

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXX ° Septiembre-Octubre 1994 ° Núm. 624

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
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. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

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

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs

ESTUDIOS

«Los acuerdos contrarios a la Ley y a los Estatutos en la Ley de Propiedad Horizontal. Su impugnación. Artículo 16.4 LPH», por ESTHER MUÑIZ ESPADA	1849
«El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán», por JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY	1885
«Momento de la elección en las obligaciones alternativas», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	1927
«Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS	1947
«Régimen general de la modificación de estatutos sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ MANUEL CALAVIA MOLINERO	1967

DICTAMENES Y NOTAS

«Últimos criterios sobre la afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores civiles y mercantiles», por MANUEL LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES	2031
--	------

ACTUALIDAD JURIDICA

X Congreso Internacional de Derecho Registral	2043
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2056

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2071
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA Y JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2079
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
a) Derechos reales, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2111
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	2114
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2121
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2128

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios», de JUAN POZO VILCHES, por EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO	2149
«Interpretación y jurisprudencia», de MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2153
«Derecho Agrario español y de todas las Comunidades Autónomas», de varios autores, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2155
«Clarín, Ganivet, Azaña», de A. PAU PEDRÓN, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2157
«La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea», de L. M. ^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2161
«Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria», de A. MANZANO SOLANO y otros, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2164
«Las prohibiciones de disponer en el Derecho español», de F. J. GÓMEZ GALLIGO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2166

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	2169
---	------

ESTUDIOS

Los acuerdos contrarios a la Ley y a los Estatutos en la Ley de Propiedad Horizontal. Su impugnación.

Artículo 16.4 LPH

El artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal (Ley 40/1960, de 21 de julio) (modificado en parte por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, en concreto su párrafo 2.º) básicamente establece las normas a que han de sujetarse los acuerdos de la Junta de Propietarios para que éstos tengan validez; distinguiendo al efecto aquellos en que es necesario la unanimidad de todos los copropietarios (como dice el párrafo 1.º: «los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos»), de aquellos otros en que bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios, que a su vez representen la mayoría de cuotas de participación (n.º 2), ocupándose asimismo de posibles impugnaciones.

Sin embargo, dicho precepto no basta por sí mismo para, en efecto, comprender todos los requisitos necesarios, tanto de carácter sustancial como formal, para que cualquiera de estos acuerdos que puede tomar la junta de propietarios sean perfectamente válidos. Además de lo previsto en el artículo 16, tales acuerdos deberán acomodarse a las exigencias contenidas en los artículos 14 y 15 de la LPH, sin olvidar lo dispuesto en el artículo 13 del mismo cuerpo legal, el primero de ellos referente a la asistencia de dicha junta, y el segundo atinente a los plazos y formas en que debe ésta ser convocada; incluso, habría que atender a lo dispuesto en el artículo 17 LPH, sobre la documentación en la que serán recogidos tales acuerdos (1). Requisitos todos ellos de obligado cumplimiento, en cuanto

(1) Como expone FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO. «Examen del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *ADC*, 1979, pág. 754, «los artículos 13 al 16 de la LPH forman un conjunto homogéneo ... desde el punto de vista sistemático-jurídico se tran-

que están concebidos como preceptos de Derecho necesario y de carácter imperativo. En general, hay que afirmar el carácter fundamentalmente imperativo de la legalidad vigente (2), que supone, sin ningún género de dudas, una auténtica limitación al principio de autonomía de la voluntad imperante en el régimen anterior, justificado por la parquedad normativa que representó la Ley de 26 de octubre de 1939, reformando el artículo 396 del Código Civil, sobre todo manifiesta cuando dicha institución experimentó una pujante vitalidad (3). La propia Exposición de Motivos de la Ley de 1960 explica que «la Ley brinda una regulación que, por un lado, es suficiente por sí ... para constituir, en lo esencial el sistema jurídico que preside y gobierna esta clase de relaciones, y, por otro lado, admite que, por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de Derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley. De ahí que la formulación de estatutos no resulte imprescindible, si bien, podrán éstos cumplir la función de desarrollar la ordenación legal y adecuarla a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones». Referido también en el artículo 5 III de la LPH, y en la Disposición Transitoria de la misma, que después de declarar que «la presente Ley regirá todas las comunidades de propietarios, cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus estatutos», insiste en que éstos «no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma» (4).

sustancian formando un homogéneo bloque normativo en el cual se determinan y describen todos los formalismos sustantivos y adjetivos que el legislador ha previsto para la validez y eficacia de sus acuerdos».

(2) Reconocido en algunas Sentencias del TS como la de 10 de mayo de 1965 (Ar. 2521), 16 de mayo de 1967 (Ar. 2419), 14 de marzo de 1968 (Ar. 1740), 7 de febrero de 1976 (Ar. 611), 27 de abril del mismo año (Ar. 1928), 6 de julio de 1978 (Ar. 2749), 10 de octubre de 1985 (Ar. 4733), 3 de mayo de 1988 (Ar. 3872), 25 de octubre de 1989 (Ar. 6958), 29 de junio de 1992 (Ar. 5458), 30 de octubre de 1992 (Ar. 8354), 7 de junio de 1993 (Ar. 4841).

(3) Una proyección histórica de esta transformación puede verse en BONET CORREA. «La propiedad de pisos en la legislación española», en *RGLJ*, 1971, págs. 454 y sigs.; BATLLE: «Consideraciones sobre la nueva Ley de propiedad de pisos», en *RGLJ*, 1960, págs. 259 y sigs.; DE LA CÁMARA, GARRIDO Y SOTO: «Modalidades en la constitución de los regímenes de división de la propiedad urbana», en *RDN*, 1969, págs. 147 y sigs. Sobre las razones que motivaron la publicación de la Ley, vid. VENTURA-TRAVERSET GONZÁLEZ. *El Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., rev., ampliada y puesta al día por Ventura-Traveset Hernández, Barcelona, 1992, págs. 44 y sigs. FUENTES LOJO. *Suma de propiedad por apartamentos*, t. I, Barcelona, 1969, págs. 19 y sigs., ofrece una amplia perspectiva histórica y legislación comparada sobre dicha propiedad. Vid. también PARA MARTÍN: *La comunidad de propietarios y sus órganos Estudio práctico jurisprudencial*, Barcelona, 1992, págs. 13 y sigs.

(4) En la doctrina, al respecto, puede verse VENTURA-TRAVERSET GONZÁLEZ: «Limitación de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal», en *RGD*, 1965-I, págs. 268 y sigs.; BATISTA MONTERO-RÍOS: «La propiedad horizontal en la Ley de 21 de

Pero a pesar de la autosuficiencia, que proclama, así, la Exposición de Motivos (5), y que en el presente tema que nos ocupa queda reforzada por la remisión obligada a los artículos precedentes, presenta esta Ley importantes disfuncionalidades, incertidumbres y lagunas, no sólo en relación a ciertos aspectos generales del régimen de propiedad horizontal, sino también pensando en concreto, para lo que a nuestro caso interesa, en ese grupo normativo que forma un cuerpo homogéneo de preceptos que regulan la adopción de acuerdos y sus posibles impugnaciones, no resuelto tampoco por la «paupérrima» —como se la ha calificado— reforma de la propiedad horizontal por Ley de 23 de febrero de 1988, como hubiera sido de desear. Una exposición de motivos en esta Ley (de 1988), de la que carece, conforme viene sucediendo en otras leyes, lamentablemente, explicaría o arrojaría alguna luz sobre la *ocassio* o la *ratio legis*, que permitiría comprender por qué sólo se han retocado algunos preceptos que no son, por otra parte, los que ofrecen mayores dosis de litigiosidad y la extensión de los límites que a dicha Ley ha concedido el legislador de 1988. En el Preámbulo que originariamente acompañó al Proyecto se justificaba la reforma en las demandas de la doctrina jurídica española y a la luz de la copiosa jurisprudencia ya existente al respecto, y, en sí, por las propias exigencias del momento. Así —exponía el párrafo 2.º— «se intenta facilitar, por una parte, respecto de las convocatorias, el que las citaciones hayan de practicarse necesariamente en el domicilio español, y, por otra parte, el que los acuerdos de la junta puedan adoptarse siempre que los asistentes representen más de la mitad del valor de las cuotas presentes, incluso el mismo día de la fallida por falta de asistencia de propietarios» (como se ve poco añade la Ley en este punto). Además, en el párrafo 3.º de dicho preámbulo, se hace referencia a la necesidad de facilitar la reclamación judicial de la falta de pago a la contribución de los gastos de la comunidad y, sobre todo, la

julio de 1960», en *RGLJ*, 1960, págs. 707 y 708, «se ha pasado de un régimen de libertad casi absoluto al de disposiciones normativas»; ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO: «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», en *RCDI*, 1967-II, págs. 1233 y sigs.; BATALLA: «La Ley sobre propiedad horizontal y el Registro», en *RCDI*, 1961, págs. 655 y sigs.; SANTOS BRIZ: *Derecho civil*, t. II, 1972, págs. 291 y 292; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «Estatutos y reglamentos», en *RDP*, 1972, págs. 343 y sigs.; MONTES PEÑADES: «La propiedad como colectividad organizada», en *ADC*, 1972, págs. 856 y sigs.; PUIG BRUTAU: *Compendio de Derecho civil*, vol. III, Barcelona, 1989.

(5) «Normativa bastante clara y completa —entiende SAPENA, «Los órganos de la Propiedad horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones», en *RCDI*, 1978, pág. 324— si partimos de dos supuestos que no podemos olvidar: primero, de técnica legal, que no se pretendió agotar el tema en un texto de veintidós artículos, sino fijar las líneas generales y dejar a la iniciativa particular la labor de completar aquella regulación, siempre en la medida que la misma —integrada por normas imperativas y dispositivas— lo permita. Segundo, de condicionamiento histórico, por cuanto el legislador se propuso regular lo que entonces conocía».

efectividad de la resolución que recaiga (6). Y por último —manifiesta— «se incorpora la obligación de declaración por parte del transmitente de hallarse al corriente del pago de los gastos o expresar los que adeudare, a la hora de otorgar la escritura pública de transmisión del piso o local».

Como se ve, pocos fueron los objetivos a los que respondió dicha Ley, cuando podría haber resuelto numerosos problemas, por lo que con un carácter pesimista podría afirmarse que para tal consecuencia hubiese merecido la pena, quizá, dejar las cosas como estaban; resultando, en este sentido, vaticinadoras las palabras de DE LA CÁMARA al afirmar que ante situaciones de obsolescencia —«el ritmo vertiginoso a que evoluciona la sociedad moderna determina la aparición continua de nuevos hechos. Surgen formas inéditas de relación, que escaparon en su día a la previsión legislativa»— el legislador puede reaccionar de dos maneras, «o bien intentar ponerse rápidamente al día, a través de reformas totales o parciales dirigidas a cubrir los huecos que la disposición primigenia dejó al descubierto, o por el contrario (dejar a los intérpretes que busquen las soluciones adecuadas) extrayéndolas de los principios que inspiran la ley especial o los más generales del Ordenamiento jurídico. No cabe duda que el buen camino es el segundo», por eso las críticas que dirige contra la Ley de 1960 no tienen por objeto postular ninguna reforma legislativa, porque «probablemente, la reforma, dada la manera en que hoy, por desgracia, se legisla, sería un remedio peor que la enfermedad» (7). Por eso, como antes, no resulta superfluo, aunque pudiera parecer lo contrario (8), la elaboración de unos estatutos o, en general, la función de los estatutos de propiedad horizontal, adaptados al caso concreto, según la natu-

(6) Esto sí que se trata, por el contrario —afirma LASARTE ALVAREZ: «Una paupérrima reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *La Ley*, 1988-2, págs. 1032— de una notificación notoria y de importancia.

