinar o no su sometimiento a la misma, y la posibilidad o no del acceso al Registro de la Propiedad, con la consiguiente protección que éste les puede otorgar, al margen de la protección *ex LAU*.

PAU consigue, con la obra que se presenta, como ya indicábamos al principio y hemos de reiterar nuevamente ahora, la finalidad perseguida, ofreciendo al lector de forma vertebrada esa interpretación coordinada de la legislación hipotecaria y las normas hipotecarias contenidas en la LAU, respondiendo coherentemente en sus planteamientos y soluciones a la postura mantenida desde el principio respecto de la configuración del arrendamiento en el ámbito hipotecario.

Porque, realmente el autor, pese a su afirmación inicial de que no es necesario precisar la naturaleza jurídica del arrendamiento como premisa para determinar su régimen registral, adopta una posición clara a lo largo de su exposición en favor de la naturaleza real del arrendamiento, al menos desde el punto de vista registral, al considerar aplicables al mismo los principios hipotecarios de prioridad y oponibilidad, legitimación y fe pública registral. Considerando así aplicables al arrendamiento inscrito preceptos como el artículo 41 o el 313 de la LH, propios en principio tan sólo a los derechos reales.

Sí se pronuncia PAU, por tanto, sobre la naturaleza del arrendamiento, otorgándole no sólo el efecto de oponibilidad frente al adquirente del bien arrendado, que se ha venido predicando como efecto exclusivo del arrendamiento inscrito, sino todos los que son propios de los derechos reales.

Ciertamente, ya lo indicamos, la cuestión es polémica, y la discusión se reabre con la modificación del artículo 2.5 de la LH, al permitirse el acceso al Registro de todos los arrendamientos y subarrendos, sin las limitaciones que hasta ahora se recogían (aunque probablemente la finalidad perseguida por el legislador con esta reforma no haya sido precisamente la de destacar tal naturaleza real), y esto no es ignorado por el autor, que refleja claramente en su exposición el abanico de posturas existentes, analizándolas y rebatiéndolas razonadamente.

Coherencia, brillantez y minuciosidad expositiva, aunque no por ello carente de polémica, podrían definir la obra que PAU presenta al lector.

O'CALLAGHAN, XAVIER: *Leyes civiles de España*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1995.

No hace mucho mi mujer —aprovechando una prolongada ausencia mía— y ayudada por un matrimonio filipino que con nosotros convive, decidió limpiar y ordenar mi biblioteca. Después de cometido ese tremendo atentado a mi desordenado orden, un buen día en forma muy sonriente me lo contó. Cuando yo pude volver a mi rincón lleno de libros, comprobé que por allí habían pasado todas las hordas invasoras que a lo largo de la Historia asolaron España. Relucientes, como los chorros del oro, estaban todos los libros, ¿pero dónde estaban? A lo largo de muchos meses voy encontrando en forma muy parcial, leyes, textos, biografías, monografías, revistas, manuales, separatas..., etc. Por eso, cuando a mis manos acaba de llegar este portentoso libro que reúne —y evita la busca— todas las leyes que un jurista maneja, doy, libro en mano, el saludo más cordial y efusivo a su autor, a su idea y a esta realidad voluminosa.

El mundo de la legislación vigente se brinda con este libro sin necesidad de ningún esfuerzo y, en mi caso particular, sin tener que acudir a las posibles claves utilizadas para «desorganizar» mi biblioteca. Todos sabéis o debéis saber que las mujeres —y esto no significa ninguna crítica— al organizar sus listas telefónicas no utilizan ni la teoría estructural de SAVIGNY para exponer el Derecho Civil, ni siquiera el orden alfabético de apellidos o nombres. Nada de eso. Unas veces es la profesión la que permite la ubicación del teléfono de cierta persona, otras veces es el primer o segundo apellido, frecuentemente los vecinos van reunidos en un mismo grupo, los parientes llevan su puesto por medio del nombre, los restaurantes unos van por calles, otros por especialidades, etc. Entiendo que esta forma se parece un poco a mi manera de organizar la biblioteca y, por ello, creo que sería un tema muy atractivo para un estudio monográfico.

Menos mal que el autor, Magistrado y Catedrático de Derecho Civil, atiende a rigurosos criterios para que no sólo él, sino los demás sepamos situarnos en la materia que necesitamos. Según mi punto de vista los tres aciertos fundamentales que la obra supone, son los siguientes: una perfecta sistemática en la distribución de materias; un reto frente a los alardes informáticos y una acertadísima conexión de las dos materias centrales con el resto del ordenamiento jurídico. Más que a estas apreciaciones generales, creo que al lector lo que puede interesarle es el contenido de cada una de las once partes en las que el autor ofrece la materia, que respetamos en esta recensión.

PRIMERA PARTE

Está destinada a ofrecer los dos textos básicos que sostienen y conforman el ordenamiento jurídico español. De una parte, la Constitución Española, que poco a poco va siendo interpretada y atendida. Va seguida del texto del Código Civil en su redacción del momento actual, ya que expresamente se detallan sus modificaciones en la segunda parte.

SEGUNDA PARTE

Está destinada esta parte a las «modificaciones del Código Civil», arrancando de la Ley de 21 de julio de 1904, que altera la redacción de los artículos 688

y 732, cerrando la lista con la Ley de 23 de diciembre de 1994, por la que se autoriza la celebración del matrimonio civil ante los alcaldes. Es una parte comprometida, pues si bien en el período de tiempo que abarcan las fechas señaladas se recogen sin excepción todas las que han provocado directa o indirectamente (caso del interés legal del dinero) alguna alteración, se corre también el riesgo de que el escritor no tenga la misma velocidad que el legislador y siempre quede alguna sin reflejo librario. La cosa se soluciona con adiciones volanderas.

TERCERA PARTE

Comprende esta parte una legislación especial o paralela al Código Civil que se aplica en las Comunidades Autónomas y que el autor va exponiendo por un cierto orden personal, pues no se atiende al cronológico ni al alfabético, sino que se inicia con la antigua Compilación Aragonesa del año 1967, modificada el 21 de mayo de 1985, y concluye con el Fuero del Baylio, según la Pragmática de Carlos III de 1778, recogida en la Novísima Recopilación.

CUARTA PARTE

Constituye esta parte de la obra lo que SAVIGNY señaló como «*Parte General del Derecho Civil*», donde se agrupan las leyes y disposiciones relativas a las personas físicas y jurídicas, los derechos de la personalidad, la legislación del Registro Civil, la Ley de Asociaciones, Leyes sobre Fundaciones y la proclamación y protección de los Derechos Humanos.

QUINTA PARTE

La parte obligacional del Derecho Civil constituye la que el autor incluye en la correspondiente cronológica de su estructura. Se recogen los principales temas —enmarcados y contenidos en sus disposiciones respectivas— sobre el interés, defensa de los consumidores y usuarios, cláusulas abusivas y la Legislación notarial, con su Ley y Reglamento.

SEXTA PARTE

Los contratos, en particular, son el objeto de esta parte en la que se arranca con la Ley de 17 de julio de 1965, de venta a plazos de bienes muebles, y se concluye con la Ley de 5 de diciembre de 1988 sobre arbitraje. Ni que decir tiene que se recogen las Leyes de Arrendamientos Rústicos y Urbanos.

SEPTIMA PARTE

Aunque luego hagamos una puntualización sobre la inclusión de ciertas materias, esta parte está destinada a la «*responsabilidad extracontractual*» y en ella se incluyen la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y Procedimiento Administrativo Común, la que regula el uso y circulación de vehículos de motor, la de navegación aérea, la de energía nuclear y la de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. A ello se añaden diversas Directivas y disposiciones de la Comunidad Económica Europea.

OCTAVA PARTE

La «*propiedad y las propiedades especiales*» ocupan esta parte en la que el autor —conocedor de que determinadas materias se suelen encuadrar en el Derecho Administrativo— no duda en incluir disposiciones que afectan a la propiedad civil. Se recogen la Ley del Patrimonio del Estado, la del Patrimonio Nacional, la de Propiedad Horizontal, la de Desarrollo Agrario, la de Propiedad Intelectual y Ley del Libro (así como los convenios de Berna, París y Ginebra), las leyes de Patentes, Marcas, Propiedad Industrial, Aguas, Minas, Montes, Costas y Carreteras

NOVENA PARTE

La legislación hipotecaria en toda su dimensión, junto con normas sobre el mercado hipotecario, legislación especial del Banco Hipotecario y Ley sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial, son las materias fundamentales que se incluyen en esta parte.

DECIMA PARTE

Se recogen aquí diversas normas referentes a la familia, unas con carácter de ley y otras como acuerdos, que reflejan las cooperaciones del Estado español con diferentes Comunidades y Entidades religiosas (evangélicas, israelitas, islámicas, etc.), así como la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida

UNDECIMA PARTE

La materia de «*sucesiones*» está representada por disposiciones como la de la sucesión *ab intestato* del Estado, protección de primogenitura y masculinidad, el derecho de representación, posesión civilísima, desvinculación, grandezas y títulos nobiliarios, etc.

Creo que esta especie de sumario servirá al lector para darse cuenta del esfuerzo del autor y de lo provechoso que es tener «a pie de mano» toda esta legislación necesaria para transitar por este dificultoso camino de la legalidad. Para mí manejar el volumen es mucho más alentador que la Informática me lo refleje en una pantalla. Estoy con el autor en que era preciso incluir ciertas normas administrativas y mercantiles que tienen una gran relación con el Derecho Civil. El legislador también debiera tenerlo en cuenta al promulgar la disposición.

DE LA IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*. Tesis Doctoral editada por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996. Un tomo de 427 págs.

En los tiempos en que se redactó el Código Civil el derecho de superficie tenía tan poca pujanza que tan sólo mereció una simple mención de pasada en el artículo 1.611, de la cual dijo don JERÓNIMO GONZÁLEZ que más bien parecía un epitafio. Ahora, la institución ha resucitado al proliferar en términos insospechados la edificación, pero tropezando con el inconveniente de la escasez y la carestía del suelo; por eso las normas urbanísticas han procurado fomentar el derecho de superficie, con lo cual se ha actualizado esta figura.

En la motivación de la Ley del Suelo de 1956 se ponderaban sus grandes posibilidades para facilitar la construcción, evitando las especulaciones y las desproporcionadas elevaciones del precio del suelo. La reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, acorde con la nueva regulación legal, recogía la inscripción de este derecho en el Registro de la Propiedad.

Reconocida esta figura en las normas, se emplea con alguna frecuencia en la práctica, especialmente por los organismos públicos, para la edificación de viviendas protegidas. No faltan opiniones doctrinales adversas; así, se ha dicho que la idiosincrasia española no es muy propicia a levantar construcciones sobre suelo ajeno y que el hombre de la calle quiere ser «dueño de algo» y, si no alcanza a pagarlo, preferirá la situación arrendaticia a la superficiaria.

El caso es que el derecho de superficie está aquí y ha merecido la atención de MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, una joven profesora de Derecho Civil de la Universidad Complutense, que es también asidua y valiosa colaboradora de nuestra *Revista*, la cual lo ha elegido como tema de su Tesis Doctoral, obteniendo mercedamente las máximas calificaciones del Tribunal.

Si algo tiene el agua cuando la bendicen, al leer este libro se comprueba el acierto de la calificación conferida. Porque se trata de un estudio completísimo de los aspectos históricos, comparados y de regulación actual de este fenómeno atípico de la construcción sobre suelo ajeno, trasluciendo la gran preparación de la autora y un acabado laborioso.

Y vamos con el contenido de la Tesis. Se compone de cinco capítulos llenos de doctrina, donde se traen a colación textos legales, teorías, jurisprudencia y numerosísimas citas doctrinales, en el texto y a pie de página, componiendo un completo estudio de los diversos aspectos, tanto civiles como registrales, de la figura en cuestión.

En el primer capítulo se trata de la evolución de la superficie en el Derecho español, arrancando desde el Código de Eurico y pasando por otros cuerpos legales hasta Las Partidas, en los cuales la construcción superficiaria no tiene una configuración propia, sino que más bien se engloba en el censo enfiteútico o el arrendamiento, lo que ocurre también en las Leyes de Toro y en la Nueva Recopilación, llegando más o menos así hasta la codificación.

En el capítulo segundo se contempla la configuración del derecho de superficie a través de la evolución legislativa del siglo xx, lo que se hace contando con el estudio comparativo de esta institución en los Códigos y leyes urbanísticas de Italia, Francia y Portugal, como ordenamientos más afines al nuestro y que, sin embargo, no regulan la superficie del mismo modo que lo hiciera nuestra Ley del Suelo de 1956, ya que en ella se introduce la idea de la propiedad superficiaria separada.