(7) DE LA CÁMARA: «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas Centro de Estudios Hipotecarios*, Madrid, 1973, págs. 34 y 35.

Por su parte, FUENTES LOJO: «Necesidad de una nueva Ley sobre propiedad horizontal», en *La Ley*, 1986-4, págs. 1060 y sigs., sobre el mismo fenómeno propone dar un paso más en la regulación jurídica con la elaboración de una nueva ley, inspirándose en una serie de bases y principios que propone el mismo autor.

Vid también MUÑOZ DE DIOS: «Hacia una nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *La Ley*, 1986-3, págs. 904 y sigs. VERGER GARAU: «Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal», en *RJC*, 1981, pág. 239.

(8) Vid. VENTURA-TRAVERSET GONZÁLEZ: «Patología de la propiedad horizontal», en *RGLJ*, 1964, n.º 216, pág. 23. ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, t. III, 6.ª ed., Barcelona, 1968, pág. 640, «la vigente Ley de Propiedad Horizontal con la regulación más completa del régimen de la misma, hace en general superflua la adopción de estatutos complementarios de la propia Ley y de lo previsto en el título constitutivo de la propiedad de casas por pisos o locales, pero no impide de modo alguno la posibilidad de una mayor regulación del régimen de propiedad horizontal mediante la adopción de los correspondientes estatutos».

raleza o destino particular del inmueble, con las limitaciones que establece la Ley (9) [como se declara en la Sentencia del TS de 19 de junio de 1991 (10): «esta forma de propiedad horizontal se rige por las disposiciones legales especiales, y en lo que las mismas lo permitan por la voluntad de los interesados». Pueden verse también las Sentencias de 9 de septiembre del mismo año (11) y 20 de marzo de 1990 (12)].

Uno de los temas en el que se refleja cada una de estas observaciones, cuyo indudable interés, por otra parte, se justifica por sí mismo, si además se profundiza en su abundante problemática, es el referente, precisamente, al régimen de los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos, y su posible impugnación, contemplado en el artículo 16.4 de la LPH.

El último número, pues, del artículo 16 citado contiene otra posibilidad de impugnación de acuerdos ante la autoridad judicial, en concreto cuando éstos sean contrarios a la Ley o a los estatutos, limitando dicha acción, textualmente, a los propietarios disidentes, sin que sea necesario para ello que el propietario actor resulte perjudicado (13), siendo, mientras tanto, tales acuerdos provisionalmente ejecutivos, a salvo de que el Juez ante el que se interponga la acción ordene la suspensión del mismo.

Bien es cierto que, como se ha dicho, su ausencia o no previsión no hubiese supuesto lo contrario, la imposibilidad de accionar contra cualquier acuerdo ilícito, o la aceptación de una decisión común contraria a la normativa de *ius cogens* (14), por lo que algún autor estima que tal plasmación expresa carece de toda justificación (15); pero tampoco su introducción, en sí, resulta inútil, al tiempo que el legislador logra una ordenación legal más completa y coherente, añadiendo a la regulación de Derecho material, objetivo y subjetivo, una visión procesal, con pretensiones de cierta amplitud, que refleja la tutela jurisdiccional específica que pueden solicitar los sujetos afectados por esta forma de propiedad, demostrando un específico interés y afán por hacer útiles aquellas disposiciones reguladoras, aunque su tenor literal crea no pocas disfuncionalidades en orden al resto de preceptos, e importantes cuestiones que podrían haber sido algo mejor precisadas, ya que el legislador, finalmente, se decidió a incorporarlo. La verdad, es que a

(9) Vid. BARRENECHEA: «Estatutos y ordenanzas de la propiedad horizontal. Juntas de condueños y actos de disposición sobre elementos comunes y privativos», en *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 1962, pág. 400.

(10) Ar. 4525.

(11) Ar. 1542.

(12) Ar. 1898.

(13) Como también precisa TOMÉ PAULE: «Régimen procesal de la propiedad horizontal», en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1965, pág. 98.

(14) Vid. FUENTES LOJO: *Suma...*, t. II, cit. pág. 1026.

(15) PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES: *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, Madrid, 1986, págs. 278 y 279, última edición, 1992.

primera vista resulta un precepto bastante anómalo (16), por lo que parece más que justificable la necesidad de ser analizado y plantear y ordenar algunos aspectos que ayuden a desvelar su verdadero sentido, destacando aquellas cuestiones que estimo resultan de mayor interés, al tiempo que obliga a una revisión general y global de una buena parte del resto de preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal.

Así, en orden a estos objetivos, será necesario poner de relieve las siguientes circunstancias: en primer lugar, el precepto exige como determinante de la consiguiente reclamación la *preexistencia de un acuerdo*: el consenso de los copropietarios ha de manifestarse necesariamente en el transcurso de una junta previamente convocada al efecto, porque se erige como el medio u órgano de expresión de la voluntad colectiva, sin que, por ello, en ningún caso se la reconozca personalidad jurídica (17); las decisiones que los copropietarios quieran adoptar han de expresarse previamente a través de una reunión en una junta, definida como el «órgano supremo de la propiedad horizontal, a través del cual se manifiesta la voluntad de los propietarios singulares y en el que radican las facultades rectoras de este régimen jurídico para el mejor logro de los intereses comunes» (18).

La junta es el órgano soberano de la comunidad, a la que la Ley, en consecuencia, dota de importantes y amplias potestades (19), en detrimento

(16) Como dice DE LA CÁMARA. *Insuficiencia normativa*. . cit., pág. 151.

(17) Vid. más ampliamente SAPENA: *Los órganos de la propiedad horizontal forma y eficacia de sus resoluciones*, cit., págs. 319 y sigs.; DE LA CÁMARA: *Insuficiencia normativa ... cit.*, págs. 144 y 145; PÉREZ PASCUAL: *El Derecho de Propiedad Horizontal, un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Valencia, 1974, págs. 135 y sigs.; del mismo autor: «Propiedad horizontal: la comunidad como ente sin personalidad. Representación y modo de actuar», en *RDP*, 1976, págs. 874 y sigs.; HERRERO GARCÍA: «La junta de propietarios y la función representativa del presidente en la Ley de Propiedad Horizontal», en *RDP*, 1977, pág. 422; VIDAL MARTÍNEZ: «Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal en el Ordenamiento positivo español», en *RDP*, 1978, págs. 1079 y sigs.; PARA MARTÍN: *La comunidad de propietarios...*, cit., págs. 51 y sigs.

Sobre esta cuestión también ha tenido la oportunidad de pronunciarse el TS en Sentencias como la de 29 de mayo de 1984 (Ar. 2803), 30 de noviembre de 1988 (Ar. 8728), 8 de marzo de 1991 (Ar. 2201), Resolución de 1 de septiembre de 1981 (R. 3274), Resolución de 5 de febrero de 1992 (R. 1526).

(18) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 2.º, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1985, pág. 307. Vid. también ARROYO LÓPEZ-SORO: *Propiedad horizontal*, Madrid, 1992, pág. 127; OGAYAR Y AYLLÓN: «Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal», en *RDP*, 1960, págs. 883 y sigs.

(19) Como no podría ser de otro modo si se acepta la valoración de BRISO ESCOBAR: «Los estatutos, reglamentos y juntas de la propiedad horizontal», en *RDN*, 1983, pág. 14, al decir que «las juntas de propietarios (es el factor) más decisivo y sintomático en el desarrollo de esta clase de propiedad, porque a través de ellas su autonormación se actualiza, pasando de ser un conjunto de reglas estáticas a un derecho vivo, adaptado a las nuevas necesidades por obra de las deliberaciones y acuerdos de aquéllas».

de otros órganos, como el presidente, el administrador o secretario, con el límite —apostilla SAPENA— de «la naturaleza de la figura a la que sirve» (20). De este modo, corresponde a la misma nombrar y remover a las personas que ejerzan los cargos de presidente, administrador y secretario (art. 13.1 LPH); aprobar el plan de gastos e ingresos previsibles y las cuentas correspondientes (art. 13.2); ver artículos 8 y 11 de la misma Ley sobre modificación de cuotas de participación; aprobar la ejecución de obras extraordinarias o de mejora y recabar fondos para su realización (art. 13.3); aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interno «dentro de los límites establecidos por la Ley y los estatutos» (arts. 13.4 y 6 LPH); en virtud del artículo 16.1 LPH, le compete la modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo y en los estatutos, que pueden contener disposiciones relativas a elementos comunes como a partes privativas; también le corresponde autorizar la división o agrupación de departamentos (art. 8 LPH); exigir a los titulares de departamentos o a los meros ocupantes de éstos la responsabilidad dimanante de las infracciones cometidas por dichos ocupantes; acordar la creación de servicios comunes de interés general (vid. art. 9 LPH); acordar nuevas instalaciones y servicios o mejoras, aunque unos y otros no sean requeridos para la adecuada conservación o habitabilidad del inmueble y la cuota de instalación exceda del importe de una mensualidad ordinaria de gastos comunes (vid. art. 10 LPH); acordar la construcción de nuevas plantas o de obras de alteración de la estructura o fábrica del edificio (art. 11 LPH); acordar la privación del uso del piso o local por parte de los ocupantes de los departamentos que infrinjan las prohibiciones sobre el uso o destino de los mismos (art. 19 LPH), y en fin, conocer y decidir de los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas convenientes o necesarias para el mejor servicio común (art. 13.5 LPH) (21).

Para la válida celebración de las mismas será preceptivo el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 15 de la LPH [normas que, como se ha manifestado, son de *ius cogens* (22)], que deter-

(20) SAPENA: *Los órganos de la propiedad horizontal...*, cit., pág. 331.

(21) Diversas sentencias del TS se han referido a la intervención y a las atribuciones de la junta de propietarios, como la de 12 de mayo de 1962 (Ar. 2356), 19 de junio de 1965 (Ar. 3666), 11 de diciembre de 1965 (Ar. 5611), 16 de junio de 1972 (Ar. 2741), 29 de mayo de 1976 (Ar. 2468), 5 de junio de 1979 (Ar. 2318), 19 de enero de 1982 (Ar. 306), 3 de noviembre del mismo año (Ar. 6520), 7 de diciembre de 1984 (Ar. 6038), 11 de febrero de 1985 (Ar. 545), 30 de octubre, 13 de marzo, 15 de septiembre de 1986 (Ar. 6021, 1249 y 4708), 11 de noviembre de 1988 (Ar. 8433), 27 de marzo y 3 de julio de 1989 (Ar. 2196 y 5285), 26 de noviembre de 1990 (Ar. 2201), 8 de enero y 10 de marzo de 1992 (Ar. 153 y 2203).

(22) Más en concreto puede verse lo que al respecto expone ESCRIVÁ DE ROMANÍ: *Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal*, cit., págs. 1253 y sigs.

minará, a su vez, en consecuencia, la eficacia de las propias decisiones colectivas. La convocatoria [«medio o acto por el cual se cita a los propietarios de pisos y locales sitos en inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal para que asistan a las juntas en que hayan de adoptarse acuerdos» (23)] la hará el presidente, por lo menos una vez al año «para aprobar los presupuestos y cuentas, y en las demás ocasiones que lo considere conveniente () o lo pidan la cuarta parte de los propietarios o un número de éstos que representen al menos el veinticinco por cien de las cuotas de participación (art. 15 LPH), y en su defecto, la convocatoria la harán «los promotores de la reunión». Por excepción, la junta podría reunirse válidamente, aun sin convocatoria, cuando concurren todos los propietarios y así lo hayan decidido (art. 15 *in fine*) (24); norma con la que cede el rigorismo apreciable en el resto de estas disposiciones, pero sin abandonar un mínimo de garantías que quedan cubiertas por la aceptación unánime de todos los propietarios. Como dicen PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES, «la validez de la junta de copropietarios no precedida de convocatoria, puede calificarse de una regla lógica y muy práctica, al proporcionar gran agilidad a la reunión de las juntas en las comunidades de pocos propietarios para las que normalmente pueden resultar amplias las exigencias de la Ley sobre la forma y requisitos de las convocatorias» (25).

La citación, mecanismo para notificar la convocatoria de las juntas a sus destinatarios, ha de cumplir una serie de requisitos y condiciones para la validez de las mismas, y así, según el párrafo 2.º del artículo 15, se expresará la hora, el día y el lugar en que se celebrará la junta, con indicación de los asuntos a tratar, firmada, se supone, por la persona o personas que convocan. Entregándose las citaciones por escrito en el domicilio en España que hubiese designado cada propietario, y «en su defecto, en el piso o local a él perteneciente».

Sobre la necesidad de manifestarse por escrito la citación, con acierto plantea FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO la validez de la misma si se realiza por otros medios, habida cuenta de que el legislador optó por esta vía, entiende dicho autor, siguiendo, principalmente, las únicas fuentes positivas sobre los actos de comunicación, como las leyes de enjuiciamiento civil y criminal (26); sin embargo, la intención y el espíritu de la Ley de 1960 aspira

(23) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Examen del artículo 16 de la LPH*, cit., pág. 754.

(24) Por lo tanto, la oposición sólo de uno de los titulares dominicales impediría la válida celebración de la misma, como también advierte FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO. *Comentarios*, cit., pág. 324.

(25) PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES: *Régimen de la propiedad horizontal*, cit., pág. 273.

(26) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Comentarios*, cit., págs. 325 y sigs., y en *Examen del artículo 16*... cit., págs. 756 y sigs.

a facilitar, en la medida de lo posible, las relaciones entre los diversos propietarios de los edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal y la fluidez de sus propias disposiciones reguladoras, pero, también es verdad que, sin buscar tangentes de escapatoria que contraríen las normas que tienen absolutamente carácter imperativo, en beneficio del régimen de propiedad horizontal y, en consecuencia, de los finales destinatarios, titulares del inmueble sujeto a esta propiedad. La necesidad de que la comunicación se realice por escrito adolece, en buena medida, o tiende a evitar discrepancias y polémicas entre los propietarios de pisos o locales, sobre todo, cuando se trata de muchos titulares; como se trata, de igual modo, de fijar y cumplir con más seguridad los distintos requisitos exigidos en el presente artículo para la validez de la celebración; y porque constituye un medio de prueba para acreditar la práctica de la misma, en orden a si alguno de los propietarios, asistentes o no a la junta, manifestasen o alegasen la falta de citación, por eso, aunque medio escrito, debe llevar aparejada una garantía de entrega, que llegue efectivamente a conocimiento de todos los propietarios del inmueble. En definitiva, y atendiendo al precepto legal transcrito *supra*, sería inválida la realizada por vía telefónica, a no ser que concurriesen todos y cada uno de los propietarios, porque, en este caso, se haría efectivo lo dispuesto en el inciso final del artículo 15 de la LPH, todos los propietarios deciden celebrar una junta y asisten a la misma. Menos problemas habría para la aceptación, como medio para tal comunicación, del telegrama, por su condición escrita, siempre que se plasmen las exigencias que para las citaciones preceptúa el artículo 15.2, puesto que además queda constancia, como prueba, del texto enviado, como se puede decir de otras vías que cumplan semejantes condiciones (27).

La citación para la junta ordinaria (que será celebrada por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas y en las demás ocasiones en que se considere conveniente —2.º párr. del art. 15, ya citado—) se hará cuando menos con seis días de antelación, y para las extraordinarias —precisa el 3.º párr. del art. 15— «con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados». Por lo tanto, será ordinaria o extraordinaria una junta, según reúnan las siguientes condiciones: período de reunión (las extraordinarias carecen de periodicidad regular), materia del acuerdo (estas últimas no pueden ir dirigidas a la aprobación de presupuestos ni cuentas ordinarias, sino para otros fines que no sean ordinarios y lo exijan los intereses comunes), y por el sujeto que las convoca (28).

La junta podrá celebrarse en primera o en segunda convocatoria, reunión

(27) Vid. al respecto lo que por su parte manifiesta FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *ibidem*.

(28) Vid. ARROYO LÓPEZ-SORO: *Propiedad horizontal*, cit., págs. 132 y 133.

que podrá tener lugar incluso en el mismo día, «siempre que haya transcurrido un intervalo mínimo de media hora y hubiese sido convocada previamente» (art. 16.2 LPH), y «si la junta, debidamente convocada, no se celebrase en primera convocatoria, ni se hubiese previsto en la citación el día y hora de la segunda, deberá ser ésta convocada, con los mismos requisitos de la primera, dentro de ocho días siguientes a la fecha de la junta no celebrada, y con tres de antelación a la fecha de la reunión (párr. 3.º del art. 16.2 LPH).

Para la validez de los acuerdos adoptados en primera convocatoria se requerirá «la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación» (párr. 1.º del n.º 2 del citado precepto); y en segunda convocatoria «serán válidos los acuerdos adoptados por mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes» (párr. 4.º del n.º 2 del art. 16 LPH).

Realizar una referencia expresa a la segunda convocatoria (arts. 15.2 y 16.2); indicar de forma necesaria que el propietario señale un domicilio en España (art. 15.2); y añadir junto a la palabra piso «local» (también párr. 2.º del art. 15 —«entregándose ... en el domicilio en España ... y, en su defecto, en el piso o local a él perteneciente»—) ha sido, como se ha anunciado, obra de la reforma de 23 de febrero de 1988, por lo que, como se observará, resulta más que innecesario, o a lo más supone una matización o retoque de mínima importancia, porque, entre otras circunstancias, el artículo 15 «arrojaba con claridad el hecho de que la convocatoria había de realizarse a todos los copropietarios con independencia de que éstos lo fueran de pisos o locales. De otro lado, está claro que en la práctica cotidiana española, en la actualidad, todas las convocatorias de juntas de propietarios se realizaban ciertamente en segunda convocatoria, ya que la asistencia de los comuneros a tales juntas se caracteriza por su escaso *quorum*» (29); y sobre el hecho de que el domicilio de notificación que señalen los propietarios radique en España resulta contrario al sentido de la normativa de Derecho comunitario, y en aras del avance hacia la total unidad europea.

Una vez convocada la junta, la misma se celebrará bajo la dirección del presidente, como si hubieran sido nombrados, formarán parte el administrador y secretario, en orden a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la LPH, cargos que, por otra parte, puede absorber el presidente (30). A su vez, el presidente ha de ser uno de los propietarios

(29) LASARTE ALVAREZ: *Una paupérrima reforma de la LPH*, cit., pág. 1031.

(30) Vid SAPENA: *Los órganos de la propiedad horizontal*, cit., págs. 325 y sigs., «la regulación estatutaria queda, pues, enmarcada entre un límite mínimo de

del inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal (art. 12.1 de la LPH). Subsidiariamente, también pueden dirigir la reunión los promotores de la misma. En ella participarán y asistirán con plenitud de facultades todos los propietarios, pues «las relaciones derivadas de dicho régimen surgen y se instauran de modo directo única y exclusivamente entre los propietarios de los distintos pisos o locales en que se encuentra dividido el inmueble, al punto de que tanto los derechos como las obligaciones que dimanen de la propiedad horizontal tienen como titulares únicamente a los dueños de esos espacios susceptibles de aprovechamiento independiente» (31), por lo tanto, cualquier cláusula estatutaria que excluya o limite la intervención en la junta de algún propietario de piso o local comercial deberá tenerse por no puesta, como, de igual modo, la cláusula de los estatutos que atribuya una posición favorable en la junta a determinados propietarios (por ejemplo, señalándoles voto plural o un coeficiente de voto superior al que ostenten en la comunidad)» (32).

La asistencia a dicha junta será, como dice el artículo 14.1 de la LPH, personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar esta última un simple escrito firmado por el propietario, pudiendo conferirse a favor de cualquiera de los otros titulares, incluso al presidente, como administrador o secretario, o de un tercero ajeno o extraño a la comunidad, siempre que se trate, claro está, de una persona con suficiente capacidad, con facultades suficientes para el acto o examen sometido a la junta. La asistencia por representación legal surgirá en los supuestos de personas sujetas a patria potestad (vid. arts. 154 y 162 CC), a tutela de menores de edad o incapacitados (vid. arts. 215 y sigs. del CC), o incapacitados bajo curatela (cfr. art. 287 del CC), según declare la sentencia de incapacita-

exigencia —presidente y junta— y un amplio campo de posibilidades sin límite fijo. secretario y administrador, nominados por Ley, pero además. vicepresidente y vicesecretario, administradores separados por casas, bloques o escaleras (comisiones que colaboren con el presidente), juntas especiales para cada unidad y cuantos cargos quieran designar, pues no hay topes máximos». Vid. también DE LA CÁMARA, GARRIDO, SOTO BISQUERT: *Modalidades...*, cit., págs. 237 y 244.

La Sentencia del TS de 27 de abril de 1984 (Ar. 1971), hace referencia precisamente a que los cargos contenidos en el artículo 12 de la LPH no constituye un *numerus clausus*, imponiendo únicamente la designación de presidente y la existencia de la junta de propietarios, por lo tanto el marco de posibilidades queda abierto a la voluntad de la junta, debidamente manifestada. Como dice la Exposición de Motivos de esta Ley de 1960, se admite que obra de la voluntad se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, y la existencia de otros cargos que recoge expresamente el artículo 12, como puede ser la existencia de un vicepresidente, no es contraria al espíritu ni a la letra del referido precepto

(31) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «La asistencia y la intervención en la junta de propietarios», en *RDP*, 1966, pág. 19.

(32) PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES: *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, cit., pág. 268

ción, o por los ausentes (vid. arts. 181 y 184 del CC), sobre los emancipados, vid. lo dispuesto en el artículo 323 CC. Para la asistencia por representación voluntaria, cuando el propietario faculta a alguien para intervenir por él en la junta, basta acreditarse mediante un simple escrito firmado, como ya se ha manifestado, por lo tanto, según esta exigencia, carecería de eficacia la representación verbal (33). Pero, también es cierto que, en aquellos supuestos en que se decida o se adopten acuerdos que excedan de la simple administración, por ejemplo, de actos de disposición, según el artículo 1.713 del Código Civil procedería autorización o un poder expreso; es más, el último párrafo del artículo 14 exige delegación expresa del usufructuario que asiste en lugar del nudo propietario, cuando se trate de acuerdos a que se refiere el número 1 del artículo 16, es decir, para la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos o de obras extraordinarias y de mejora. «Si algún piso pertenece *pro indiviso* a diferentes propietarios, éstos nombrarán a un representante para asistir y votar en las juntas» (2.º párr.), de igual modo que se ha indicado precedentemente. Si la comunidad y todos los propietarios se hubiesen reservado algún piso o local (como el destinado a portería) existe al respecto una situación condominal (según el art. 12.1 de la LPH el presidente respecto del mismo tiene facultad representativa). Si perteneciese a la sociedad de gananciales, el artículo 1.375 del Código Civil estipula que «en defecto de pacto de capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges...», por lo tanto, se consignará en la representación el consentimiento del otro cónyuge, y si uno de ellos se hallare impedido para prestarlo o se negare injustamente a ello «podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición» (art. 1.376 del CC). Finalmente, el párrafo 3.º de aquel precepto, como se ha adelantado, se refiere al supuesto en el que sobre algún piso o local se ha constituido un derecho real de usufructo (34), en estos casos la asistencia y el voto correspondería al nudo propietario, pues nadie mejor que el propietario para cuidar y decidir sobre sus propios intereses, y determinar lo que más conviene y procede para la buena marcha de la administración de su comunidad y bienes, «quien, salvo manifestación en contrario, se encontrará representado por el usufructuario». Como parecería semejante en el caso de que se hubiese constituido un Derecho de uso y habitación, en cuanto que el artículo 528 del Código Civil preceptúa que «las disposiciones establecidas por el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación en cuanto no se opongan a lo ordenado en el

(33) Como dice ARROYO LÓPEZ-SORO: *Propiedad horizontal*, cit., pág. 131.