Según la autora, de estas legislaciones se pueden obtener una serie de caracteres básicos que configuran al derecho de superficie y que son, en esquema, los siguientes: Nace como resultado de la degradación del principio o accesión, se conforma como un derecho real con carácter temporal o indefinido; el dueño del fundo renuncia a su *ius aedificandi* y concede a otro el derecho a mantener una construcción sobre su suelo; el superficiario adquiere una propiedad sobre la construcción, aunque con carácter limitado y separado de la propiedad del fundo ajeno. Analiza después y con detalle estos caracteres según nuestro ordenamiento, repasando las diversas opiniones, no siempre acordes, que han expresado los tratadistas sobre la naturaleza unitaria y dualista del derecho de superficie, tanto en las construcciones comunes como en las regidas por la legislación urbanística. La jurisprudencia, que es amplia y puntualmente citada, tampoco ha seguido una línea clara en la delimitación de la figura y su distinción de otras afines como la enfiteusis, el usufructo, la construcción extralimitada, el arrendamiento sea común, *ad meliorandum* o *ad aedificandum*, e incluso las concesiones administrativas que pueden aparecer en la modalidad urbanística de la superficie; también presentan dificultades las figuras afines de las construcciones sobre o bajo lo ya edificado, que la autora acierta a distinguir con claridad.

En el capítulo tercero se hace un análisis amplio, aunque la autora diga que es breve, de la constitución del derecho y sus elementos, el contenido y la extinción, repasando la biología de la superficie a la luz de nuestras normas y con comparación de los ordenamientos vecinos.

El derecho de superficie puede constituirse entre vivos por los medios traslativos normales de la legislación civil en su forma contractual o por sucesión *mortis causa*; también por los cauces de las leyes urbanísticas como la cesión del suelo, la gestión directa o la expropiación forzosa. Todo ello se analiza, junto con los elementos personales, reales y formales que han de concurrir en cada caso, según nuestras leyes y las extranjeras citadas. La misma técnica sigue la autora al exponer el contenido y ejercicio de la superficie y que integran el conjunto de derechos y obligaciones del concedente del suelo y del constructor.

El derecho de superficie se extingue cuando su titular no pueda desarrollar la función económica prevista en las leyes o que fuera acordada por las partes intervinientes; así, acaba por el transcurso del tiempo fijado de duración, por no haber concluido la edificación en el plazo pactado, por abandono del superficiario, por mutuo disenso, por expropiación forzosa, por confusión y perecer la construcción; tales causas, a la luz de las leyes y con citas jurisprudenciales, se repasan puntualmente en el libro, así como los efectos que se derivan de la extinción. En primer lugar se produce la reversión de lo edificado al dueño del suelo, con o sin indemnización, siendo lo segundo lo que preceptúa nuestra Ley del Suelo; pero además se pueden suscitar otros problemas sobre la subsistencia o extinción de los derechos que hayan podido constituir en favor de tercero tanto el dueño del suelo como el superficiario. También lo estudia todo la autora en una gama de soluciones detalladas.

El capítulo cuarto del libro se dedica exclusivamente a los aspectos registrales del derecho de superficie. Es el centro de la Tesis y se hace un estudio separado y específico del tratamiento registral de esta figura. En primer lugar se trata de la cuestión de si su inscripción es realmente constitutiva, a la luz de lo dispuesto en los artículos 288 de la Ley del Suelo y 16 del Reglamento Hipotecario.

Creemos que algunas opiniones han venido a replantear la cuestión en términos parecidos a la famosa del sexo de los ángeles, jugando con el supues-

to distinto significado de las palabras «constitución» y «eficacia», porque la dicción empleada tanto por la Ley del Suelo como por el Reglamento Hipotecario no puede ser más clara y no vemos las diferencias de matices que se quieren buscar. La autora considera de *lege ferenda* que hubiera sido preferible que la regla de la inscripción constitutiva constase no en una norma reglamentaria, sino de rango legal, para que quedase más clara su eficacia como excepción al sistema declarativo que rige en la Ley Hipotecaria.

De todos modos creemos que hay dos claras razones para considerar constitutiva la inscripción del derecho de superficie; por una parte porque es una salvedad al principio de que lo edificado pertenece al dueño del terreno y por ello el medio de hacer constar claramente que en este caso hay un titular distinto es la publicidad registral; otra razón tiene fundamentos sociales, pues se trata de promocionar viviendas de coste moderado y la Administración busca en el Registro un resorte de seguridad jurídica, ya que la relativa sensación de inseguridad ante la temporalidad de este derecho ha de contrarrestarse dotando a la figura de una inscripción constitutiva que la refuerce. Por eso no tenemos duda alguna sobre el particular.

Pero sigamos con la Tesis, diciendo que dentro de este mismo capítulo registral se estudian los requisitos del asiento de inscripción del derecho de superficie, siguiendo para ello las líneas del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, así como también otras cuestiones que se pueden plantear en la práctica de estos asientos. En primer lugar la necesidad de que el dominio del suelo esté previamente inscrito, pues el artículo 7 de la Ley Hipotecaria exige la inmatriculación de la propiedad como folio básico para la posible constancia posterior de derechos constituidos sobre la misma; después la cuestión de si debe abrirse folio aparte a este derecho, aunque relacionado con el de la finca matriz de la propiedad, lo que parece opuesto al artículo 9 de la Ley Hipotecaria, aunque no sería descabellada la tesis contraria que podría encontrar su semejanza en las fincas resultantes de una división horizontal o las plazas de aparcamiento. Un tercer grupo de cuestiones se relaciona con el reflejo registral de la extinción de la superficie, ya que todos los problemas civiles antes apuntados tendrían repercusión en los asientos correspondientes y todo ello lo examina la autora con mucho tino y detalladamente. En resumen, un capítulo difícil que se afronta y soluciona con acierto.

En el capítulo quinto y último del libro la nueva doctora aborda las cuestiones interesantes sobre la duración, la reversión, la onerosidad o gratuidad y las facultades dispositivas del superficiario. El tema de si la superficie es temporal o perpetua está relacionado con la misma esencia del derecho, pues si es temporal será una limitación transitoria sobre fundo ajeno, mientras que si es perpetua constituirá una verdadera desmembración de la propiedad. Terminada la vigencia del derecho, la construcción revierte al dueño del suelo y eso provoca un cúmulo de cuestiones, que se analizan. Sobre si este derecho es de constitución onerosa o gratuita, cabe la autonomía de la voluntad de las partes, pero la Ley del Suelo establece su gratuidad cuando las personas públicas destinan el suelo a los fines de construcción previstos en la propia Ley. El último punto se refiere a la facultad dispositiva del superficiario para realizar actos que afecten a la sustancia o subsistencia del derecho; así lo reconoce la propia Ley del Suelo aunque supeditando la posibilidad dispositiva a las limitaciones que se hubieran establecido en el título constitutivo o en la propia Ley, siendo las más típicas el tanteo y el retracto.

La Tesis termina, como es lo normal, con las clásicas conclusiones. Son ocho certeras concreciones donde se resume la materia de modo claro y ordenado.

Es una pena, ya lo hemos dicho otras veces, que se haya suprimido la calificación de sobresaliente para las Tesis; ese «apto» nos parece raquítico; menos mal que aquí hay el *cum laude* y además la unanimidad del Tribunal, que viene a poner las cosas casi en su sitio. Para nosotros es sobresaliente la Tesis de MARÍA ISABEL, a la que felicitamos y animamos a que siga adelante en el prometedor camino profesional que ha iniciado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL: *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1995, 699 págs.

Bajo el título «Registro de la Propiedad y Urbanismo», RAFAEL ARNÁIZ ha escrito un libro que, sin duda, se convertirá en una obra que pasará a ser clásica en la literatura jurídica de nuestra época, sin perjuicio de que sobre él operen las sucesivas actualizaciones que, en una materia tan dinámica como ésta, seguro que el tiempo introducirá.

Las razones de ello son fáciles de advertir. De un lado, porque ha escrito un texto al alcance de todos los interesados en el tema. Lo cual es particularmente difícil en este caso, pues ligar Urbanismo y Derecho Hipotecario supone ya de por sí enlazar dos mundos que para sus respectivos lectores hay que reconocer que han sido términos, si no extraños, sí al menos profundamente ajenos. Pero, sobre todo, porque ello implica introducir en los principios y desarrollo de cada sistema a quienes, precisamente por ello, estaban fuera de él. Es decir, la obra supone enseñar el sistema hipotecario a los urbanistas y el urbanístico a los hipotecaristas. La prueba y el ensayo de hacerlo, con tan distinto lenguaje y concepción, no es fácil.

Por eso, a mi juicio, el mérito de partida más singular de la obra reside en este hallazgo, indudablemente alcanzado, y eso es lo que la hará perdurar; porque, además, un libro de esta clase sólo puede ser conseguido por quien tenga las ideas muy claras y una formación de jurista profundo y actual, que es la que inequívocamente ARNÁIZ tiene con su capacidad de trabajo, dedicación constante y virtudes dialécticas probadas. Quizá nadie como quien estas notas escribe tenga más clara conciencia de ello, después de haber sido quien le introdujo en el Urbanismo y quien ha sido su entrañable y constante desvelador con él de problemas y discusiones, siempre apasionadas, pero cargadas del sentido del humor y de la amistad.

En cierto modo, pues, referirme a RAFAEL ARNÁIZ y su obra es además de un deber de compañerismo para mí una de las grandes satisfacciones que puedo tener en mi vida profesional, cuando juntos, desde hace ya muchos años, comprendimos que no podía existir un sistema registral acorde con los tiempos que llegaban, que no recogiera, de acuerdo con las exigencias institucionales de nuestro Derecho Hipotecario, el complejo, extenso y creciente mundo del Urbanismo. Pienso que con ello se da carta de naturaleza en el ámbito registral a un hecho social de la máxima envergadura, proporcionando con su construcción doctrinal y después legal un marco jurídico que persiga el equilibrio entre el dominio, constitucionalmente reconocido como derecho subjetivo, y la función social que en nuestro tiempo ha de cumplir.

Si a la luz de estas ideas ha de desarrollarse este escenario, la obra de ARNAÍZ cuenta con un primer mérito fundamental: conseguir con ella la idea de totalidad, a través de una estructuración sistemática mediante la cual se contempla el fenómeno de manera integral, de tal modo que con la expansión de sus principios se pueda obtener su adecuación equilibrada a las insuficiencias o disfunciones que el propio sistema genere.

En este sentido siempre me ha parecido, y así al menos lo intenté con mi obra, que había que superar el método de las obras consistentes en comentar sucesivamente los preceptos legales por el de ofrecer una visión sistemática del ámbito interesado. Esto es lo que precisamente hace la obra de ARNAÍZ, trasladando el resultado a las relaciones entre el Derecho Hipotecario y el Urbanístico.

El fruto de esta idea de totalidad se pone de relieve con la lectura del índice que comprende desde los aspectos civiles y registrales derivados del Urbanismo, pasando por los actos administrativos de contenido urbanístico, los principios aplicables a su inscripción, el aprovechamiento urbanístico, la cooperación registral a la disciplina urbanística y de restauración de la legalidad y las medidas para potenciar y garantizar la política de suelo. Junto a ello, naturalmente, la configuración de las instituciones urbanísticas más características en relación con el Registro de la Propiedad, como son la expropiación y las figuras identificables en sentido general con la nueva expresión introducida en la Ley 8/1990, de la *equidistribución*.

A partir de este enunciado me parece de interés destacar en la obra de RAFAEL ARNAÍZ estos puntos:

1.º La obligada referencia a la denominada publicidad noticia, por la que hemos sido excesivamente estigmatizados los dos en aras de un supuesto classicismo tópico que omite no sólo el legítimo interés general de una sociedad compleja e interdependiente que no entiende que lo que sea ilícito o cuando menos sospechoso en una esfera social no sea recibido como tal en el resto de las instituciones afectadas que tengan relación con ella e incluso, en una actualizada versión de la obligación pasiva universal, como se contemplaba a los derechos reales, no demande que el otorgamiento de facultades genéricas de defensa de la legalidad dé a la Administración, como portadora de esos intereses difusos, se completa con la posibilidad de generar instrumentos de colaboración en su provecho en colaboración con los ciudadanos en general.

2.º La referencia explícita a un punto que el propio autor considera muy raramente tratado, como es el de las afecciones, con motivo de las de carácter urbanístico, respecto de las cuales da su opinión considerándolas como «una mención registral con efectos publicitarios», puesto que el subadquirente posterior «no podrá oponer a la Administración (que le exija la responsabilidad real por la deuda insatisfecha) la protección que, normalmente, le proporcionaría el Registro».