(34) Puede consultarse BATISTA MONTERO RÍOS: *La propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960*, cit., págs. 733 y sigs.

presente capítulo». «Cuando los pisos o locales estén arrendados —manifiesta VENTURA-TRAVERSET—, los acuerdos de la junta que puedan afectar a los derechos de éstos han de estar condicionados por la posible reclamación del inquilino o arrendatario, amparándose en el artículo 1.554 del Código Civil, o en el artículo 109 de la LAU de 11 de junio de 1964» (35).

En dicha junta se debatirán y prepararán las cuestiones que quedan sometidas a decisión de todos y cada uno de los distintos propietarios; así, cada comunero expresará, a través de una declaración de voluntad que constituye el voto, lo que él desea que resulte como decisión colectiva, que ha de reunir para su eficacia el *quorum* que la Ley determine (36). A estos efectos, el artículo 16 LPH distingue aquellos acuerdos que deberán formarse por unanimidad (n.º 1.º), de aquellos para cuya validez se exige la mayoría (n.º 2), según las cuestiones que sean de mayor o menor trascendencia en el ámbito de la comunidad. Es importante el reconocimiento de ambos tipos, porque el artículo 16.2 contiene una cláusula de residuo, todos los que no estén comprendidos en el número 1.º, que se tomarán por el voto a favor de todos los comuneros, serán adoptados por mayoría. En líneas generales se exigirá la unanimidad «para la validez de los que implican aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos» (dice textualmente el primer párrafo del n.º 1 del art. 16 citado); de acuerdo con el artículo 11, «la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del inmueble o de las cosas comunes», y «las innovaciones que hagan inservibles alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario» (art. 10 *in fine* LPH); la alteración de la cuota atribuida a cada piso o local [art. 3.b), párr. 2.º LPH]; la división del piso en nuevos apartamentos, pues supone una nueva fijación de las cuotas de participación; sin olvidar, los que vayan dirigidos a realizar la conversión del régimen de propiedad horizontal fuera de los supuestos previstos en la Ley (37). «Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los pro-

(35) VENTURA-TRAVERSET: *Derecho de propiedad horizontal*, cit., pág. 382

(36) Vid. SAPENA: *Los órganos de la propiedad horizontal*, cit., págs. 335 y sigs.

(37) En el ámbito jurisprudencial se hace referencia a los acuerdos que requieren unanimidad, entre otras, en las Sentencias del TS de 12 de mayo de 1962 (Ar. 2356), 20 de abril de 1965 (Ar. 2159), 9 de diciembre de 1966 (Ar. 5710), 28 de enero de 1967 (Ar. 252), 23 de abril de 1970 (Ar. 2035), 21 de mayo de 1970 (Ar. 2411), 2 de junio del mismo año (Ar. 2785), 16 de junio de 1972 (Ar. 2741), 28 de junio de 1973 (Ar. 2713), 22 de abril de 1974 (Ar. 1793), 21 de mayo de 1976 (Ar. 2358), 13 de abril de 1977 (Ar. 1652), 6 de julio, 7 de octubre y 24 de octubre de 1978 (Ar. 2749, 3212 y 3283), 17 de diciembre de 1982 (Ar. 7696), 28 de abril, 2 de octubre y 15 de noviembre de 1986 (Ar. 2064, 5232, 6436), 4 y 30 de noviembre de 1988 (Ar. 8415 y 8728), 7 de julio de 1989 (Ar. 5413), 30 de enero de 1990 (Ar. 28), 24 de mayo, 20 de abril, 8 de marzo, 12 de noviembre y 24 de septiembre de 1991 (Ar. 3832, 3012, 2201, 8237 y 6278), 15 de febrero de 1992 (Ar. 1265).

pietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación» (art. 16.2, párr. 1.º), si no se reúne *quorum* de asistencia, en segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes (art. 16.2, 4.º párr.).

Finalmente, se levantará un acta de todo lo actuado, «los acuerdos de la junta de propietarios se reflejarán en un libro de actas foliado y sellado por el juzgado municipal o comarcal correspondiente al lugar de la finca o diligenciado por notario» (art. 17 LPH). Dicha norma también parece de obligado cumplimiento, no sólo por el tenor literal y la expresión imperativa que utiliza el precepto, sino para probarse debidamente la adopción del acuerdo o acuerdos adoptados por la comunidad, como en orden a posibles impugnaciones, o para el ejercicio de las oportunas acciones judiciales en el correspondiente juicio declarativo (38). En él se hará referencia o constará (39) el orden del día de la junta, los acuerdos adoptados respecto de cada uno de los diversos temas tratados, los propietarios que hubieran asistido, así como sus cuotas de participación, indicándose si la asistencia ha sido personal o por medio de representante, quienes votaron a favor y quienes lo hicieron en contra en cada uno de los acuerdos adoptados (40).

A los propietarios no asistentes a la junta se les notificará detalladamente del acuerdo en forma fehaciente, garantizándose que la misma se recibe (41); la Sentencia de 21 de mayo de 1976 (42) declaró, incluso, la necesidad de notificación del acuerdo adoptado al condueño que asistió a

(38) En el mismo sentido GÓMEZ CALLE: «La impugnación de acuerdos sociales en el régimen de la Propiedad horizontal», en *Rev. de Derecho Registral*, núm. 15, 1988, pág. 139, manifiesta que «tal decisión se fundamenta en que el cumplimiento de este requisito garantiza, tanto a la comunidad como a cualquiera de los propietarios, el poder disponer de los elementos precisos para ejercitar las acciones impugnatorias que la Ley concede».

La Sentencia del TS de 10 de octubre de 1985 (Ar. 4733) tiene declarado también el carácter imperativo y de derecho necesario del asiento en el libro de actas de la comunidad.

(39) Como manifiesta FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Comentarios.*, cit., págs. 349 y 350.

(40) Al contenido y los efectos de las actas también se refieren las Sentencias del TS de 21 de mayo de 1970 (Ar. 2411), 7 de octubre de 1978 (Ar. 3212), 6 de junio de 1979 (Ar. 2323), 23 de junio de 1983 (Ar. 3653), 10 de octubre de 1985 (Ar. 4733), 25 de febrero de 1988 (Ar. 1306), 11 de noviembre del mismo año (Ar. 8433), 2 de marzo de 1992 (Ar. 1831), también es de especial interés la Resolución de 26 de junio de 1987 (R. 2673, en M. GARCÍA GIL, y F. J. GARCÍA GIL: *Jurisprudencia registral. civil, mercantil e hipotecaria*, Barcelona, 1989, pág. 998).

(41) Sobre la notificación y el contenido de la misma, vid. Sentencias del TS de 10 de abril de 1981 (Ar. 1530), 25 de noviembre de 1983 (Ar. 6501), 4 de diciembre de 1986 (Ar. 7197), 3 de mayo de 1988 (Ar. 3872), 2 de abril de 1990 (Ar. 2686), 24 de septiembre de 1991 (Ar. 6278), 30 de octubre de 1992 (Ar. 8354).

(42) Ar. 2358.

la junta, pero se ausentó antes de terminar la reunión. Para la toma de decisiones que requieren la unanimidad, la ausencia de algún propietario, o a su silencio se le otorga valor afirmativo o una especie de consentimiento tácito, pues de otro modo, en muchos casos, no se lograría formar ninguna voluntad ante la dificultad de reunir a todos y cada uno de los miembros de la comunidad, en este caso, los propietarios que, debidamente citados, no hubiesen comparecido y notificados del acuerdo adoptado, en la forma mencionada, no manifestasen, también en forma fehaciente, en el plazo de un mes, a contar desde dicha notificación, su discrepancia se entenderán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra este plazo, salvo que antes manifestasen su conformidad (43).

En consecuencia, la toma de decisiones que afectan a la vida de la comunidad se lleva a cabo necesariamente en una asamblea de propietarios, del modo descrito de estas líneas, y con los requisitos que exigen los artículos citados. No hay acuerdo, por tanto, cuando la reunión o la junta no llegó a celebrarse o no fue previamente convocada (excepción hecha de las juntas a las que se refiere el último párrafo del art. 15). Como ejemplifica MUÑOZ GONZÁLEZ, cuando algunos propietarios cambiaron impresiones entre ellos, unilateralmente, sin convocatoria previa, o se plasmó el acuerdo en un escrito firmado por los titulares, sin reunión, debate, ni votación nominal el acuerdo ha de estimarse inexistente. «Si los propietarios pretendiesen exigir el cumplimiento de lo acordado, mediante este sistema de consultas escritas o verbales, al margen de la junta, indudablemente cualquier persona interesada podría obtener una sentencia declarativa de la inexistencia del acuerdo; esta acción no es la contemplada en la regla 4.ª del artículo 16 que exige la preexistencia de un acuerdo» (44). O cuando aún cumpliendo todo ello se delibera sobre un asunto que no es competencia de la junta (45). Como si no se ha obtenido el *quorum* previsto legalmente, el acuerdo requiere la unanimidad y se adopta por simple mayoría de asistentes.

Adoptado un *acuerdo*, la utilización de la vía prevista en el número 4.º

(43) VENTURA-TRAVESET *Derecho de propiedad horizontal*, cit., pág. 417, entiende que «la notificación debe practicarse con todas las garantías, siendo notarial y fehaciente en los casos en que lo marca taxativamente la Ley, y, en los demás, por comunicación duplicada, una de las cuales debe archivar el secretario con la firma del notificado. No reputamos suficiente la notificación por carta, por no acreditar el recibo del certificado el contenido del sobre y nos inclinamos como más correcta, por la fórmula de la tarjeta postal, certificada, que lleva el sello y que le da carácter de fehaciencia, en cuanto a la fecha, según el artículo 1.227 del Código Civil».

(44) MUÑOZ GONZÁLEZ *Protección judicial de la propiedad horizontal*. Madrid, 1988, pág. 144

(45) En el mismo sentido, DE LA CÁMARA: *Insuficiencia normativa*, cit., pág. 152, vid. también páginas siguientes.

del artículo 16 queda restringida, en concreto, a la reclamación o impugnación de aquellos que sean «*contrarios* —dice textualmente el precepto citado— *a la Ley o a los estatutos*».

Realmente, no es fácil una delimitación con firmeza y seguridad del objeto de dicha acción impugnatoria, no obstante, sería prudente defender que la confrontación a la «Ley» se refiere con exclusividad a dicha Ley de propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, reformada por Ley de 23 de febrero de 1988, no a las leyes en general, sino a su propia normativa, «y no a otras leyes o a la moral u orden público» (46). Dicha limitación tiene su fundamento —explica DE LA CÁMARA (47)— «en el propio artículo 16.4.º, que sitúa en el mismo plano, a efectos del ejercicio, la acción de impugnación, la Ley y los estatutos, con lo cual parece claramente dar a entender que se está refiriendo (propiamente a esta Ley)» (48). FUENTES LOJO, intentando no dar una interpretación demasiado restrictiva, añade que pueden ser objeto de impugnación el acuerdo que vulnere cualquier otra disposición que la complemente o deba aplicarse de un modo subsidiario (49) (50).

Entre aquellos acuerdos hacia los que se puede dirigir dicha acción se señalan, con carácter ejemplificativo y sin pretensiones exhaustivas, por ejemplo: no atribuir una cuota de participación a algún propietario; permitir a algún comunero que lleve a cabo en el edificio alteraciones que prohíbe el artículo 7.2; establecer acuerdos que impliquen infracción en lo dispuesto en el artículo 7.3; acordar innovaciones que hagan inservibles alguna parte del edificio, para el uso o disfrute de un propietario sin requerir su expreso conocimiento; elegir para el cargo de presidente al que no pertenezca a la comunidad de propietarios; atribuir al administrador de la comunidad, cuando dicho cargo no concorra con el de presidente, la representa-

(46) Como precisan Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Madrid, 1990, pág. 273.

(47) DE LA CÁMARA: *Insuficiencia normativa...*, cit., pág. 155.

(48) Puede verse en el mismo sentido, entre otras, las Sentencias del TS de 18 de diciembre de 1984 (Ar. 6135), 3 de mayo y 25 de noviembre de 1988 (Ar. 3872 y 8712), 6 de febrero de 1989 (Ar. 667), 2 de marzo y 22 de mayo de 1992 (Ar. 1831 y 4275).

(49) FUENTES LOJO: *Suma de la propiedad por apartamentos*, t. II, Barcelona, 1969, pág. 1027.

(50) Por su parte, TOMÉ PAULE: *Régimen procesal de la propiedad horizontal*, cit., págs. 103 y 104, explica que «todo acuerdo puede violar la Ley en dos sentidos. o en el fondo de su contenido o en la forma de su adopción. Un acuerdo es contrario al fondo de la Ley cuando mediante el mismo la junta de propietarios adopta una resolución que infrinja una prohibición o que incumpla un mandato de Ley, no sólo de la Ley de Propiedad Horizontal, sino de cualquier otra disposición legal, aunque tenga menor rango formal. Un acuerdo es contrario a la forma impuesta por la Ley cuando para su adopción no se hayan cumplido los requisitos ordenados de una manera concreta en los artículos 11 al 17 de la Ley de 1960».

ción judicial y extrajudicial de la comunidad; los que acuerden un reparto de gastos causados por una reparación extraordinaria, haciendo caso omiso de las cuotas de participación... (51)

Además, en principio, también podría pensarse que el ámbito de dicha acción comprende cualquier tipo de acuerdos contrarios a la Ley (o a los estatutos) con independencia del *quorum* que haya requerido para su adopción. Puesto que el precepto no especifica, podrían ser objeto de impugnación tanto los tomados por unanimidad, como por mayoría, incluso aunque sean gravemente perjudiciales (a los que se refiere el art. 16.3 LPH), siempre y cuando, claro está, en estos últimos concurriesen los presupuestos que exige el artículo en examen (52).

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO objeta esta afirmación argumentando que «si se entendieran comprendidos en esta regla 4.^a los acuerdos por unanimidad que fueran contrarios a la Ley o a los estatutos, nos encontraríamos con que se producirían diversas a la vez que claras antinomias y contradicciones. Tal ocurre, por ejemplo: con el plazo de un mes que fija la regla 1.^a II y el de treinta días que señala la 4.^a Hoy, después de la reforma del título preliminar, ello no tiene importancia, mas no debemos olvidar —dice— para marcar la diferencia, que cuando se promulgó la Ley de Propiedad Horizontal sí la tenía, pues la citada reforma se produce en 1974. (Y por otra parte), mientras el acuerdo adoptado por unanimidad «... no será ejecutivo hasta que transcurra...» el plazo de un mes sin que se hubiere formulado oposición, en el supuesto de la norma 4.^a, aquél «... será provisionalmente ejecutivo...» Y llama mucho la atención que un acuerdo por unanimidad, no contrario a la Ley o a los estatutos, no sea ejecutivo, mientras que si la contradice y vulnera lo sea bien que provisionalmente» (53).

Al margen de superposiciones de plazos previstos en las reglas 1.^a y 4.^a, y aún cuando en un primer momento pudiese parecer paradójico o llamar la atención como afirma este autor, aunque así resulta, por ejemplo, en el número 1, de las propias circunstancias y naturaleza del acuerdo (se concede el plazo de un mes para obtener la unanimidad si faltó algún propietario a la junta, por lo tanto, hasta pasado el mismo no será ejecutivo puesto que no se ha logrado la unanimidad), entiendo que hay una idea clave para defender y afirmar que el artículo 16.4 de la LPH se refiere a acuerdos adoptados por mayoría y no los que requieran la unanimidad, pues dicho precepto sólo legitima activamente para impugnar los acuerdos con-

(51) Citados por ARROYO LÓPEZ-SORO: *Propiedad horizontal*, cit., págs. 136 y 137; vid también DE LA CÁMARA: *Insuficiencia normativa* .. cit., págs. 155 y 156.

(52) De esta opinión es FUENTES LOJO: *Suma* .. cit., pág. 1027, seguida por PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES: *Régimen de propiedad horizontal*, cit., pág. 331.

(53) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Examen del artículo LPH*, cit., págs. 793 y 794, y en sus *Comentarios*...., cit., págs. 343 y 344.

trarios a la Ley o a los estatutos a los propietarios disidentes, y las decisiones unánimes, por definición, requieren el respaldo de todos los propietarios, bien directamente o bien no manifestando su discrepancia en el plazo que fija el párrafo 2.º del artículo 16.1 LPH, si en el mismo no se notificara al respecto, se entiende que se consiente obteniéndose dicha unanimidad (54). Si la asamblea de propietarios se reúne y adopta un acuerdo que precisa la unanimidad y el mismo es contrario a la Ley o a los estatutos, el propietario del inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal que no hubiese asistido a la misma bastará que manifieste su oposición por la vía del artículo 16.1 LPH para que éste no pueda tener efectividad; aunque, también es verdad, que en ocasiones sería preferible en estos supuestos una verdadera impugnación de tales acuerdos con objeto de aclarar las dudas surgidas de determinadas cláusulas. Pero a esto es a lo que conduce el tenor del artículo 16.4 LPH, con la consiguiente desafortunada consecuencia: un acuerdo que requiere y obtiene la unanimidad es contrario a la Ley o a los estatutos, resulta eficaz y sin la posibilidad de ser impugnado por ningún comunero, en cuanto que todos han votado afirmativamente a favor del mismo.

La regla 4.ª del artículo 16 también posibilita la impugnación de aquellos acuerdos que no respeten el conjunto de reglas que constituyen el estatuto privado de la comunidad y estén debidamente inscritos en el Registro de la propiedad, a excepción de que la asamblea previa y debidamente lo modifique.

De forma expresa el artículo 16.4 emplea el término «estatutos», y el ámbito estatutario de la propiedad horizontal engloba tres aspectos distintos, que aparecen reflejados en los artículos 5 y 6 de dicha Ley. En el primero de ellos se alude al título constitutivo de este régimen y a los estatutos, y el segundo contempla las normas o reglamentos de convivencia. El artículo 5.3 LPH se refiere a los estatutos, describiendo su contenido y susceptibilidad de producir efectos contra terceros, dentro del precepto dedicado al título constitutivo de la propiedad horizontal, pero no ofrece ninguna definición aclaratoria que, además, sirviese de medio de diferenciación con respecto a los otros dos conceptos. En la doctrina FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO los concibe como el «conjunto de reglas plasmadas por escrito con fuerza de ley, establecidas de común acuerdo por todos los propietarios de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, para completar y desarrollar su orden legal en lo relativo a la constitución y ejercicio de sus respectivos derechos y obligaciones, adecuándolas a las exigencias y necesidades de los diversos casos y situaciones» (55). BRISO ESCOBAR los define

(54) En el mismo sentido GÓMEZ CALLE: *La impugnación de acuerdos sociales en el régimen de la propiedad horizontal*, cit., pág. 141.

(55) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Comentarios . . .* cit., pág. 220.

como «el conjunto de reglas dependientes de la voluntad de todos los propietarios y, que incluidas en el título constitutivo u otorgadas separadamente regulan o completan, en cuanto no resulte prohibido por la ley, la vida interna de este régimen de propiedad, especialmente en relación con la constitución y ejercicio de los respectivos derechos y obligaciones de los titulares» (56). Por lo tanto, los estatutos contemplan el conjunto de disposiciones referido a los derechos y obligaciones de los comuneros o propietarios en orden «al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos de administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones», complemento de las normas o pactos contenidos en el título constitutivo y de los preceptos legales, mientras que el título constitutivo es tan sólo el documento donde se recogen las declaraciones de voluntad dirigidas a la celebración del negocio jurídico de creación de esta propiedad. La distinción radical entre ambos, para BRISO ESCOBAR, no reside tanto en su diversa naturaleza sino en la función y esencialidad del título constitutivo, y la finalidad y accesoriedad de las reglas estatutarias (57).

Por otra parte, los llamados por esta Ley reglamentos de orden interno son o se definen —a juicio de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 6 de la LPH— como aquella «colección de reglas o preceptos de régimen interior, dados por los propietarios de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal para regular exclusivamente, y dentro de los límites establecidos por la Ley y estatutos, los detalles de convivencia y más adecuada utilización de los elementos y servicios comunes» (58).

Además, la norma precisa que obligará a todos los propietarios o titulares «mientras no sean modificados en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración», es decir, son adoptados, como modificados, no por unanimidad como los estatutos, sino por mayoría; por tanto, y como se desprende de la propia Ley de Propiedad Horizontal forma un cuerpo normativo separado del título constitutivo y de los estatutos, cuya existencia tiene solamente carácter facultativo, como se ha dicho, basado sólo en una voluntad mayoritaria, mientras que los estatutos regulan el contenido y ejercicio del derecho de propiedad, y estas normas u ordenanzas se refieren primordialmente a aspectos convivenciales y utilización de servicios (59). También se

(56) BRISO ESCOBAR: «Los estatutos, reglamentos y juntas de la propiedad horizontal», en *RDN*, 1983, pág. 19

(57) *Ibidem*, págs. 36 y sigs. Vid. también MONET Y ANTÓN: «Los estatutos de propiedad horizontal», en *AAMN*, t. XII, págs. 91 y sigs.

(58) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO. *Comentarios*, cit., pág. 229.

(59) Demandados sobre todo en grandes complejos urbanísticos en los que las vías de convivencia parecen ser más difíciles, pero no son demasiado frecuentes en la actua-

señalan como notas diferenciadoras el instrumento donde se contienen, los estatutos pueden estar comprendidos en el título constitutivo y los reglamentos no, por su diferente efectividad real y personal. Los estatutos se inscriben en el Registro de la Propiedad y obligan a los terceros, y, por su parte, los reglamentos sólo se aplican a los Propietarios y ocupantes de pisos o locales y carecen de acceso al Registro de la Propiedad. Así, como por su distinto rango como fuente, los reglamentos se encuentran subordinados a los estatutos, por lo tanto, a la Ley y al título constitutivo (60).