Constituye hoy, ciertamente, un lugar común apoyarse la Administración en el Registro para garantizar ante ella determinadas obligaciones nacidas de la acción administrativa. La realidad, sin embargo, como reconoce el autor, es que no se sabe qué efectos en rigor producen, lo que significa que en la práctica no se tomen como verdaderos derechos reales o cargas inscritas, por ejemplo, a los efectos de su notificación al titular en el caso del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya que incluso en los casos en que llegó a declararse su nulidad por omitirse, luego se rectificó la decisión. Por eso parece certera

la calificación, al igual que su aplicación en el orden urbanístico, coincidente con la práctica real en la que opera automáticamente la subrogación, sin necesidad de su notificación a la Administración garantizada

3.º Como es inevitable junto a los problemas puramente técnicos suscitados por la confluencia del Registro con el Urbanismo, forzosamente surgen otros muy candentes desde la implantación del nuevo sistema legal. Nos referimos en particular a la reserva en favor de la Administración en suelo urbano del 15 por 100 del aprovechamiento tipo, solamente exigible, según el autor, cuando no estuviera incluido en unidades de ejecución «cuando el planeamiento se haya adaptado a la nueva Ley», lo que suele ocurrir en la práctica, aunque a partir del Texto Refundido, y salvo lo que diga el Tribunal Constitucional, no está tan claro como resultaba de las Transitorias de la Ley.

4.º Con motivo del examen de la cualidad que han de tener los actos administrativos para ser inscribibles, expone ARNAIZ la interpretación actualizada de los preceptos del Reglamento de Gestión, en particular en la reparcelación, cuando exige que sean firmes, a la luz del nuevo régimen legal resultante de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas que elimina el antiguo recurso de reposición y únicamente mantiene el denominado ordinario, cuando hubiere superior jerárquico sobre el órgano de que emanara el acto, precisión imprescindible en la actualidad.

La interdependencia con el orden administrativo al ensancharse el ámbito de los actos inscribibles, por ejemplo, con ocasión de la declaración de obra nueva, incrementa el número de cuestiones conexas. Tal es el caso de las licencias alcanzadas por silencio administrativo positivo, a la que se alude también, en razón de la nueva Ley. No debe ocultarse, sin embargo, como advierte el autor, que la aplicación del silencio positivo no puede extenderse indebidamente, incluso en el caso de instituciones que lo admitan, como ocurre con la equidistribución, pues el silencio no sirve para eliminar trámites tan esenciales como los de la información pública, cuando sea necesaria.

5.º El principio de legalidad aplicado al ámbito administrativo está llamado a plantear dificultades desde el punto en que la presunción de validez de aquéllos no tolera, según resulta del artículo 99 del Reglamento, que se ponga en cuestión por el Registrador. La ampliación impresionante de los actos administrativos inscribibles y su trascendencia económica en el Urbanismo puede hacer muy delicada la tarea cuando el Registrador pretenda enjuiciar en realidad la validez del acto. Pero también, recíprocamente, la Administración tiene que asumir que la calificación ha de extenderse a determinados extremos, de aplicación inexcusable, típicamente reglados, incluso dentro de la propia acción administrativa, toda vez que por vía legal o reglamentaria confía al Registrador la función de ser el último reducto, no judicial, de aplicación del principio de legalidad, a través de la que he llamado en alguna ocasión interpretación integradora de los requisitos del acto. Todo ello, además de lo que resulte del contenido material del acto, ya que, como apunta novedosamente ARNAIZ, si en el acto de aprobación del proyecto de equidistribución o en éste se incluyeran otros actos, de carácter civil, este contenido quedaría sujeto al común de los actos inscribibles.

En todo caso es tan extenso el contenido de la obra que, como es lógico, no podemos referirnos aquí a todos los puntos de interés que suscita, tanto los derivados de la legislación del Estado como de las Comunidades Autónomas que se han ocupado de este ámbito.

No podemos sin embargo dejar de hacer alguna referencia a las dos instituciones centrales de la gestión urbanística en relación con el Registro. Nos referimos especialmente a la expropiación y al nuevo término de la equidistribución.

El tema de la expropiación y su incidencia en el Registro, como advierte la obra, adquirió una nueva regulación a partir del Decreto-Ley de las denominadas **ACTURES** —Decreto-Ley de 27 de junio de 1970—, que sucesivamente pasó al Texto Refundido de la Ley de 1977, y después al actual de 1992, aunque su aplicación práctica haya sido escasa. Toda esta implantación y su recepción en el texto vigente están tratados por extenso, suscitándose problemas de enfoque general, como es el relativo a la tasación conjunta y su inscripción, además de los de carácter concreto. Entre ellos merece hacer referencia al título inscribible en relación con el acto de fijación del justiprecio, lo que motivó un vivo debate en la elaboración del proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario para adaptar la legislación hipotecaria a la urbanística. En la práctica se llegó a admitir que el acta de pago, en los expedientes de tasación conjunta sobre todo, podía referirse al fijado por la Administración urbanística, lo que ha desautorizado la Dirección en las resoluciones que aplican el régimen actual que exige que aquél, salvo el caso naturalmente de avenencia, sea el fijado definitivamente en vía administrativa, es decir, la resolución del Jurado. El problema es de gran importancia porque para estas actuaciones el acceso rápido al Registro es esencial. De todo ello se ocupa **RAFAEL ARNAIZ**, quedando su testimonio como punto obligado de referencia ante la reforma, si bien no puede menos de sorprender la tendencia de la Administración a retrasar el pago, habiendo tomado posesión de los terrenos e incluso inscrito, como ha ocurrido, al recurrir sistemáticamente las valoraciones, incluso no cumpliendo con el deber de consignarlo en caso de recurso, lo que provoca una injusta discriminación frente al expropiado.

Como cuestión ligada a este tema, dada su importancia y el usual olvido de pedir que se extienda la nota de expedición de la certificación, quizá pudiera reseñarse la oportunidad de completar el estudio en el caso de omitirse la nota si resultaren terceros adquirentes o derechos reales no contemplados en el procedimiento de expropiación. Aunque el examen somero del tema quizá se deba a darse por sabidas estas cuestiones, siendo así que se trata de una obra tan didáctica y para un lector tan extenso, al no ser usual su cumplimiento puede provocar graves responsabilidades a los funcionarios que incurran en la omisión, lo que aconseja expresar sus problemas.

Por fin la parte de la obra en la que se recoge por primera vez en nuestra literatura un tratamiento formalizado y sistemático completo es la relativa a la equidistribución donde se encuentra el conjunto íntegro de las múltiples implicaciones y cuestiones que con ella se plantean.

Constituye por eso el texto otorgado y completo de la regulación registral de la reparcelación o compensación la cual, sólo por ello, justificaría por entero la obra.

Es por ello que el juicio global necesariamente es el ser testimonio de una obra fundamental a la que se hará referencia permanente en cuantos problemas se susciten de relación entre el Registro de la Propiedad y el Urbanismo.

LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Trabajos parlamentarios*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1996, 1285 págs.

El Departamento de Publicaciones de las Cortes Generales acaba de sacar a la luz, bajo el número 28, un nuevo tomo de su serie «Trabajos parlamentarios». Dicha serie, bien conocida en los ambientes jurídicos, se ha encontrado durante algunos años interrumpida y, por fortuna, parece que recupera vitalidad, ofreciendo a todos la oportunidad de tener a la mano los trabajos parlamentarios relativos a las disposiciones legislativas de mayor importancia y de general interés.

El tomo ahora comentado, como se indica en la rúbrica de la recensión tiene por objeto recoger los distintos momentos de elaboración legislativa de la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de *arrendamientos urbanos*, que fuera objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de 25 de noviembre del mismo año.

Como es sobradamente sabido, el origen inmediato de dicha Ley (en cuyo comentario, obviamente, no procede detenerse ahora) se encuentra en sendos Proyectos de ley presentados por el Gobierno (en ambos casos, presidido por don FELIPE GONZÁLEZ MÁRQUEZ) en las dos últimas legislaturas, ya conclusas.

El Proyecto de ley de 1992 fue objeto de caducidad parlamentaria, en el trámite de enmiendas en el Congreso, a consecuencia de la disolución de las Cortes llevada a cabo por el Real Decreto de 12 de abril de 1993.

Su continuador, el Proyecto de ley aprobado en el Consejo de Ministros de 28 de enero de 1994, tras un intenso debate parlamentario y la consecución de un equilibrio interpartidista, que en más de una cuestión supuso modificaciones de importancia del proyecto gubernamental, acabó finalmente por convertirse en la Ley 29/1994.

El tomo reseñado, cuidadosamente editado y bellamente encuadernado, ofrece de forma íntegra el iter parlamentario de dicha Ley y, en las páginas finales, el proceso interrumpido del Proyecto de 1992. En consecuencia, suministra por entero las distintas fases de la elaboración legislativa, facilitando extraordinariamente su consulta, de lo que podemos dar fe todos cuantos nos hemos acercado al proceso formativo de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

En particular, es sumamente útil el llamado *cuadro comparativo de textos* que el volumen recoge desde la página 933 hasta la página 1077. En dicho cuadro, a doble página y mediante el recurso a seis columnas, quien consulte la obra tendrá a la vista, de izquierda a derecha, la redacción dada a los distintos pasajes legales conforme a:

1. Texto definitivo de la Ley
2. Proyecto de ley.
3. Dictamen de la Comisión del Congreso.
4. Texto aprobado por el Pleno del Congreso.
5. Dictamen de la Comisión del Senado, y
6. Enmiendas aprobadas por el Pleno del Senado.

Dicha composición tipográfica permite rastrear con relativa facilidad (otra cosa, a mi juicio, es la identificación y la numeración de las enmiendas, también reproducidas íntegramente) el proceso formativo de la Ley, ahorrando al estudioso o intérprete la utilización de centenares y centenares de folios

del *BOCG*, si bien debe advertirse que la técnica de la reproducción facsimilar de dicho *Boletín* obliga a tener una espléndida capacidad visual.

La edición ha estado a cargo del Letrado de las Cortes Generales don ANGEL MANUEL ALMENDROS MANZANO, adscrito a la correspondiente Comisión en el Congreso de los Diputados, quien ha contado con la inestimable colaboración de los siguientes funcionarios de las Cortes Generales: doña ANA ISABEL BADULES MARTÍNEZ, doña ISABEL ESTEBAN SANZ, doña MARÍA DEL CASTILLO ROMOJANO VÁZQUEZ y don MIGUEL ANGEL ZIMMERMANN GALARZA.

A todos ellos cabe felicitarlos, así como al Departamento de Publicaciones de las Cortes Generales, por suministrarnos *uno ictu* los materiales prelegislativos a cuantos hemos de desentrañar, por razón de oficio, el significado y alcance de los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CARLOS LASARTE

Catedrático de Universidad y Director del
Departamento de Derecho Civil de la UNED

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La ética en la Administración pública*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.

Cuando los juristas nos llaman la atención a través de sus escritos de que existe una especie de «crisis de valores morales», creo que hay que ponerse en guardia con un doble fin: tratar de evitar el perjuicio que de ello puede producirnos y hacerse fuerte para rechazar el contagio. ¿Por quién doblan las campanas? Las campanas tocan a muerto porque la moral ha desaparecido en esta etapa histórica en que nos ha tocado vivir. Urge cambiar el lento doblar de las campanas y hacer que repiquen en signo de retorno a la moralidad.

Hace poco recensionaba en estas mismas páginas el trabajo de otro gran jurista y administrativista: GARCÍA DE ENTERRÍA. Ahora JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ golpea sobre el concepto de la ética en la Administración pública. A estos dos trabajos —que se me antojan punteros— se unen infinidad de artículos y comentarios sobre el tema. Personalmente me ha llamado mucho la atención la relación que la «ética» tiene con la «estética», pues es muy frecuente ver gente que antepone lo segundo a lo primero, aunque la crisis de la «estética» también se nota. Hace poco, hablando de ello, JOSÉ ANTONIO MARINA titulaba uno de sus artículos: de la «Glorificación de la zafiedad». Por su parte, ANTONIO GALA decía que «lo ético siempre ha estado muy mezclado con lo estético» en su vida. Menos mal que a la muerte del poeta, traductor y catedrático JOSÉ MARÍA VALVERDE, alguien haya dicho que «supo unir la ética con la estética».

El trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ es un estudio que inicialmente fue ponencia y luego conferencia y ahora se ha convertido en libro. Se divide en cuatro apartados o capítulos y va seguido de un epílogo. Se incluyen muchas citas, se acompaña de una clave de abreviaturas y de cuatro índices: de disposiciones legales, de sentencias, de autores y el analítico de conceptos. Aunque el título de la obra ya anuncia su contenido, la esencia del mismo reside en la puntualización de la quebra de los valores éticos que se proyecta «con máxima crudeza» en el ámbito de las Administraciones públicas, no siendo su única manifestación la corrupción. El autor, en su introducción, con un gran sentido del humor cita la obra de RICO Y AMAT del año 1855, que es un Diccionario para divertimento de los políticos que ya lo han sido y de enseñanza de los que aún

quieren serlo. Elige la palabra «moralidad» que el Diccionario define como «Señora extraviada en la corte cuyo paradero se ignora, por más que se ha ofrecido un hallazgo al que la presente. » Este arranque debe ceder a las diferentes partes de que hemos hablado y que exigen sus correspondientes apénderos

I. INTRODUCCION

Caracteriza esta iniciación al tema por la amenidad con que el autor la trata, pues a la cita del Diccionario antes referido (que enlaza la ética con la justicia) trae a colación un libro muy reciente de AMANDO DE MIGUEL quien en su obra «La España de nuestros abuelos» mantiene que existe una especie de continuidad entre aquella España y la de hoy. No es verdad y así lo demuestra GONZÁLEZ PÉREZ: hoy asistimos a una quiebra general de los valores morales en la vida política y en la privada, en el político y en el ciudadano, en el administrador y en el administrado. Es preciso, por ello, una regeneración en ambos campos y en ambos debe regir la misma ética.

Cuenta la anécdota parlamentaria sucedida con motivo de haberse pedido el «supplicatorio» para JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA que se concede en parte por «tenencia ilícita de armas». En defensa de su concesión, INDALECIO PRIETO hablaba de los parlamentarios como «ciudadanos de categoría distinta», con más deberes y más derechos que el resto. Coste que ha debido de influir en G. PECES-BARBA que años después habló de una ética pública y una ética privada. Sin perjuicio de que a mí me choque la idea del «supplicatorio» como privilegio contrario al principio de igualdad, el autor hace suya la siguiente idea que toma de RODRÍGUEZ ARANA: «Otra cosas es que se hable de *ética pública*, no como algo distinto de la *ética privada*, sino como proyección en el ámbito público de los principios éticos comunes».

Para el autor la ética en sus relaciones con la Administración ofrece dos aspectos: la ética como exigencia de todos los servidores públicos y la ética como fin de la acción administrativa.

II. EXIGENCIAS DE LA ETICA EN LA ADMINISTRACION

Con el estilo, la sistemática y la claridad que caracteriza al autor, va exponiendo en tres grandes apartados las bases de la proyección de la ética en la Administración. los sujetos, el objeto y la actividad. En el primer aspecto, esto es el de los sujetos, destaca los deberes personales de los funcionarios, su relación con los deberes públicos y su relación con los administrados. Por supuesto que desfilan en la exposición los conceptos de ejemplaridad y honradez, como virtudes que deben presidir la actuación de los servidores públicos, así como el acatamiento de órdenes con disciplina y su comportamiento leal y sincero. Frente a los administrados destaca la idea de la necesidad de «un esmerado trato de corrección al público» que enlaza humorísticamente con uno de los personajes de MIHURA. Omite el comentario sobre la Resolución de 3 de febrero de 1993, que define el sistema común del personal al servicio de la Administración Central, pues fue tema en el que humorísticamente me recreé en un artículo.

Respecto del objeto se destaca la idea de los intereses generales, la realización del trabajo bien hecho y la utilización debida de los bienes adscritos al

servicio. Se concluye con el examen de la actividad en las tres dimensiones de lugar, tiempo y forma.

III. MEDIDAS DE GARANTIA PARA UN COMPORTAMIENTO ETICO

Estructura el autor el tema de este capítulo en tres partes. La primera es el principio general del Derecho Administrativo como garantía del comportamiento ético; la segunda son las obligaciones de los servidores públicos, y la tercera las formas y el procedimiento como manifestación de esa garantía.

Parte el autor de la afirmación de que el Derecho Administrativo trata de garantizar el servicio a los intereses generales, sujetando la actividad administrativa a una serie de formalidades y controles, pero desconfiando de la actividad funcionarial adopta una serie de medidas para impedir que se produzca cualquier desviación de los fines encomendados. De esta manera va estudiando las obligaciones de los servidores públicos al acceder al cargo (circunstancias personales, declaraciones de actividad y bienes, y de bienes y derechos), durante el ejercicio de la actividad (incompatibilidades, deber de abstención y la prohibición de participaciones en empresas) y al cesar en el cargo. Por último, expone el autor el concepto de forma y del procedimiento como garantías para el logro de la realización de fines.

IV. MEDIDAS REPRESIVAS

Se parte de la idea de que si el Ordenamiento jurídico acoge el posible deber ético infringido, el acto es nulo. Frente a esta idea surge la de la presunción de legalidad y el concepto de difícil prueba de la desviación de poder. De otra parte, frente a un comportamiento no ético, es preciso diferenciar al político y al funcionario. A este último se le instruye el expediente, mientras que cuando aparece en escena el político, la regla general es la impunidad.

El estudio, al descender al detalle, va señalando las medidas represivas que el autor clasifica en administrativas (traslados, suspensiones y separación de servicio), penales (examinadas comparativamente en la anterior legislación y en el nuevo Código Penal, se estudian el cohecho, la prevaricación, tráfico de influencias, la malversación de fondos y los privilegios) y patrimoniales (en su doble aspecto de infracción administrativa y la derivada de actos constitutivos de delitos).

V. EPILOGO

Su idea principal —que guía la motivación del estudio— es la de que la conducta ética de los políticos y funcionarios y una Administración pública en que imperen los principios éticos, contribuirá decisivamente a la moralización de la vida social, lo cual exige «una radical renovación personal y social capaz de asegurar justicia, solidaridad, honestidad y transparencia», según lo proclama la Encíclica «Veritas Splendor». Contemplando la realidad y presintiendo un futuro, resulta muy difícil poner de pie la esperanza.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 618 (Marzo 1996)

«El contenido del Derecho civil especial valenciano», por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 1605.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PRESUPUESTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES. 1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO PUNTO DE PARTIDA. 2. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA COMO SOPORTE NORMATIVO FUNDAMENTAL. 3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CONFORMADORA DEL DERECHO ESPECIAL VALENCIANO: 3.1. *El Derecho Civil Especial Valenciano como expresión de las costumbres jurídicas valencianas*. 3.2. *El Derecho Civil Especial Valenciano como ordenamiento vivo y en constante desarrollo*. 4. CONCLUSIONES.—III. EL CONCEPTO DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL VALENCIANO.—IV. EL CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL VALENCIANO: 1. EL DERECHO DE AGUAS: EL TRIBUNAL DE AGUAS DE VALENCIA. 2. EL DERECHO DE ARRENDAMIENTOS: LOS ARRENDAMIENTOS HISTÓRICOS VALENCIANOS. 3. OTRAS INSTITUCIONES O ASPECTOS CONSUETUDINARIOS SUSCEPTIBLES DE DESARROLLO LEGISLATIVO AUTONÓMICO.

«El poder general para pleitos. El otorgamiento *apud acta* y el otorgamiento por apoderado general. Problemas procesales y registrales», por SALVADOR EMILIO RIVERA, pág. 1621.

SUMARIO: PRESENTACION.—I. EL PODER *APUD ACTA* Y EL MOMENTO PROCESAL PARA SU OTORGAMIENTO: 1. EL PODER «*APUD ACTA*» Y EL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 2. EL MOMENTO PROCESAL EN QUE HA DE CONSTAR EL PODER QUE ACREDITE LA PERSONALIDAD DEL PROCURADOR. 3. EL OTORGAMIENTO DEL PODER «*APUD ACTA*», LA EXIGENCIA DE SU PRESENTACIÓN CON EL PRIMER ESCRITO Y LA INDEFENSIÓN.—II. LA CORRELACION ENTRE EL PODER GENERAL DEL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA Y EL PODER GENERAL PARA PLEITOS QUE, A SU VEZ, OTORGA A FAVOR DE PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES: 1. EL PODER GENERAL PARA PLEITOS OTORGADO POR UN ADMINISTRADOR SOCIAL: 1.1. *Supuesto de Administrador Unico*. 1.2. *Supuesto de varios administradores que actúan individualmente*. 1.3. *Supuesto de dos administradores que actúan conjuntamente*. 1.4. *Supuesto de existencia de un Consejo de Administración*. 2. EL PODER GENERAL PARA PLEITOS OTORGADO POR UN APODERADO: 2.1. *El apoderamiento de una Sociedad Mercantil*. 2.2. *Requisitos de apoderamiento*. 2.3. *Eficacia del poder general ante terceros*. 2.4. *El caso particular de otorgamiento de poder*

general para pleitos por un apoderado general de una Sociedad.—**III. CONSECUENCIAS PROCESALES:** 1. LA EXIGENCIA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL RESPECTO AL PODER GENERAL PARA PLEITOS: 1.1. *Momento de presentación del poder.* 1.2. *Subsanación por insuficiencia o ilegalidad.* 1.3. *Efectos procesales.* 2. LAS NORMAS PROCESALES Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INDEFENSIÓN. 2.1. *La doctrina sobre tutela efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española que recoge la Ley Orgánica del Poder Judicial.* 2.2. *De la aplicación del artículo 24 de la Constitución Española.* 2.3. *De la doctrina legal que ampara la posibilidad de subsanación de los defectos procesales.* 2.4. *Doctrina en que se fundamenta la tesis mantenida en este trabajo sobre la insubsanabilidad de la falta de poder a Procuradores en plazo y del otorgado por apoderado general cuyo poder no se encuentra inscrito en el Registro Mercantil.*—**IV. CONCLUSIONES JURIDICAS.**

«La comprobación de valores en la Ley General Tributaria Especial consideración sobre la posible inconstitucionalidad del anterior artículo 52. Apuntes sobre la situación planteada tras la Ley 25/1995», por JUAN LUIS MARONDA FRUTOS, pág. 1655.

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II LA MODIFICACION OPERADA EN EL ARTICULO 52 LGT POR LEY DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO PARA 1991: 1. CONTENIDO DEL PRECEPTO. 2. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA MATERIA 3. ANÁLISIS DEL PRECEPTO A LA VISTA DE LA ANTERIOR DOCTRINA CONSTITUCIONAL.—**III. DOS SUPUESTOS DE DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMATIVA INCLUIDA EN LEYES DE PRESUPUESTOS:** 1. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 130 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA MODIFICADO POR LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 1988. 2. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SUPRESIÓN DEL CARÁCTER DE CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO DE LAS CÁMARAS OFICIALES DE LA PROPIEDAD URBANA OPERADA POR LEY DE PRESUPUESTOS PARA 1990. 3. COMENTARIO.—**IV. ACTOS ADMINISTRATIVOS OTORGADOS AL AMPARO DEL ARTICULO 52 LGT INTRODUCIDO POR LEY DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO PARA 1990.—V. LA DESIGNACION DEL PERITO TERCERO.**

«La intervención de la mujer en favor de tercera persona. Especial referencia a la Compilación Foral Catalana», por LUCÍA BERNAD SEGARRA, pág. 1667.

SUMARIO: I. CONTENIDO Y ANTECEDENTES DEL SC VELEYANO.—II. LA INTERCESSIO: 1. CONDUCTAS QUE PUEDEN CALIFICARSE COMO TAL. LA TEORÍA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS.—**III. POSTURAS SOBRE LA FINALIDAD DEL SENADOCONSULTO:** 1. MEDIDA DIRIGIDA A PROTEGER A LA MUJER, O A LIMITAR SU CAPACIDAD.—**IV. EL MANDATO Y LA PROHIBICION A LA MUJER DE INTERVENIR POR OTRO:** 1. DISCUSIÓN SOBRE LA RELEVANCIA DE LA «SCIENTIA» DEL ACREEDOR. 2. SOBRE LA «EXCEPTIO SENATUS CONSULTI FACTAE» 3. «INTERCESSIO» INDIRECTA Y MANDATO. «INTERCESSIO» DIRECTA Y MANDATO. 4. RENUNCIA A LA APLICACIÓN DEL BENEFICIO DERIVADO DE LA PROHIBICIÓN DEL SENADOCONSULTO VELEYANO.—**V. LA PROHIBICION A LA MUJER DE INTERVENIR POR TERCERA PERSONA EN LA COMPILACION FORAL CATALANA.**

«Los derechos sociales. Inclusión en el constitucionalismo de un concepto polémico», por REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ, pág. 1809.

SUMARIO. I. PRELIMINAR.—II. LA LUCHA POR LA LIBERTAD Y EL DERECHO.—III. EL ESTADO SOCIAL O LA RACIONALIZACIÓN DE LA VIDA PÚBLICA.—IV. LOS DERECHOS SOCIALES: PROTOTIPO DE FUNCIONES Y FINES DEL ESTADO SOCIAL.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN: EFECTOS QUE LA INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DESPLIEGA EN TODA DECLARACIÓN DE DERECHOS.

«La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (Tutela efectiva y doctrina constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio)», por SILVIA BARONA VILAR, pág. 1825

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. PRISIÓN PROVISIONAL Y TUTELA EFECTIVA: CONSIDERACIONES GENERALES —II. INOPORTUNIDAD LEGISLATIVA: OPORTUNIDAD POLÍTICA.—III. EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y EL DE CONTRADICCIÓN.—IV. LA AUDIENCIA. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA; SOLUCIONES APORTADAS POR LA CIRCULAR 2/1995, DE 22 DE NOVIEMBRE, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE EL «NUEVO RÉGIMEN PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA».—V. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN CONTRA LOS AUTOS DE PRISIÓN Y LIBERTAD PROVISIONALES —VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.—VII. TEXTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 128/1995, DE 26 DE JULIO.