Pues bien, a estas tres fuentes normativas entienden algunos autores que se refiere el artículo 16.4 LPH, englobadas en el término «estatutos», al que alude dicho precepto. En este sentido, FUENTES LOJO expresa que al referirse la norma a los «estatutos» hay que entender el término en un sentido amplio, comprendiendo «no sólo el título constitutivo, sino también los estatutos propiamente dichos e incluso el reglamento de régimen interno. Ello por la propia finalidad de la acción impugnatoria» (61). De este modo se dispensaría la protección más amplia y extensa en el cumplimiento de todo el sistema normativo por el que se rigiese la comunidad. Pero, más bien, entiendo que la intención del legislador, no sólo por la mera interpretación literal, era circunscribirlo sólo a los estatutos sin incluir los reglamentos de orden interno (62). MUÑOZ GONZÁLEZ además explica que «el acuerdo que establece las normas de régimen interior exige reunir la voluntad mayoritaria de los propietarios que representen, a su vez, mayoría de cuotas de participación. Por consiguiente, un nuevo acuerdo de la junta, que sea contrario al reglamento de régimen interior, supondrá una derogación de la norma reglamentaria, impugnabile solamente mediante aplicación de la norma 3.ª del artículo 16». Por tanto, concluye que «la norma 4.ª se refiere, textualmente, a los acuerdos contrarios a los estatutos, no pudiendo considerarse incluidas las normas de régimen interior» (63). Entonces, la

idad, dado su carácter obligacional y sin posible acceso al Registro de la Propiedad, afirma SIMÓ SANTONJA: *Formularios de obra nueva Propiedad horizontal, urbanizaciones y multipropiedad*, Granada, 1991, pág. 107.

(60) BRIOSE ESCOBAR: *Los estatutos, reglamentos...*, cit., pág. 101; vid. también págs. 92 y sigs

(61) FUENTES LOJO: *Suma...*, cit., pág. 1027.

(62) VENTURA-TRAVERSET: *Derecho de propiedad horizontal*, cit., pág. 419, manifiesta que «en este concepto se incluyen los estatutos y las normas de comunidad, no los reglamentos de orden interno» BARONA VILAR: «El proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos en materia de propiedad horizontal», en *Justicia*, 1985, pág. 824, defiende también una interpretación estricta.

(63) MUÑOZ GONZÁLEZ: *Protección judicial de la propiedad horizontal*, cit., pág. 149.

De igual modo, TOMÉ PAULE: *Régimen procesal de la propiedad horizontal*, cit., pág. 104, «la mera interpretación literal de la Ley rechaza la posibilidad de la impugnación de las normas reguladoras de la convivencia de la comunidad al amparo del

impugnación a la que se refiere el artículo 16.4 queda destinada a los acuerdos contrarios a la Ley, a la propia Ley de Propiedad Horizontal y a los estatutos en cuanto que éstos tienen un valor normativo y regulador, disponiendo las normas que rigen las diversas relaciones que entraña la propiedad horizontal (64).

Una cuestión que no siempre será fácil dilucidar es cuando nos hallamos ante acuerdos que son contrarios a los estatutos de aquellos que implican la aprobación o modificación de reglas contenidas en los mismos, en cuanto que la Ley de Propiedad Horizontal les concede un régimen diferente, en los números 1.º y 4.º del artículo 16. La delimitación del ámbito de aplicación de cada una de estas reglas se resolverá en presencia del supuesto en concreto. GÓMEZ CALLE cita como ilustración el ejemplo de la Sentencia de 18 de diciembre de 1984, el acuerdo en cuestión variaba el criterio de participación en los gastos de portería, pero no con carácter definitivo, sino sólo respecto de la anualidad ya vencida y respecto de la siguiente. En lo que se refiere a los gastos ya devengados, sí parece —entiende— que el acuerdo es simplemente contrario a los estatutos, pero, a su juicio, no se puede decir lo mismo de aquella parte del acuerdo relativa a la distribución de los gastos correspondientes a la anualidad siguiente (65). Una interpretación amplia del artículo 16.1 implicaría correlativamente una reducción de la aplicabilidad del número 4.º, pero no una total inoperancia porque realmente no todo acuerdo contrario a los estatutos tiene porqué ser modificativo de los mismos. En definitiva, será importante, sobre todo, una valoración sobre cuál sean los efectos que producen dichos acuerdos, y si su contenido es o no propiamente estatutario.

El artículo 16.4 LPH exige, además, la concurrencia de otro presupuesto determinante de la validez y eficacia de la reclamación, la acción impugnatoria, por ambas circunstancias, por la adopción de un acuerdo *contra legem* o contrario a los estatutos, debe interponerse en el *plazo* de treinta días, distinguiendo el segundo párrafo de tal precepto para su cómputo dos posibles situaciones: que el disidente o disidentes impugnantes asistieran o no a la junta donde se deliberase tal acuerdo, en el primer caso, el plazo de treinta días comenzará a contarse a partir del día siguiente a la adopción del acuerdo, en el segundo supuesto, el plazo se contará a partir de la notificación. Y según FUENTES LOJO, mientras tal notificación no se efectua-se en la forma dispuesta en el artículo 15 de dicha Ley no transcurriría este

artículo 16.4 LPH, si el legislador hubiera querido admitir tal posibilidad lo hubiera hecho, y no lo hace».

(64) Sobre el valor normativo de los estatutos, vid. MONET Y ANTÓN: *Los estatutos de propiedad horizontal*, cit., págs. 94 y sigs.

(65) Vid. GÓMEZ CALLE: *La impugnación de acuerdos sociales ...*, cit., págs. 132 y sigs.

plazo aun cuando el propietario tenga conocimiento particular del acuerdo, y «si el acuerdo se hubiese hecho constar en alguna oficina pública —Registro de la Propiedad, por ejemplo— el plazo no ha de contarse —dice— desde la inscripción, sino desde la notificación, en todo caso, por ser ésta preceptiva, según se deduce de la norma 1.ª del artículo 16 de la Ley» (66). No basta tampoco que uno de los titulares asista a la junta para entender que está notificado del acuerdo si resulta probado que se ausentó de la misma antes de que se adoptase el acuerdo.

Sobre el mismo, gran parte de la doctrina (67) y la jurisprudencia (68) estiman que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, en consecuencia no es susceptible de interrupción y puede ser acogida de oficio por el Juez aunque el interesado no la alegue (69).

A tenor del artículo 304 de la LEC «en ningún término señalado por días se contarán aquellos en que no pueden tener lugar actuaciones judiciales». A juicio de TOMÉ PAULE (70) y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (71), entre otros, se trata de un plazo procesal, de tal modo que se descontarán en el cómputo del plazo los días inhábiles. Sin embargo, entiendo con MUÑOZ

(66) FUENTES LOJO: *Suma...*, cit., pág. 1029.

(67) MUÑOZ GONZÁLEZ: *Protección judicial...*, cit., págs. 149 y sigs.; VENTURA-TRAVESET: *Derecho de propiedad horizontal*, cit., pág. 417, núm. 631; FUENTES LOJO: *Suma...* cit., pág. 1029, TOMÉ PAULE: *Régimen procesal...*, cit., pág. 105; DE LA CÁMARA: *Insuficiencia normativa...*, cit., pág. 152, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Examen del artículo 16...* cit., pág. 798; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...* vol. III, cit., pág. 273.

(68) En Sentencias del TS como las de 7 de octubre de 1978 (Ar. 3212), 3 de noviembre de 1982 (Ar. 6520), 31 de marzo de 1984 (Ar. 1762), 4 de abril de 1984 (Ar. 1928), 18 de diciembre del mismo año (Ar. 6135), 14 de febrero y 18 y 20 de junio de 1986 (Ar. 676, 3571 y 3783), 16 de diciembre de 1987 (Ar. 9508), 10 de diciembre de 1990 (Ar. 9931), 1 de junio de 1991 (Ar. 4405), 2 de marzo y 22 de mayo de 1992 (Ar. 1831 y 4275).

(69) La determinación de qué plazos están sometidos a prescripción y cuál a caducidad no resulta fácil, en ninguno de los plazos previstos legalmente aparece una mínima base para dicha distinción. Entiende PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. 1.ª, Barcelona, 1979, pág. 916, que en principio quedarían fuera de la prescripción los derechos y las acciones referentes a la persona y a la familia, y aquellas facultades que forman parte de un derecho de carácter patrimonial que tienden fundamentalmente a modificarlo. «Y como esta posibilidad de modificar una situación jurídica comporta jurídicamente una situación de incertidumbre o inseguridad, los plazos de caducidad son normalmente más cortos que los de prescripción» (pág. 915). Del mismo autor es de interés la obra *Caducidad y prescripción extintiva*, 1.ª ed., Bosch, Barcelona, 1986. Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1992, págs. 463 y 464, manifiestan que «la caducidad protege un interés general, que es el interés comunitario en la pronta certidumbre de una situación jurídica, que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación».

(70) TOMÉ PAULE: *Régimen procesal...*, cit., pág. 105.

(71) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Comentarios...*, cit., pág. 346. Vid. también BARONA VILAS: *El proceso de impugnación...*, cit., pág. 826; FUENTES LOJO: *Suma...*, cit., pág. 1029.

GONZÁLEZ y VENTURA-TRAVESET (72) que se trata de un plazo material. Como explica el primero, se trata de un plazo previo, preliminar y antecedente al procedimiento, en el que deberán computarse los días inhábiles, no nos encontramos ante un término judicial ya que no nace o arranca de un acto procesal, no resultando, en consecuencia, de aplicación lo dispuesto en los artículos 301 y siguientes de la LEC, vid. artículo 5 del Código Civil (73). La citada Sentencia del TS de 18 de junio de 1986 (74) se refiere precisamente también a este extremo, corroborando que han de comprenderse en su computación incluso los días inhábiles.

Cabría preguntarse si el plazo de treinta días que concede el artículo 16.4 de la LPH para el ejercicio de esta acción es aplicable a cualquiera que sea el grado de ineficacia del acuerdo, ya sea nulo o anulable, si es que tal proposición 4.^a comprende ambas categorías. Si por la vía del artículo 16.4 se pueden impugnar tanto los acuerdos nulos como anulables.

A juicio de algunos autores y como ponen de relieve algunas sentencias del TS, la regla 4.^a se refiere únicamente a los acuerdos anulables. Pone de manifiesto DE LA CÁMARA ALVAREZ la importancia de la distinción entre los acuerdos anulables (que son los que contempla el art. 16, regla 4.^a, o los preceptos equivalentes de leyes extranjeras) de los nulos. «Hay dos clases de acuerdos nulos —afirma— los que no son acuerdos o los que contradicen disposiciones legales que no sean las contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal, y siempre, claro es, que la violación de tales disposiciones determine la nulidad del acto». Y son igualmente anulables los acuerdos contrarios a los estatutos (75).

Explica MUÑOZ GONZÁLEZ que el ejercicio de la acción de impugnación está condicionada en dicho precepto a la concurrencia de dos presupuestos básicos: uno subjetivo y otro temporal; la reclamación puede ser articulada por cualquiera de los propietarios disidentes dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o notificación al ausente; y «estas circunstancias no son aplicables a los acuerdos nulos, viciados con nulidad radical o absoluta; según los principios generales que regulan los efectos de los negocios jurídicos, el acto nulo carece de eficacia jurídica desde el primer momento, mientras que el anulable requiere ser impugnado» (76). En este sentido, la Sentencia del TS de 5 de abril de 1978 (77) afirmaría que el número 4 del

(72) Para VENTURA-TRAVESET: *Derecho de propiedad horizontal*. cit., pág. 417, núm. 631, «los treinta días siguientes son naturales (sin descontar los inhábiles), (art. 5 CC).

(73) Así expone MUÑOZ GONZÁLEZ: *Protección judicial...* cit., pág. 151.

(74) Ar. 3571.

(75) DE LA CÁMARA: *Insuficiencia normativa* . . cit., págs. 152 y sigs.

(76) MUÑOZ GONZÁLEZ: *Protección judicial* .. cit., págs 145 y 146

(77) Ar. 1266.

artículo 16 de la LPH en cuanto se refiere a la impugnabilidad de los acuerdos de la junta y su plazo de caducidad para el ejercicio de la acción correspondiente afecta tan sólo a los acuerdos contrarios a los estatutos y a la anulabilidad de los ilegales, pero no a los actos nulos de pleno derecho por contrarios a la norma imperativa o prohibitiva, los cuales no necesitan ser declarados judicialmente nulos, salvo que a la parte interese hacer cesar la apariencia de su legalidad y su inmediata ejecutividad, en cuyo caso la acción declarativa correspondiente no está sujeta al indicado plazo de caducidad (78).