«El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», por LUIS JIMENA QUESADA y BEATRIZ S. TOMÁS MALLEN, pág. 2135.

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: ACTUALIDAD DE LAS CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES Y EL «MOVIMIENTO» ECOLÓGISTA.—II. CONSAGRACIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO NACIONAL E INTERNACIONAL: A) EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO DE SOLIDARIDAD Y DE ENTIDAD COLECTIVA. B) MARCO NACIONAL: EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. C) MARCO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE: 1. *Plano universal* 2. *Plano internacional-regional: en especial, la Comunidad Europea*.—III. RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA: A) EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 1950 Y LA EXTENSIÓN DE DERECHOS. B) EL PAPEL DE LA COMISIÓN Y DEL TRIBUNAL EUROPEOS DE DERECHOS HUMANOS: LA JURISPRUDENCIA PRETORIANA DE LOS ÓRGANOS TUTELARES DEL CEDH. C) JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL CASO LÓPEZ OSTRA RELATIVA AL MEDIO AMBIENTE. D) LAS POSIBILIDADES DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE A LA LUZ DE LOS DERECHOS CONVENCIONALES. E) REFERENCIA A LA CARTA SOCIAL EUROPEA DE 1961 Y LA JURISPRUDENCIA DE CONTROL.—IV. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL CASO LOPEZ OSTRA CONTRA ESPAÑA, DE 9 DE DICIEMBRE DE 1994: A) OBSERVACIONES PRELIMINARES B) FONDO DEL ASUNTO. C) CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE.—V. CONSIDERACIÓN FINAL.—VI. TEXTO ÍNTEGRO DE LA SENTENCIA LOPEZ OSTRA.

«Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)», por PAZ SOLER MASOTA, pág. 2215.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. EN GENERAL: LA PROHIBICION DE LOS ACUERDOS DE FIJACION DE PRECIOS: A) SU FUNDAMENTO. B) MODALIDADES DE FIJACIÓN DEL PRECIO: 1. *Según la estructura del acuerdo: fijación vertical u horizontal/individual o colectiva.* 2. *Según su incidencia en el precio: fijación directa e indirecta* 3. *Los efectos ambiguos de la recomendación vertical de precios* —III. LA EXENCION DE LOS ACUERDOS DE FIJACION VERTICAL DE PRECIOS MAXIMOS: A) REQUISITOS. B) SUPUESTOS EXENCIONABLES.—IV. CONCLUSION.

«Los sondeos de opinión como instrumento probatorio del engaño en los procesos por competencia desleal», por FELIPE PALAU, pág. 2235.

SUMARIO: 1. CUESTIONES PRELIMINARES: A) LA DETERMINACIÓN DEL ERROR A PARTIR DEL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ. B) LA UTILIZACIÓN DE LOS SONDEOS DE OPINIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO.—2. LA LICITUD DE LA UTILIZACION DE LOS SONDEOS DE OPINION COMO MEDIO DE PRUEBA EN PROCESOS POR COMPETENCIA DESLEAL: A) NORMATIVA APLICABLE. B) LA APORTACIÓN DE LOS SONDEOS DE OPINIÓN AL PROCESO COMO MEDIO DE PRUEBA —3. LA UTILIZACION DE LOS SONDEOS DE OPINION EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL: A) PROS Y CONTRAS DE LA UTILIZACIÓN DE SONDEOS DE OPINIÓN EN LA DETERMINACIÓN DEL ENGAÑO. B) DETERMINACIÓN DEL CÍRCULO DE DESTINATARIOS. C) EL MUESTREO D) REDACCIÓN Y FORMULACIÓN DE LAS PREGUNTAS. E) TRABAJO DE CAMPO. F) EL INFORME DEL EXPERTO EN DEMOSCOPIA.—4. CONCLUSIONES.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 14 (Abril-Junio 1995)

«La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia», por DOMINGO BELLO JANEIRO, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PRECEDENTES: 1. LA COMPILACIÓN DE 1963. 2. LA LEY DE 1987.—III. LA NUEVA LEY DE 1995. 1. TÍTULO PRELIMINAR. 2. TÍTULO I Y II: DERECHO DE PERSONA. 3. TÍTULO III Y IV: DERECHOS REALES. 4. TÍTULO V Y VI: SUCESIONES —IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

«Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima», por EDUARDO POLO, pág. 51.

SUMARIO: I LA DIALECTICA ENTRE MAYORIA Y MINORIA, AL MARGEN DE LOS GRANDES PROBLEMAS DE LA SOCIEDAD ANONIMA.—II. EL ABUSO DE LA MAYORIA: 1. EL PODER DE LA MAYORÍA. 2. LÍMITES AL PODER

MAYORITARIO Y A SU ABUSO: A) *Límites derivados de la ley y los estatutos sociales.* B) *Límites de Derecho societario: la lesión, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, de los intereses de la sociedad.* C) *El correlativo perjuicio de uno o varios accionistas y los límites de Derecho común: el abuso de derecho o su ejercicio antisocial* 3. LA TUTELA DE LA MINORÍA COMO FRENO AL PODER DE LA MAYORÍA: SU INSUFICIENCIA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA.—III. LA TIRANÍA DE LA MINORÍA: 1. LA AUSENCIA DE LÍMITES SOCIETARIOS EXPRESOS AL EJERCICIO DE SUS DERECHOS CORPORATIVOS POR LA MINORÍA Y EL LÍMITE COMÚN DEL ABUSO DEL DERECHO. 2. LA RIGIDEZ Y EXIGUIDAD DEL CAPITAL EXIGIDO PARA LA ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MINORÍA: SU RIESGO EN LA PEQUEÑA SOCIEDAD ANÓNIMA.—IV. LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE MINORÍA VARIABLE Y DECRECIENTE COMO UNA POSIBLE GARANTÍA DEL EQUILIBRIO ENTRE MAYORÍA Y MINORÍA.

«Determinación del régimen económico matrimonial. Conflictos interregionales», por HONORIO ROMERO HERRERO, pág. 91.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y NECESIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.—II. ADQUISICIÓN DE LA VECINDAD CIVIL: 1. ADQUISICIÓN POR FILIACIÓN: *Si los padres tienen la misma vecindad. Si los padres tienen distinta vecindad. Artículo 14-3.º, párrafo tercero, del Código civil.* 2. ADQUISICIÓN POR INTERVENCIÓN DEL HIJO. 3. ADQUISICIÓN POR MATRIMONIO. 4. ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA: *Residencia durante dos años. Residencia durante diez años.* 5. PRESUNCIÓN EN CASO DE DUDA. 6. ADQUISICIÓN DE LA VECINDAD CIVIL POR ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA: *Casos distintos de la carta de naturaleza. Por carta de naturaleza.* 7. PRUEBA DE LA VECINDAD CIVIL.—III. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: 1. IDEAS GENERALES. 2. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL HASTA LA LEY DE 15 DE OCTUBRE DE 1990: *Regulación anterior a la reforma del Título Preliminar del Código Civil. Reforma del Título Preliminar del Código Civil por Decreto de 31 de mayo de 1974. Incidencia de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.* 3. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL TRAS LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL POR LEY 11/1990, DE 15 DE OCTUBRE: *Ley aplicable a los efectos del matrimonio. Estudio del artículo 9-2 del Código Civil.* 4. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL POR CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *Artículo 9-3 del Código Civil. Las capitulaciones matrimoniales. Capacidad. Contenido. Estudio de las limitaciones. Forma.*—IV. CUESTIONES PRÁCTICAS DE CONFLICTOS INTERREGIONALES: 1. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y EL PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL. 2. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 9-8 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 16-2 DEL CÓDIGO CIVIL.

COMENTARIO: En el presente trabajo se estudia el supuesto en que los cónyuges no realizan capitulaciones matrimoniales, es decir, no establecen el régimen económico matrimonial. Con un afán sistematizador, el autor comienza señalando la necesidad de su establecimiento. Así lo dispone el Código Civil, en los artículos 1.315 y 1.316.

Para comenzar en el verdadero tema objeto de análisis, se profundiza en la adquisición de la vecindad civil, como elemento esencial para la determinación del mismo.

Posteriormente, y entrando ya en el estudio de la determinación del régimen económico matrimonial, destaca la existencia de un vacío legislativo, en los supuestos mayoritarios en la práctica, esto es, cuando los contrayentes no están pensando cuál va a ser su régimen en el momento de celebración del matrimonio. Propone la necesidad de hacer constar en el Registro Civil cuál es su régimen, ya sea el pactado o el supletorio, en el momento de la celebración del matrimonio, así los interesados conocerían a través del expediente matrimonial su vecindad civil, y por otro lado, los terceros tendrían acceso al régimen económico del matrimonio.

Con la finalidad de profundizar en el estudio de la determinación del régimen, analiza la regulación anterior a la reforma del Título Preliminar del Código Civil, su posterior reforma por Decreto de 31 de mayo de 1974, y, sobre todo, la incidencia de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Tras la exposición detallada de ejemplos concretos donde se recogen los «desajustes» de la regulación legal, concluye que el artículo 14-4 del Código Civil vulnera el artículo 14 de la CE, e incluso que su aplicación directa e inmediata nos sitúa en un vacío legislativo que atenta al principio de seguridad jurídica. De ahí que deba aplicarse el citado precepto hasta la entrada en vigor de la Ley 11/90.

Tras la publicación de esta nueva regulación se detiene en el estudio del artículo 9.2 del Código Civil, es decir, en los efectos del matrimonio, y en el 9-3 del Código Civil relativo a los pactos o capitulaciones matrimoniales. Tras exponer el estudio del artículo 9-2, se detiene en el análisis de las capitulaciones matrimoniales, haciendo referencia a su naturaleza, a la capacidad de los otorgantes, a su contenido, a las limitaciones, y, a su forma, exponiendo los problemas prácticos que se plantean.

Por último, entra en el verdadero análisis de las cuestiones prácticas que plantean los conflictos interregionales. Comienza con el estudio del régimen económico matrimonial y el principio de fe pública registral —principio básico contenido en el artículo 34 LH—. El problema que se plantea es si la adquisición realizada por un tercero está protegida por la fe pública registral cuando el Registro publica una inexactitud producida por la declaración de voluntad del vendedor que dice que el inmueble pertenece a su régimen de separación de bienes y no es cierto y la compraventa es anulada por la mujer que demuestra que dicho bien pertenece a la sociedad de gananciales. Tercero, que no es hipotecario, porque los datos registrales relativos al estado civil y a la capacidad de las personas no los abarca la fe pública del Registro. Posteriormente realiza un exhaustivo estudio del artículo 9-8 del Código Civil, sobre todo del último inciso y, también del artículo 16-2.

«Control y gobierno de las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994», por IGNACIO SERRANO GARCÍA, pág. 159.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA FUNDACION ES UNA FIGURA ATORMENTADA DOGMATICAMENTE.—3. LA ATRIBUCION DE PERSONALIDAD JURIDICA ES UN EXPEDIENTE TECNICO —4. CABEN OTROS EXPEDIENTES TECNICO-JURIDICOS PARA LOGRAR LAS MISMAS FINALIDADES.—5. ELEMENTOS PERMANENTES EN TODA FUNDACION.—6. EL DEBER JURIDICO DE REALIZAR EL FIN ES LA UNICA RAZON DE SU EXISTENCIA.—7 EL PROCEDIMIENTO TECNICO EN

LOS ORDENAMIENTOS CONTINENTALES ES LA CREACION DE UNA PERSONA JURIDICA.—8. CONSECUENCIA DE ELLO ES LA ATRIBUCION DE CAPACIDAD JURIDICA.—9. LA FUNDACION TIENE CAPACIDAD JURIDICA PLENA.—10. CARACTERISTICAS Y EXIGENCIAS DE LA PERSONA JURIDICA TIPO FUNDACION. EL SENTIMIENTO FILANTROPICO ESTA EN EL ORIGEN DE LAS FUNDACIONES.—12. EL PROBLEMA DE LA AMORTIZACION DE LA RIQUEZA.—13. CONGRESO DE DERECHO CIVIL DE 1866.—14. BASE 2.^a DE LA LEY DE 11 DE MAYO DE 1888.—15. CAOTICA SITUACION LEGISLATIVA.—16. LA SITUACION ACTUAL SIGUE SIENDO CONFUSA.—17. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.—18. EL ARTICULO 34 CE RECOGE UNA «GARANTIA DE INSTITUTO».—19. PLURALIDAD LEGISLATIVA.—20. DOCTRINA DEL TC ANTERIOR A LA LEY 30/1994.—21. PROSCRIPCION DE LAS FUNDACIONES FAMILIARES.—22. EN EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FUNDACION TIENE PERFECTA CABIDA EL PROTECTORADO.—23. EL PAPEL DEL PROTECTORADO YA HABIA SIDO SEÑALADO POR EL TS.—24. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SE MANIFIESTA EN PRIMER LUGAR EN LA CLASIFICACION.—25. NATURALEZA DE LA CLASIFICACION Y DEL PROTECTORADO EN GENERAL.—26. A QUE EXTREMOS SE EXTIENDE LA CLASIFICACION.—27. ¿QUE OCURRIA ANTES DE LA LEY 30/1994? SITUACION ACTUAL.—28. PUEDE HABER ENTIDADES QUE PERSIGAN FINES SEMEJANTES A LOS FUNDACIONALES SIN CLASIFICACION.—29. ORGANIZACION. ESTATUTOS.—30. OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA FUNDACIONAL.—31. LA CLASIFICACION NO PUEDE IR EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.—32. CONSECUENCIA DE LA CLASIFICACION.—33. CONTROL JURISDICCIONAL.—34. CONTROL DEL PROTECTORADO.—35. FUNCION DEL PROTECTORADO DE CARACTER ECONOMICO.—36. OTRAS FUNCIONES.

«Negocios en fraude de ley simulados, fiduciarios e indirectos», por JUAN VALLET DE GOYTISOLO, pág. 199.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 9 (1996)

«La efectividad de la tutela judicial y las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil», por M.^a PÍA CALDERÓN CUADRADO, pág. 185.

SUMARIO: I. SOBRE LAS ULTIMAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA CAUTELAR.—II. LAS MEDIDAS INDETERMINADAS EN EL SISTEMA DE PROTECCION CAUTELAR DE NUESTRO ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL: 1. SU CONFIGURACION COMO NORMA DE CLAUSURA. 2. SU DELIMITACION A PARTIR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES TIPICAS.—III. APROXIMACION A LOS PRESUPUESTOS REQUERIDOS: 1. SITUACION JURIDICA CAUTELABLE Y ACREDITAMIENTO: A) *Obligaciones de hacer, no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas*. B) *El principio de prueba por escrito acreditativo del «fumus boni iuris»*. 2. PELIGRO EN LA DEMORA. SU FOR-

MULACIÓN MEDIANTE UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. 3. FIANZA, CONDICIÓN DE EFECTIVIDAD DE LA CAUTELA.—IV. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DE SUS EFECTOS: 1. AUTÉNTICA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL O LIBERTAD «SECUNDUM LEGEM». 2. CRITERIOS LEGALES DE INDIVIDUALIZACIÓN: A) *Conformidad con la finalidad legalmente prevista de asegurar la efectividad de la sentencia.* B) *Necesidad de la medida, no simple conveniencia*

Número 10 (1996)

«Notas sobre la publicidad ilícita en el ordenamiento español y comunitario. Límites éticos de la publicidad», por MARÍA LINACERO DE LA FUENTE, pág. 217.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. PUBLICIDAD ILÍCITA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: 1. RÉGIMEN JURÍDICO. 2. MODALIDADES DE PUBLICIDAD ILÍCITA. LÍMITES ÉTICOS DE LA PUBLICIDAD: A) *Supuestos.* B) *Límites éticos de la publicidad:* a) Publicidad ilícita por atentar contra valores especialmente tutelados. b) Publicidad ilícita por empleo de técnicas subliminales. c) Publicidad ilícita por la situación de indefensión de sus destinatarios. «Grupos de protección especial». d) Intervención de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.—III. LA PUBLICIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO: 1. RÉGIMEN JURÍDICO. 2. RECENSIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS CEE (PUBLICIDAD).

Número 11 (1996)

«La acción de petición de herencia», por JAVIER CASADO IZQUIERDO, pág. 235.

SUMARIO: 1. ORIGENES Y FUNDAMENTO. REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.—2. CONCEPTO DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA.—3. NATURALEZA JURÍDICA.—4. NEXOS Y DIFERENCIAS DE LA PETICIÓN DE HERENCIA CON OTRAS ACCIONES: DECLARATIVA, REIVINDICATORIA, PREVIAS, DE PARTICIÓN DE HERENCIA.—5. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA UTILIZAR LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA.—6. PRUEBAS QUE DEBE SUMINISTRAR EL ACTOR.—7. LEGITIMACIÓN PASIVA.—8. PRUEBAS QUE PUEDE Oponer EL DEMANDADO.—9. PROCEDIMIENTO.—10. COMPETENCIA TERRITORIAL.—11. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: a) RELACIONES ENTRE EL HEREDERO VERDADERO Y EL HEREDERO APARENTE O MERO POSEEDOR. b) RELACIONES ENTRE EL HEREDERO VERDADERO Y LOS TERCEROS.—12. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.

Número 12 (1996)

«Cuestiones procesales surgidas en la apelación civil con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», por MIGUEL GUERRA PALACIOS, pág. 253.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. EL PROCESO: CONCEPTO, PRINCIPIO Y FINES. 2. EL DERECHO A LOS RECURSOS Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: DOCTRINA CONSTITUCIONAL. 3. EL RECURSO DE APELACIÓN CIVIL: CONCEPTO, EFECTOS, FUNDAMENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.—II. GENESIS Y MOTIVOS DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN EL PROCESO CIVIL POR LA LEY 10/92, DE 30 DE ABRIL.—III. LA POSTULACION PROCESAL: CONCEPTO, MODALIDADES Y REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 10/92.—IV. COMPETENCIA TERRITORIAL Y CUESTIONES DE COMPETENCIA.—V. JUICIOS VERBALES: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y OBJETO DEL JUICIO VERBAL CIVIL. LA PRIMERA INSTANCIA: EL DESISTIMIENTO. LA SEGUNDA INSTANCIA: PRINCIPALES INNOVACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA PROCESAL.—VI. JUICIO DE COGNICION.—VII. JUICIO DE DESAHUCIO.—VIII. MODIFICACION DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS Y DE LA LEY HIPOTECARIA.—IX. DERECHO TRANSITORIO —X CONSIDERACIONES FINALES.

Número 13 (1996)

«Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia», por JOSÉ M.^a CABALLERO LOZANO, pág. 293.

SUMARIO: 1. PRESENTACION.—2. PROTECCION ANTERIOR A LAS NORMAS DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES: a) VALOR INTEGRATIVO DE LA PUBLICIDAD. b) LA INTERPRETACIÓN PUBLICITARIA DEL CONTRATO.—3. PROTECCION CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR EN LA LCU.—4. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA LCU: a) TRIBUNAL SUPREMO. b) AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Número 14 (1996)

«Matrimonios por conveniencia», por M.^a PILAR DIAGO DIAGO, pág. 329.

SUMARIO: I. MATRIMONIOS POR CONVENIENCIA O COMPLACENCIA: 1. DISTINTA NACIONALIDAD DE LOS CÓNYUGES. 2. BENEFICIOS DEL MATRIMONIO CON ESPAÑOL O ESPAÑOLA: A) *Nacionalidad*. B) *Beneficios en materia de extranjería*: a) Visado. b) Residencia. c) Acceso al trabajo. C) *Disfrute de las Libertades Comunitarias*. 3. LEY APLICABLE A LA PRESENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. 4. SUPUESTOS DE NO AUTORIZACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL.—II. COMENTARIO DE LA INSTRUCCION DE 9 DE ENERO DE 1995: 1. FINALIDAD DE LA INSTRUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. DE LA INSTRUCCIÓN DE 22 DE MARZO DE 1974 DE LA DGRN SOBRE EXPEDIENTE PREVIO AL MATRIMONIO CIVIL, A LA DE 1995. 3. CONTENIDO DE LA INSTRUCCIÓN DE 9 DE ENERO DE 1995. AUDIENCIA RESERVADA Y POR SEPARADO DE LOS CONTRAYENTES.—III. CONCLUSIONES.

Número 15 (1996)

«Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil», por JUAN CARLOS CABAÑAS GARCÍA, pág. 349.

SUMARIO: 1 LA CARGA DE LA PRUEBA: CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.—2. REGLAS GENERALES POR LA QUE SE DETERMINA SU DISTRIBUCION ENTRE LAS PARTES, EN EL ORDEN CIVIL.—3. FIJACION LEGAL DE LAS NORMAS SOBRE CARGA: ASIGNACION «NATURAL» E INVERSION.—4. POSIBILIDADES DE UNA ALTERACION CONVENCIONAL DE LA CARGA PROBATORIA.—5. CONTROL CONSTITUCIONAL DE SU INOBSERVANCIA.—6. TENDENCIAS ACTUALES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE CARGA DE LA PRUEBA.—7. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA: UN PROBLEMA DE DISTRIBUCION DEL *ONUS PROBANDI*.

Número 16 (1996)

«El depósito constituido en manos de un incapaz. Interpretación de un oscuro precepto del Código Civil», por JUAN MANUEL BÁDENAS CARPIO, pág. 373.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL SUPUESTO.—II. EL CARACTER UNILATERAL Y REAL DEL DEPOSITO COMO PRESUPUESTO DE INTERPRETACION.—III. EL *STATUS QUAESTIONIS* EN NUESTRA DOCTRINA.—IV. PROPUESTA DE INTERPRETACION E INTEGRACION SISTEMATICA.

Número 17 (1996)

«Algunas reflexiones acerca de la atribución y adquisición de la nacionalidad española por adopción», por JULIO I. IGLESIAS REDONDO, pág. 387.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. GENESIS LEGISLATIVA DEL ARTICULO 19 DEL CODIGO CIVIL.—III. LA ATRIBUCION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR ADOPCION. EL ARTICULO 19.1 DEL CODIGO CIVIL: A) REQUISITOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD EN VIRTUD DE LA ADOPCIÓN: 1. *Adoptando extranjero*. 2. *Adoptando menor de dieciocho años*. 3. *Adoptante o adoptantes españoles*. 4. *Adopción válida de acuerdo con nuestro Ordenamiento jurídico*: a) Adopción con efectos legitimantes. b) Adopción constituida por autoridad española. c) Reconocimiento en España de una adopción extranjera B) MOMENTO EN EL QUE OPERA LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD EN VIRTUD DE LA ADOPCIÓN.—IV. LA ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR ADOPCION: A) EL ARTICULO 19.2 DEL CODIGO CIVIL. B) LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DE LA LEY 18/1990, DE 17 DE DICIEMBRE.

Número 18 (1996)

«Adquisición de la nacionalidad por otorgamiento de carta de naturaleza», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, pág. 399.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. BREVE REFERENCIA HISTORICO-LEGISLATIVA.—III. COMPETENCIA Y EXPEDIENTE DE SOLICITUD.—IV. REQUISITOS: 1. CAPACIDAD PARA SOLICITAR LA CONCESIÓN: A) *El interesado emancipado o mayor de dieciocho años*. B) *El representante legal del menor de catorce años o incapacitado*. C) *El mayor de catorce años o el incapacitado asistido de su representante legal*. 2. CONDICIONES PERSONALES DEL SOLICITANTE. 3. LEGITIMACIÓN. 4. RENUNCIA, JURAMENTO O PROMESA E INSCRIPCIÓN: A) *Renuncia y juramento o promesa*. B) *Inscripción*.—V. CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN.—VI. CONTROL JUDICIAL.—VII. CONCESIÓN EN FAVOR DE UNA COLECTIVIDAD DE PERSONAS: EL REAL DECRETO DE 19 DE ENERO DE 1996.