Es cierto que el acto nulo de pleno derecho por contrariar una norma imperativa o prohibitiva es ineficaz de modo insubsanable y que esa nulidad se produce *ipso iure* (vid. art. 6.3 del CC), no requiere por ello una declaración judicial previa y es obligación de los funcionarios públicos negarles su cooperación, «salvo —dice el inciso final del precepto— que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención» (y esto es precisamente lo que hace el art. 16.4 LPH a juicio de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, por eso —dice— el acuerdo contrario a la Ley o a los estatutos no obstante encontrarse comprendido en el ámbito jurídico-conceptual de la nulidad radical, es susceptible de producir efectos plenos si no se recurre dentro del plazo de treinta días en dicha regla marcado (79).

Pero también es verdad que el acto nulo ha provocado una apariencia de realidad, de legalidad que es necesario o conveniente destruir, si constituye obstáculo para el ejercicio de un derecho, reponiendo las cosas al estado anterior y ello aun cuando no es confirmable ni prescriptible; que un acto sea nulo no significa que sobre él haya que fulminar, sin más ni más, el anatema de la nulidad, habrá que valorar la finalidad de la norma infringida y ver hasta qué punto la misma exige que el acto que la contradiga sea declarado nulo (80). Siguiendo esta línea, VENTURA-TRAVESSET considera que

(78) Vid. también las sentencias de 3 de noviembre de 1982 (Ar. 6520), 4 de abril, 31 de marzo y 18 de diciembre de 1984 (Ar. 1928, 1762 y 6135), 20 de junio de 1986 (Ar. 3783), 3 de mayo de 1988 (Ar. 3872), 5 de febrero de 1991 (Ar. 993), 2 de marzo y 15 de febrero de 1992 (Ar. 1831 y 1265)

(79) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Examen del artículo 16*, cit., pág. 793, «Ello parece asemejarlo a la figura de la anulabilidad. No obstante, nos () hallamos aquí ante un caso claro supuesto de aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, cuya explicación encontramos una vez más en las especiales características de esa compleja y nada pacífica figura que es la propiedad horizontal. Consiguientemente se trata de un supuesto de nulidad radical a la que la Ley, por las especiales consideraciones (indicadas) no atribuye el efecto de la invalidez *in radice*, sino que hace depender ésta de la voluntad de los disidentes, con lo que aparentemente se la asemeja a la anulabilidad».

Vid. Sentencia del TS de 26 de junio de 1993 (Ar. 4789).

(80) Vid. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, t. I, Valladolid, 1942, págs. 448 y sigs.

por este procedimiento previsto en el tan citado artículo 16.4, párrafo 1.º se pueden impugnar tanto los acuerdos anulables como los nulos (81).

Pero una actuación ilegal reiterada del presidente de una comunidad o de la propia junta de propietarios que no respetase la Ley ni los estatutos, adoptando decisiones y acuerdos contrarios a los mismos, obligaría al disidente o disidentes a estar continuamente impugnándolos ante el órgano jurisdiccional, que si se declarase desde el principio su completa ineficacia. Además, la acción de nulidad puede interponerla cualquier persona interesada, sin plazos de prescripción ni caducidad y sin que el acto nulo pueda ser convalidado, «este régimen general no se acomoda al contenido de la regla 4.ª, que no puede —estima MUÑOZ GONZÁLEZ— quedar excluida de los principios generales propios de los negocios jurídicos» (82). No obstante, «la acción de nulidad, como tal —intenta explicar aquel autor— puede interponerla cualquier persona, sea propietario afectado o no lo sea y en cualquier plazo, por no existir prescripción o caducidad, ni poder ser convalidado. Pero esto no quiere decir que además de las acciones de nulidad que al propietario disidente le correspondan, como a toda persona interesada, este propietario disidente, en concreto, no pueda ejercitar, dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación, la acción del artículo 16.4 LPH para destruir esa apariencia de realidad que el acto nulo ha conseguido. Desde luego, en este supuesto el Juez debe ordenar la suspensión del acuerdo nulo» (83). Más explícita fue a este respecto la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, a la que se dio una redacción más afortunada, al prescribir que no quedarán sometidas a este plazo de caducidad las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley que, podrán ejercitarse pasados esos plazos por el procedimiento de juicio declarativo ordinario (art. 68, párr. 2.º), hoy, en la actual Ley, vid. artículo 116.1 LSA.

«Quizá, y dirimiendo ciertas posiciones doctrinales, ante la perspectiva de convalidar lo radicalmente nulo por el simple transcurso de treinta días en contravención con el principio de que *quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalere*, lo más atinado —estima BRISO ESCOBAR— sería considerar absolutamente nulos los acuerdos contrarios a las normas imperativas de la Ley, sin subsanación prescriptoria posible, sin sujeción del ejercicio de su acción de nulidad a plazo de caducidad alguno,

(81) VENTURA-TRAVERSET. *Derecho de propiedad horizontal*, cit., pág. 418. FUENTES LOJO: *Suma*. . cit., pág. 1028, entiende también que «los acuerdos nulos pueden ser, al amparo de la regla 4.ª del artículo 16, impugnados», pero, a su juicio, «lo que ocurrirá es que si no se impugnan tampoco podrán producir efecto alguno ni podrán obligar a los disidentes».

(82) MUÑOZ GONZÁLEZ: *Protección judicial*. . cit., pág. 146.

(83) VENTURA-TRAVERSET. *Derecho de propiedad horizontal*, cit., pág. 418.

y, por consiguiente, estimar que el plazo de caducidad del párrafo 2.º de la regla 4.ª del artículo 16 debe referirse sólo a los que vulneren normas no pertenecientes al *ius cogens* o estatutarias» (84).

Compartiendo en ciertos aspectos parte de las teorías que ofrece la doctrina, algunas de ellas ya expuestas, creo que es de importancia insistir en que dicha impugnación exige la existencia de un verdadero acuerdo, ya se ha manifestado cuando éste es inexistente o no hay acuerdo, en general, cuando no se han respetado las proposiciones contenidas en los artículos 14 al 16, sobre convocatoria, citaciones y votaciones, o en el supuesto de que la junta de propietarios deliberase sobre un asunto que no es de su competencia. Aquellos acuerdos que sean nulos, por contradecir disposiciones legales que no sean, por ejemplo, las contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal, o sean opuestos a la moral, al orden público o a las costumbres se someterán al régimen general de los negocios jurídicos nulos; estando pensado el número 4.º del artículo 16, o a lo que conduce, más bien, estimo, es a la impugnación de los acuerdos anulables, los que contradigan dicha Ley, recordando lo que ha de entenderse por acuerdo, como son igualmente anulables los acuerdos contrarios a los estatutos, pero la acción de anulabilidad se encontrará sometida al plazo de caducidad de treinta días y no a la prescripción cuatrienal del artículo 1.301 del Código Civil, ya que así lo establece expresamente la regla 4.ª, párr. 1.º del artículo 16 de la LPH.

En cuanto al *procedimiento*, en ausencia de una previsión especial en la Ley de Propiedad Horizontal hay que destacar la posibilidad de que se desarrolle a través de actos de jurisdicción voluntaria, en cuanto que existe un conflicto de intereses entre diversos partícipes o propietarios, ni se trataría de un proceso especial sumario, pues la Ley de Propiedad Horizontal, como se ha visto, nada dice al respecto, ni sería utilizable la vía de los incidentes, como hay que manifestar la inviabilidad de los interdictos (85); ni procedería el recurso a lo que se podría llamar vía comparativa: la norma del proceso de impugnación de los acuerdos de las Sociedades Anónimas con el que ofrece punto de coincidencia, por su finalidad y legitimación, pues, como dice FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, no parece que las normas contenidas en la LSA sean aplicables al supuesto concreto de la LPH que

(84) BRIOSO ESCOBAR: *Los estatutos, reglamentos y juntas*. », cit., pág. 113, «pues al gozar de virtualidad —dice— tanto los unos como las otras, porque la voluntad de los titulares no quiso derogar o modificar las primeras, o estableció las segundas, a través de los estatutos, tiene sentido que la inacción en el período precitado del disidente con el acuerdo opuesto a aquéllas, sea causa para que la Ley les confiera eficacia definitiva».

(85) Vid. SAN ROMÁN HERNÁNDEZ: «Procesos en materia de propiedad horizontal», en *La Ley*, 1982-4, págs. 513 y sigs., a propósito del comentario a la Sentencia de la AP de Lugo, de 4 de febrero de 1982.

se está examinando, ya que en aquéllas se arbitra un especialísimo proceso dirigido a impugnar unos determinados y específicos acuerdos, los que se adopten en las juntas de las referidas sociedades (86); para TOMÉ PAULE la naturaleza jurídica de este proceso se determina por las siguientes notas: «es un proceso de cognición (pues lo que se pretende con él es la obtención de una declaración de voluntad, previa la formación del oportuno juicio deducido de la serie de actos que ante el Juez se desarrollen), plenario (pues en él no hay limitación de los medios de ataque o defensa, ni limitación del conocimiento judicial, ni limitación de los efectos de la resolución judicial), especial [sólo por razones de derecho material, ya que la especialidad de esta materia únicamente (dimana) de la pertenencia al ámbito de la propiedad horizontal], de efectos constitutivos (pues la sentencia, ha de ser estimatoria, produce la extinción de una situación jurídica existente, precisamente la creada por el acuerdo que se impugna)» (87).

Casi sin discusión se manifiesta que tiene la naturaleza de un proceso contencioso declarativo ordinario, que habrá de tramitarse por el juicio declarativo que corresponda según la cuantía asignada al acuerdo impugnado (88). En algunas ocasiones será de gran dificultad la determinación y fijación de esta cuantía, por la naturaleza del acuerdo a impugnar, que resuelve el artículo 484 de la LEC al postular que si la determinación del valor no fuere posible, la reclamación se decidirá ante el Juzgado de Primera Instancia por el procedimiento de menor cuantía.

El Juez competente será el del lugar donde esté la finca o se encuentre radicado el inmueble, con posibilidad de sumisión a juzgado diferente «al no disponerse nada en contra en la Ley de 1960, hay que mantener la posibilidad de sumisión, tanto expresa como tácita, dados los términos del artículo 56 de la LEC» (89). Atribuyéndose al Juez que corresponda según la clase de juicio que la referida cuantía autorice a seguir. Para la determinación de la competencia territorial, como objetiva se aplicarán las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como en relación a la competencia funcional, que se regirá por las normas aplicables al procedimiento que se utilice en Primera Instancia (vid. arts. 56 y sigs., y 483 y sigs. de la LEC).

Si bien, el artículo 16.4 de la LPH no especifica nada sobre el procedimiento a seguir, ni en materia de competencia para la reclamación de estos acuerdos, especificación que hubiera sido deseable, es claro y terminante en la fijación de la *legitimación activa*: «los acuerdos contrarios a la

(86) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Comentarios...*, cit., pág. 345.

(87) TOMÉ PAULE: *Régimen procesal...*, cit., pág. 100.

(88) Vid. la Sentencia del TS de 30 de junio de 1986 (Ar. 3832).

(89) Entiende TOMÉ PAULE: *Régimen procesal...*, cit., pág. 101.