Número 19 (1996)

«La familia, su naturaleza y finalidad», por LAURA SANZ MARTÍN, pág. 415.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO DE FAMILIA: A) CONCEPTO DE FAMILIA ACTUAL. B) COMPARATIVA CON LA INSTITUCIÓN FAMILIAR ROMANA.—III. ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD: A) EVOLUCIÓN EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD: 1. *Introducción*. 2. *Referencia a la institución de la adopción*. 3. *Ejercicio de la patria potestad en la regulación del Código Civil*. 4. *Ejercicio de la patria potestad en la legislación romana*. 5. *Comparativa del derecho actual con el derecho histórico*. B) EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD: 1. *Naturaleza de la patria potestad*. 2. *Contenido de la patria potestad*: 2.1. Su regulación en nuestro Código Civil. 2.2. Comparativa con la legislación romana. 2.3. Funcionalidad de la patria potestad en el orden patrimonial.—IV. CONCLUSION.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 147 (Marzo-Abril 1996)

«La posición jurídica del propietario de suelo urbano y urbanizable en la legislación urbanística estatal y autonómica», por JOSÉ MIGUEL MERELO ABELA, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SUELOS URBANOS: 1. DEFINICIÓN. 2. FACULTAD DE ACOMETER EL PROCESO URBANIZADOR Y EDIFICATORIO: 2.1. *Una distinción necesaria: suelo sistemático y asistemático*. 2.2. *Suelo asistemático*: 2.2.1. Legislación estatal. 2.2.2. Legislación autonómica valenciana. 2.3. *Suelo sistemático*: 2.3.1. Legislación estatal. 2.3.2. Legislación autonómica. 3. APROVECHAMIENTO LUCRATIVO SUSCEPTIBLE DE APROPIACIÓN PRIVADA:

3.1. *Las áreas de reparto*: 3.1.1 Legislación estatal. 3.1.2. Legislación autonómica. 3.2. *La fijación del aprovechamiento referencial*: 3.2.1 Legislación estatal. 3.2.2. Legislación autonómica. 3.3. *El porcentaje a aplicar sobre el aprovechamiento referencial para determinar el aprovechamiento susceptible de apropiación o patrimonializable*: 3.3.1. Legislación estatal. 3.3.2. Legislación autonómica. 4. CONTENIDO DE LOS DEBERES URBANÍSTICOS DE CESIÓN DE TERRENOS DOTACIONALES Y URBANIZACIÓN: 4.1. *Suelo asistemático*: 4.1.1. Deber de ceder terrenos dotacionales. 4.1.2. Deber de urbanizar. 4.2. *Suelo sistemático*. 4.2.1. Deber de ceder terrenos dotacionales. 4.2.2. Deber de urbanizar. 5. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES URBANÍSTICOS VINCULADOS AL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO: 5.1. *Legislación estatal*. 5.2. *Legislación autonómica*. 6. VALORACIONES: 6.1. *En expropiaciones no derivadas de incumplimiento de deberes urbanísticos*: 6.1.1. Legislación estatal. 6.1.2. Legislación autonómica. 6.2 *En expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos*: 6.2.1. Legislación estatal. 6.2.2. Legislación autonómica. 7. RÉGIMEN INDEMNIZATORIO: 7.1 *Legislación estatal*. 7.2. *Legislación autonómica*. 8. RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROPIETARIO DE SUELO.

COMENTARIO: El objeto del estudio consiste en analizar la regulación de cuestiones tales como la determinación del grado de protagonismo que en la ejecución del planeamiento se asigne al propietario del suelo, o, la fijación de los criterios para justipreciar los terrenos en caso de expropiación en la Ley del Suelo y en las diversas normas autonómicas. La finalidad del estudio es el examen de los aspectos y elementos básicos de la respectiva regulación, teniendo en cuenta que se hace referencia sólo al suelo urbano.

Comienza por la definición del suelo urbano señalando no sólo las circunstancias exigidas por el artículo 10 del TRLS, sino también los nuevos criterios jurisprudenciales y la diferencia de la Ley valenciana 6/94, de 15 de noviembre, que admite que «en determinados supuestos se incluya suelo urbano en una unidad de ejecución redelimitada por su programa de actuación para facilitar el desarrollo de la correspondiente actuación integrada».

Posteriormente se examina la facultad de acometer el proceso urbanizador y edificatorio. Comienza por el *suelo asistemático* y haciendo referencia a que en la Ley estatal tal facultad la posee el propietario. En la regulación autonómica se detiene en la Ley valenciana donde por definición no existe suelo urbano asistemático, y en donde se prevé que la edificación de los solares es facultad de los propietarios, mientras que en terrenos no solares se regulan dos posibilidades: la actuación mediante programa, y la actuación directa del propietario. En el *suelo sistemático*, y haciendo referencia a la regulación estatal, depende del sistema de actuación elegido que el protagonismo en la ejecución del planeamiento recaiga en los propietarios (compensación), en la administración pero reteniendo los propietarios sus respectivos terrenos (cooperación), o en la administración, quedando excluido los propietarios del proceso de ejecución (expropiación).

En relación con la diversa legislación autonómica, estudia la regulación de Madrid (Ley 9/95, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo), de Valencia (Ley 6/1994); de Navarra (Ley Foral 10/94), de Cataluña (Decreto Legislativo 1/90, de 12 de julio); y, Canarias (Ley 6/1987, de 7 de abril).

En cuestiones tales como el aprovechamiento lucrativo susceptible de apropiación privada hay que tener en cuenta que la última reforma legislativa

estatal se hace en base a un valor referencial, de aprovechamiento tipo, calculable sobre un concreto ámbito territorial denominado «área de reparto». Mientras que en la legislación autonómica examina sólo aquellas disposiciones que inciden sobre la propia delimitación de estas áreas, como la navarra, la madrileña, la balear o la valenciana.

En cuanto a la fijación del aprovechamiento referencial, el autor se detiene en el aprovechamiento tipo, y en el aprovechamiento medio del suelo urbano sistemático, haciéndose referencia a la fórmula de cálculo que resuelve la Disposición Adicional segunda de la LS.

Otros temas interesantes que analiza son el contenido de los deberes urbanísticos de cesión de terrenos dotacionales de urbanización, tanto en suelo asistemático como en suelo sistemático, profundizando tanto en el deber de ceder terrenos dotacionales como en el deber de urbanizar; los efectos del incumplimiento de deberes urbanísticos vinculados al proceso de ejecución del planeamiento; las valoraciones tanto en expropiaciones no derivadas del incumplimiento de deberes urbanísticos, como las derivadas de tal incumplimiento, el régimen indemnizatorio y, por último, la responsabilidad del propietario del suelo establecida en el nuevo Código Penal.

«El procedimiento de obtención de licencias por silencio», por MANUEL PARDO CASTILLO y FÉLIX PARDO FERNÁNDEZ, pág. 53.

«Las áreas de reparto en la vigente legislación urbanística», por PAULINO MARTÍN HERNÁNDEZ, pág. 61

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. CONCEPTO Y SIGNIFICADO DEL AREA DE REPARTO.—3. COMPONENTES INSTRUMENTALES Y TEMPORALES DE LAS AREAS DE REPARTO: 3.1. NECESIDAD DE EXISTENCIA 3.2. INSTRUMENTO EN QUE DEBEN FIJARSE.—4. REGLAS SOBRE DELIMITACION DE LAS AREAS DE REPARTO: 4.1. LEGISLACIÓN APLICABLE. 4.2. LEGISLACIÓN SUPLETORIA —5. CRITERIOS PARA DELIMITACION DE LAS AREAS DE REPARTO: 1.º) UNA REFERENCIA LEGAL. 2.º) LA AMPLITUD DEL ÁMBITO. 3.º) LA HOMOGENEIDAD DE ÁMBITOS. 4.º) LA ASIGNACIÓN DE LOS SUELOS DE DOTACIONES PÚBLICAS. 5.º) LA POSIBLE DISCONTINUIDAD DE LAS ÁREAS DE REPARTO. 6.º) REPAROS A LOS MECANISMOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN.

«La responsabilidad patrimonial de la administración por motivos urbanísticos», por TERESA MAR BEL, pág. 77.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: 1.1. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 1.2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR MOTIVOS URBANÍSTICOS (NORMATIVA APLICABLE).—2. SUPUESTOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PLANEAMIENTOS EN EL TRLS76: 2.1. RESPONSABILIDAD POR ALTERACIÓN DEL PLANEAMIENTO. 2.2. RESPONSABILIDAD POR VINCULACIONES SINGULARES.—3. SUPUESTOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PLANEAMIENTO EN LA LEY 8/1990, DE REFORMA DEL REGIMEN URBANÍSTICO, Y EN EL TRLS92: 3.1. RESPONSABILIDAD POR ALTERACIÓN DEL PLANEAMIENTO. 3.2. SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN. 3.3. REDUCCIÓN DEL

APROVECHAMIENTO PASADO EN EL PLAZO PARA SOLICITAR LICENCIA. 3.4. RESPONSABILIDAD POR VINCULACIONES SINGULARES. 3.5. RESPONSABILIDAD POR GASTOS REALIZADOS EN EL PROCESO URBANIZADOR.—4. SUPUESTOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE LICENCIAS EN EL TRLS76: 4.1. ANULACIÓN Y REVISIÓN DE LICENCIAS. 4.2. OTROS SUPUESTOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD.—5. SUPUESTOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE LICENCIAS EN LA LEY 8/1990, DE REFORMA DEL REGIMEN URBANISTICO, Y EN EL TRLS92: 5.1. ANULACIÓN, DEMORA EN EL OTORGAMIENTO, DENEGACIÓN IMPROCEDENTE. 5.2. REVOCACIÓN DE LA LICENCIA CONTRA PLAN. 5.3. OTROS SUPUESTOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD.—6. ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE.

«Los residuos y la planificación urbanística», por RENÉ JAVIER SANTAMARÍA ARINAS, pág. 133.

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: I.1. LA PROYECCIÓN TERRITORIAL Y LOS RESIDUOS. I.2. PECULIARIDADES DE LA LOCALIZACIÓN DE INSTALACIONES DE GESTIÓN DE RESIDUOS.—II. LA DISCRECIONALIDAD DEL PLANEAMIENTO Y SUS LÍMITES EN MATERIA DE RESIDUOS: II.1. LA INCORPORACIÓN DE ESTA VARIABLE EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL: II.1.1. *Contenido facultativo de los planes de ordenación*. II.1.2. *La técnica de remisión normativa*. II.2. EL MODELO CATALÁN.—III. LA PLANIFICACIÓN SECTORIAL DE RESIDUOS: III.1. PANORÁMICA GENERAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN. III.2. LA ARTICULACIÓN ENTRE PLANIFICACIÓN SECTORIAL Y TERRITORIAL. III.2.1. *El área de conflicto*. III.2.2. *Las vías de integración*.—IV. RECAPITULACIÓN FINAL: EL ANTEPROYECTO DE LEY BÁSICA DE RESIDUOS

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 2 (1996)

«La aplicación en España del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional», por CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, pág. 313.

«El proceso penal por los delitos de injuria y calumnia contra particulares», por MARÍA PILAR RIVAS VALLEJO, pág. 347.

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES: 1. LA NATURALEZA PRIVADA DE LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA. 2. CAUCES PROCESALES DE PROTECCIÓN AL HONOR. 3. CONCURRENCIA DE CAUCES PROCEDIMENTALES. 4. EL PROCESO PENAL POR DELITOS DE INJURIAS Y CALUMNIAS.—II. PRESUPUESTOS PROCESALES: 1. NORMAS DE COMPETENCIA. 2. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: LEGITIMACIÓN.—III. FASE DE INSTRUCCIÓN: 1. OFENSAS VERBALES. 2. OFENSAS INFERIDAS POR ESCRITO Y CON PUBLICIDAD. 3. LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN LA LEY 62/78, DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. 4. LA «EXCEPTIO VERITATIS». 5. EL AUTO DE PROCESAMIENTO.—IV. FASE INTERMEDIA: 1. CONCEPTO. 2. CONCLUSIONES PROVISIONALES. 3. ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO.—

V. EL JUICIO ORAL 1. INICIO DEL JUICIO ORAL. 2. EL ARTÍCULO 464 DEL CÓDIGO PENAL.—VI. LA SENTENCIA 1. LA PONDERACIÓN ENTRE DOS DERECHOS FUNDAMENTALES (ART 18 Y ART. 20.1.D). 2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. 3. RESPONSABILIDAD CIVIL. 4. LA LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO, DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL. 5 LA TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO: 5.1. *El perdón del ofendido*. 5.2. *La renuncia a la acción*. 5.3. *El desistimiento*.—VII. RECURSOS: 1. CASACIÓN 2. AMPARO.

«Les potestats normativa i disciplinària dels Col·legis professionals», por CRISTINA PUJOL CARDENAL, pág. 407.

SUMARIO: I. PLANTEJAMENT GENERAL.—II. LA POTESTAT NORMATIVA.

1. HABILITACIÓ LEGAL I FONAMENT. 2. LA NATURALESA DE LES NORMES ESTATUTÀRIES. EL CARÀCTER REGLAMENTARI DELS ESTATUTS. 3. CLASSES D'ESTATUTS, ABAST I LÍMITS.—III. LA POTESTAT DISCIPLINÀRIA I SANCIONATÒRIA: 1. CONSIDERACIONS PRÈVIES. 2. LA PROBLEMÀTICA ENTORN LA LEGALITAT DE LES SANCIONS COL·LEGIALS: A) *La necessària revisió de la doctrina jurisprudencial i fonament de la potestat disciplinària* B) *La conveniència de regular el procediment sancionador*.—IV. CONCLUSIONS.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 219 (Enero-Marzo 1996)

«La desincorporación de los títulos-valor», por CÁNDIDO PAZ-ARES, pág. 7.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CATEGORIA DE LA INCORPORACION EN LA DOGMATICA DE LOS TITULOS-VALOR.—III. LAS RAZONES DE LA DESINCORPORACION.—IV. EL SIGNIFICADO JURIDICO DE LA DESINCORPORACION EN LAS DISTINTAS FASES DE SU EVOLUCION.—V. EL MODELO DE DESINCORPORACION ADOPTADO POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL.—VI. CONSIDERACION FINAL: HACIA UNA TEORIA GENERAL DE LOS DERECHOS-VALOR.

«Distribución a través de agentes y derecho de defensa de la competencia», por FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, pág. 35.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. TRATAMIENTO DE LA CUESTION EN EL DERECHO INTERNO: 1. POSTURA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 2. RELACIÓN ENTRE NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DERECHO SUSTANTIVO. 3. ANÁLISIS DE ALGUNAS CLÁUSULAS FRECUENTES: 3.1. *Acuerdos relativos a precios y «retrocesión parcial» de la comisión (Provisionsweitergabe)*. 3.2. *Cláusulas de prohibición de competencia y actuación exclusiva por cuenta del empresario*: 3.2.1. Durante la vigencia del contrato. 3.2.2. Tras la extinción del contrato. 3.3. *Cláusulas de delimitación territorial del ámbito de actuación del agente*—III. TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA: 1. LOS PACTOS DEL CONTRATO DE AGENCIA COMO «ACUERDOS ENTRE EMPRESAS». 2. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962 3 POSTURA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDA-

DES EUROPEAS. 4. PROPUESTA DE COMUNICACIÓN DE 1990: 4.1. *Valoración crítica de la Propuesta.* 4.2. *Búsqueda de un criterio satisfactorio.*—IV. CONCLUSIONES.

«El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», por ANTONIO PINTO MONTEIRO, pág. 79.

SUMARIO: 1. PRESENTACION.—2. TEMA.—3. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN PORTUGAL.—4. EL DECRETO-LEY NUM. 446/85 SOBRE LAS «CLAUSULAS CONTRACTUALES GENERALES»: 4.1. CONSENTIMIENTO. 4.2. CLAUSULAS PROHIBIDAS. 4.3. ACCIÓN INHIBITORIA.—5. LA DIRECTIVA 93/13/CEE.—6. EL DECRETO-LEY NUM. 220/95, QUE INCORPORA LA DIRECTIVA.—7. CONCLUSION.

COMENTARIO: El objeto del presente contrato sirvió de base a una conferencia impartida por el autor en la Universidad «Jaume I» de Castellón, lo cual tiene a su favor un contenido rico que está escrito con sencillez, siendo de fácil e interesante lectura. En él se realiza un riguroso análisis completo de la Ley portuguesa de condiciones generales de los contratos, cuyo texto se introduce íntegramente como anexo al final del trabajo, facilitando con ello la labor de los investigadores y estudiosos de estos temas.

Se estudian las condiciones de los contratos, tanto desde su inicial tratamiento en términos de control de los contratos de adhesión, como desde su vinculación con el problema de la protección del consumidor.

La exposición se realiza en cuatro partes: primera, la situación existente en Portugal antes de la promulgación del Decreto-Ley número 446/85, de 25 de octubre, el cual introdujo las «cláusulas contractuales generales» y que será estudiado posteriormente; continúa analizando la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores; y, por último, analiza el Decreto-Ley número 220/95, de 31 de agosto, cuyo objetivo fue introducir la directiva en el ordenamiento portugués, modificando el Decreto anterior.

Pues bien, la situación anterior al Decreto de 1985 se caracterizaba por la continua reclamación de la doctrina portuguesa (MOTA PINTO, ALMEIDA COSTA, el autor de este trabajo) al legislador, a fin de que adoptará una Ley de control de los contratos de adhesión. Todo ello en base a que la Constitución portuguesa de 1976, fijaba las «condiciones prioritarias del Estado» en «reprimir los abusos del poder económico y todas las prácticas lesivas del interés general». Pero sobre todo se constató la inadecuación del Derecho tradicional para defender eficazmente al consumidor. No obstante, existía una Ley de defensa al consumidor (núm. 29/81, de 22 de agosto de 1981), donde se protegen tanto los derechos de los consumidores como de las asociaciones de consumidores. Ley marco que ha sido desarrollada por otras posteriores.

El Decreto-Ley 446/85, sobre las cláusulas contractuales generales, actúa en tres direcciones: mediante el establecimiento de medidas destinadas a establecer en cada contrato un acuerdo real y efectivo sobre todos los aspectos de la reglamentación contractual, mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, y mediante la atribución de la legitimación procesal activa a ciertas instituciones y organizaciones que realizan un control previo con anterioridad y al margen de la celebración de cualquier contrato.

El 5 de abril de 1993, el Consejo adoptó, finalmente, la Directiva 93/13/CEE. El autor la analiza destacando sus méritos, tales como la protección que concede frente a las cláusulas abusivas, las implicaciones que tiene en la teoría general del contrato, el reconocimiento del estatuto del consumidor, y la armonización que supone para el derecho europeo de los contratos. Expone también sus insuficiencias constituidas básicamente por su timidez y su resultado incompleto.

Por último, se detiene en el Decreto-Ley número 220/95, de 31 de agosto, que introdujo en el ordenamiento jurídico portugués el régimen de fiscalización judicial de las cláusulas contractuales judiciales. Se caracterizan de insignificantes las alteraciones a que se procedió por fuerza de la Directiva, pues la Ley de 1985 ya consagraba los objetivos y las medidas que aquella vino a imponer. No obstante, señala el problema no resuelto por la nueva Ley, como es el de saber si se aplicará a todos los contratos de adhesión o sólo a aquellos que se celebraron a través de condiciones generales.

«Sobre la protección de las invenciones vegetales a través del modelo de utilidad», por MANUEL LOBATO, pág. 119.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LOS MODELOS DE UTILIDAD: II.1. LOS MODELOS DE UTILIDAD EN EL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EL LA LEY DE PATENTES. II.2. NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL ÁMBITO DEL MODELO DE UTILIDAD EN LA LEY DE PATENTES. EL MODELO DE UTILIDAD COMO UNA ENCUBIERTA PATENTE DE INTRODUCCIÓN. II.3. NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL ÁMBITO DEL MODELO DE UTILIDAD EN EL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.—III. LA RESOLUCION DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL DE 24-IX-1987: III.1. ANTECEDENTES. III.2. EL ARGUMENTO DE LA IGUALDAD. III.3. EL ARGUMENTO EXTRAÍDO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS LEGALES. III.4. LA ELECCIÓN INTERESADA POR EL SOLICITANTE DE LA PROTECCIÓN MEDIANTE MODELO DE UTILIDAD. III.5. LA INTERDICCIÓN LEGAL DE LA PATENTE DE PRODUCTO EN EL RÉGIMEN DEL APEA.—IV. LA EXTENSION DE LA PATENTE O DEL MODELO DE UTILIDAD. POSIBILIDAD DE APLICACION ANALOGICA DEL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR Y REGLA DEL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE PATENTE. IV.1. EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR. IV.2. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE PATENTE.—V. CONCLUSIONES.

«Aplicación práctica de la Disposición Transitoria 6.ª-2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas», por HELIODORO SÁNCHEZ RUS, pág. 145.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. NATURALEZA DE LA SANCION.—III. APLICACION PRACTICA DE LA D.T. 6.ª-2: 1. CANCELACIÓN DE LOS ASIEN-TOS. 2 REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD. 3. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD. 4. REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD DISUELTA

«Proceso penal y Registro Mercantil. Publicidad mercantil-registral de las medidas cautelares y de las consecuencias accesorias a la pena», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 161.

SUMARIO: I. PROCESO PENAL Y PROCEDIMIENTO REGISTRAL. 0. CALIFICACIÓN REGISTRAL Y «NOTICIA CRIMINIS» 1. CIERRE REGISTRAL Y PREJUDICIALIDAD PENAL: 1.1. *Jurisprudencia registral. Artículo 432.d) del R.H.* 1.2. *Tesis propuesta. Inexistencia de prejudicialidad penal.* 2. TÍTULOS (AUTÉNTICOS) CONTRADICTORIOS. 3. LA PREVENCIÓN CAUTELAR DEL TÍTULO FALSO. 4. MEDIDAS CAUTELARES EN CAUSA CRIMINAL DE TRASCENDENCIA REGISTRAL. LA «ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERRELLA»: 4.1. *El problema de la anotación preventiva de querrela.* 4.2. *Publicidad registral de las medidas cautelares de trascendencia registral. La intervención judicial de la Administración.*—II. MEDIDAS ACCESORIAS A LA PENA Y REGISTRO MERCANTIL: 1. EL POSIBLE DECOMISO DE LA DENOMINACIÓN SOCIAL. 2. LAS «CONSECUENCIAS» DEL ARTÍCULO 129 CP: 2.1. *Disolución forzosa en virtud de sentencia dictada en causa criminal.* 2.2. *La intervención judicial de la Administración acordada en sentencia dictada en causa criminal.* 2.3. *Publicidad registral de las otras medidas accesorias del artículo 129 CP.*

«En torno a los negocios de asistencia financiera para la adquisición de las participaciones propias. *Private company* versus sociedad de responsabilidad limitada», por M.^a CRISTINA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 185.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION—2. LA REGULACION ESPAÑOLA DE LOS NEGOCIOS DE ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICION DE LAS PROPIAS PARTICIPACIONES DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: A) LA SITUACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE 1953 B) LA POSIBLE APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY 19/89 A LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: a) *El artículo 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*—3. LA INCIDENCIA EN EL TEMA DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SEGUNDA DIRECTIVA DEL CONSEJO DE 13 DE DICIEMBRE DE 1976 (77/91/CEE): A) SU NO APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. B) LA NO APLICACIÓN A LAS «PRIVATE COMPANIES» DE LA SEGUNDA DIRECTIVA COMUNITARIA LOS ESFUERZOS DEL REINO UNIDO PARA CONSEGUIRLO—4 LA DISCIPLINA INGLESA EN TORNO A LOS NEGOCIOS DE ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICION DE LAS PROPIAS ACCIONES. LA ESPECIAL EXENCION PARA LAS «PRIVATE COMPANIES»: A) LA DECLARACIÓN DE SOLVENCIA. B) EL INFORME DE LOS AUDITORES. C) LA «SPECIAL RESOLUTION».—5. LA COMPARACION DE LOS ORDENAMIENTOS. 6. CONCLUSION.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Números 7 a 12 (Julio-Diciembre 1994)

«Algunas reflexiones sobre la simulación en la enajenación de establecimientos comerciales», por GUILLERMO SERVÁN BAUZÓN, pág. 211.

«El derecho de transmisión. Apuntes para su estudio», por RAÚL ANIDO, pág. 217.

«La antiaccesión», por HUGO SPINELLI, pág. 235.

- «Régimen de las mayorías en la propiedad horizontal», por ROQUE MOLLA, pág. 251.
- «Sindicación de socios», por DANIEL HARGAIN, pág. 265.
- «Transferencia de los derechos de propiedad industrial», por LINDA KRUDO, pág. 275.

NOTICIAS CEE

Número 135 (Abril 1996)

- «La Unión Europea y la Administración Unica», por TERESA ESTEVEZ ABELEIRA, pág. 9.
- «El efecto directo de las Directivas y la protección de los derechos subjetivos comunitarios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Intento de sistematización», por JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ MARTÍN, pág. 17.
- «Las nuevas Directivas sobre contratos públicos», por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, pág. 31.
- «La aplicabilidad directa de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», por ROSARIO SILVA LAPUERTA, pág. 41.
- «La Unión Económica y monetaria: Fases y perspectivas», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 53.
- «El GATS y los servicios financieros», por SEBASTIÁN GARCÍA TRUJILLO, pág. 61.
- «La fiscalidad directa en el derecho comunitario originario y derivado», por FRANCISCO PELECHA ZOZAYA, pág. 81.
- «El sistema de protección social en España. Límites y propuestas de reforma», por ANA MARÍA VÁZQUEZ LOSADA y JULIÁN LAGUNA MARTÍNEZ, pág. 93.

Número 136 (Mayo 1996)

- «La contratación pública de urgencia», por VICENTE ALVAREZ GARCÍA, pág. 7.
- «La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su ámbito subjetivo de aplicación», por MIGUEL CRESPO RODRÍGUEZ, pág. 21.
- «La morosidad de la Administración en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», por JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA, pág. 41.
- «Los poderes adjudicatarios en el Derecho Comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», por MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ, pág. 49.
- «Los aspectos financieros de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas», por JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MENÉNDEZ, pág. 63.
- «El régimen de los recursos», por JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, pág. 73.
- «Los procedimientos de selección de contratistas y adjudicación de los contratos», por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, pág. 81.
- «La invalidez de los contratos administrativos», por MANUEL REBOLLO PUIG, pág. 95.
- «La clasificación de las empresas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», por ALFONSO RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, pág. 117.
- «La regulación del procedimiento negociado para la adjudicación de contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas», por JOSÉ ANTONIO SANTÍAS VIADA, pág. 131.