Ley o a los estatutos serán impugnables ante la autoridad judicial *por cualquiera de los propietarios disidentes...*»

En cuanto a la limitación sólo a los propietarios disidentes, advierte VENTURA-TRAVERSET «que habrá, entonces, que recomendar muy especialmente a todo propietario que asiste a una junta exija que, en el acta, se haga constar su discrepancia, pues una constancia inexistente de que el acuerdo ha sido tomado por unanimidad, le privaría, de momento, de este derecho a impugnar el acuerdo judicialmente. (Por eso entiende) que las actas deben ir firmadas por todos los asistentes y, en todo caso, hay que advertir a los que la redacten, la responsabilidad que contraen, caso de faltar a la verdad en la relación de los hechos, lo que daría lugar a responsabilidades de mayor gravedad» (90).

«Propietario disidente» puede ser entendido en un sentido amplio, comprensivo de todo propietario que no está de acuerdo expresa o tácitamente con el acuerdo, ya porque votó en contra del mismo e hizo constar su oposición al acuerdo impugnado, se abstuvo, o no haya expresado su voluntad contraria a esta decisión, si no hubiese asistido a la junta, o presente en la misma se ausentare antes de finalizar la reunión sin participar en la votación. En cualquier caso, eso sí, se limita sólo —según el precepto antes transcrito— a los propietarios, con lo que, en principio, quedarían excluidos usufructuarios, arrendatarios, el administrador o secretario, que necesariamente no tienen que ser propietarios y pertenecer a la comunidad y cualquier otro tercero ajeno a la misma, aunque resultase perjudicado por dicho acuerdo, como aquellos que ocupan el piso o local por un título distinto al de la propiedad. No obstante, la posibilidad que tendrían los terceros perjudicados sería acudir al juicio declarativo ordinario que corresponda, ejercitando la acción pertinente en defensa de sus derechos contra la junta de propietarios (91). Con respecto al usufructuario, TOMÉ PAULE hace la siguiente salvedad: en principio reconoce la legitimación activa del nudo propietario, pero puede corresponder al usufructuario distinguiendo, si el acuerdo impugnado trata de la aprobación o modificación del título constitutivo o de los estatutos o de obras extraordinarias o de mejora, para que tenga legitimación el usufructuario es necesario que acredite la expresa delegación a que se refiere el artículo 14 LPH, y si se trata de otro tipo de acuerdos, entonces bastará con que alegue, y en su caso acredite, que no existe la manifestación contraria del nudo propietario, si el usufructuario tiene en tales casos el derecho de asistir a las juntas correlativamente debe tener las facultades inherentes a tal derecho, así, si el usufructuario asistió a la junta con la autorización expresa en los casos en los que se exige o

(90) VENTURA-TRAVERSET: *Derecho de propiedad horizontal*, cit., pág. 416

(91) Expresa FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Comentarios . . .* cit., pág. 344.

sin la manifestación contraria en los restantes, el nudo propietario no podría impugnar los acuerdos aceptados por el usufructuario. Y si el piso o local pertenece *pro indiviso* a varios propietarios (a lo que se refiere el art. 14, párr. 2.º de dicha Ley) el representante que nombren para la asistencia y votación en la asamblea de propietarios le corresponde, del mismo modo, la posibilidad de impugnación, igualmente que la Ley —dice este autor— veda a los restantes copropietarios el derecho de asistencia, igualmente debe vedarles el derecho a la impugnación, es el que asiste a las juntas y a quien, en consecuencia, se le notificaría el acuerdo (92). En cuanto al arrendatario, la Sentencia de 24 de septiembre de 1992 (93) declara que los preceptos legales de dicha Ley de Propiedad Horizontal atribuyen ciertos derechos, pero únicamente al propietario del inmueble no al mero arrendatario. Únicamente a través del arrendador propietario del inmueble podría el arrendatario servirse de las cosas comunes y ello por atribución del condómino, cualidad que no tiene el arrendatario (recurrente), ya que todos los derechos que atribuye la ley que se invoca de propiedad horizontal y del Código Civil lo son del propietario, sin perjuicio de las acciones que la recurrente, como simple arrendataria, crea tener contra el arrendador, pero no contra terceros, como es la comunidad demandada. No obstante, hay que tener en cuenta el supuesto que contempla la Sentencia de 16 de febrero de 1987 (94): «aunque la norma 4.ª del artículo 16 de la LPH únicamente legitima para el ejercicio de la acción e impugnación al propietario disidente, en el supuesto contemplado por su artículo 19, con expresa remisión, además, al párrafo 3.º del artículo 7.º, tal legitimación, dada la reiterada referencia al «ocupante del piso o local» que la norma (art. 19) contiene, no puede menos de atribuirse, también, al arrendatario, dado el indudable interés que le asiste a no ser privado del uso del piso o local, amén de que ello incluso podría significar para él la resolución del pacto locativo a instancia del arrendador por concurrencia de la causa 8.ª del artículo 114 de la LAU».

Por tanto, aunque se sanciona como principio general la legitimación activa del presidente de la Comunidad de propietarios, a través del artículo 12.1 LPH al decir que el presidente representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que la afecten e interesen, con certero criterio no se la atribuya un carácter absoluto y radical que excluya la legitimación también de propietarios singulares (95), y no podría ser de

(92) TOMÉ PAULE: *Régimen procesal...*, cit., págs. 101 y 102.

(93) Ar. 7020.

(94) Ar. 696.

(95) Como viene reconocido en diversas Sentencias del TS como la de 23 de abril de 1970 (Ar. 2035), 10 de junio de 1981 (Ar. 2519), 3 de febrero de 1983 (Ar. 801), 23 de noviembre de 1984 (Ar. 5656), 28 de abril de 1986 (Ar. 2064), 10 de febrero de

otro modo si se tiene en cuenta, como recuerda FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (96), una serie de factores: como el hecho de que hayan resultado directamente atacados sus derechos singulares sobre el piso o local de su propiedad; o vulnerados los derechos de la propia comunidad, en cuanto es evidente que de ella participan todos, tanto activa como pasivamente; o que se trate de propietarios disidentes que reclaman contra el acuerdo del que discrepan. Por tanto, cada propietario del inmueble en régimen de propiedad horizontal está legitimado para ejercitar las acciones oportunas en defensa de sus derechos (97).

Estimando PASCUAU LIAÑO que, aun reconociéndose que los propietarios disidentes pueden hacer prevalecer su criterio general y su interés particular frente al mayoritario y general de la junta, también habría que pensar en unos ciertos límites intrínsecos a este derecho, «porque de la misma manera que la inviabilidad de la disidencia perjudicaría decisivamente esta forma de propiedad también puede convertirse en un instrumento peligroso en manos de vecinos obstruccionistas dispuestos a utilizar todos los recursos legales para entorpecer el correcto funcionamiento de la comunidad», así que el abuso de derecho a la disidencia podría ser esgrimido —defiende— por la Comunidad de propietarios por vía de acción, para que el Juez declare la validez de un acuerdo, aun a pesar de no haberse obtenido la unanimidad exigida y por vía de excepción cuando sea el disidente quien impugne la validez del acuerdo (98).

En cuanto a la *legitimación pasiva*, contra quien se ha de dirigir la demanda interpuesta para atacar los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos, nada dice al respecto el número 4.º del artículo 16. En ausencia de esta previsión, estimo más conforme con que la demanda se dirija o se consideren legitimados pasivamente los propietarios que votaron en contra del acuerdo que se trata de impugnar. Según el artículo 12, párrafo 1.º LPH, el presidente de la Comunidad representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que la afecten, lo mismo en una actuación procesalmente activa como pasiva, pues tanto podría representar al colectivo como demandante que como demandado, y en este sentido le bastaría a un tercero demandar a la Comunidad en la persona de su presidente. Cierto es que el presidente es el legítimo representante

1986 (Ar. 548), 7 de diciembre de 1987 (Ar. 9279), 13 de marzo de 1989 (Ar. 2038), 2 de abril y 6 de noviembre de 1992 (Ar. 7516 y 9229).

(96) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «La propiedad horizontal y el derecho procesal», en *RDP*, 1972, págs. 825 y sigs.

(97) Vid. también HERRERO GARCÍA: *La junta de propietarios y la función representativa...*, cit., págs. 426 y sigs.

(98) PASCUAU LIAÑO: «La protección de los disidentes en el régimen de acuerdos de la Ley de Propiedad Horizontal», en *AC*, 1987-I, págs. 1061 y 1067 y sigs.

de la Comunidad, pero, por lo tanto, de todos y cada uno de los propietarios que forman dicha Comunidad, sujeta al régimen de propiedad horizontal, en este caso, tanto de los que se manifestaron a favor del acuerdo y de los disidentes. Como se evitarían problemas en el caso de que él ejercitase tal pretensión o cuando votase en contra del acuerdo que se impugna (99) (100).

Sobre la intervención y necesidad de *postulación y defensa*, el artículo 24.2 de la Constitución declara el derecho a la defensa y asistencia de letrado para todos los españoles en todo tipo de proceso. Su actuación dependerá del proceso aplicable por razón de la cuantía. La tramitación a través del juicio de mayor cuantía hace preceptiva la intervención de abogado y procurador, como también si es procedente el juicio de menor cuantía. El artículo 10 de la LEC enumera los actos y procedimientos en los que los litigantes pueden no ir dirigidos por abogado, en el número 1.º cita los actos de conciliación y en el número 2.º se refiere a los juicios verbales y de desahucio, el número 3.º nombra los actos de jurisdicción voluntaria, y en el número 4.º los escritos que tengan por objeto personarse

(99) Vid. BARONA VILAR: *El proceso de impugnación...* cit, págs. 847 y sigs., donde se recoge el estado de la doctrina, que se muestra mayoritariamente favorable a considerar como legitimado pasivamente al presidente de la comunidad, con diversas matizaciones.

(100) Por el contrario la Sentencia del TS de 25 de noviembre de 1988 (Ar. 8712) considera que el presidente ha de ser demandado por quien acciona contra la comunidad, no todos y cada uno de los comuneros, «la citación en juicio de la comunidad de propietarios, en cuya representación compareció su presidente, hace innecesario llamar a juicio a todos y cada uno de los condueños que pudiesen resultar afectados, máxime cuando, como sucede en el presente caso, la acción ejercitada es la de impugnación de un acuerdo de una junta de propietarios .. legitimación de sus presidentes de las comunidades de condueños ... conferida por el artículo 12 de la LPH, que le otorga la representación en juicio de la comunidad, estando colocada tal actuación entre la representación orgánica y la meramente voluntaria, llevando implícita la de todos los titulares, tanto en juicio como fuera de él, actuando como órgano del ente comunitario, sustituyendo con su voluntad social común y viniendo a ser un instrumento a través del cual actúa la pluralidad de titulares». Vid. también Sentencias del TS de 28 de abril de 1966 (Ar. 2169), 16 de junio de 1973 (Ar. 2541), 3 de octubre de 1979 (Ar. 3236), 10 de junio de 1981 (Ar. 2519), 5 de marzo de 1983 (Ar. 1423), 9 de enero de 1984 (Ar. 341).

No obstante, la Dirección General de los Registros ha sentado el criterio de no anotar embargos en fincas privativas en ejecución de sentencias dictadas contra la comunidad, si los propietarios no son demandados personalmente (vid. Resoluciones de 7 y 30 de junio y 7 de julio de 1986). Vid. también la Sentencia del TS de 30 de noviembre de 1988 (Ar. 8728), en el asunto concreto que se enjuiciaba se exigía la llamada al procedimiento de todos los condóminos considerando insuficiente la demanda dirigida contra la comunidad, pues obviamente aquéllos podrían verse constreñidos en sus derechos y obligaciones; en consecuencia, se rechaza la demanda en tanto en cuanto va dirigida contra la comunidad y no contra quienes como condóminos o aspirantes a serlo han de ser convocados a juicio para ser oídos y poder ser vencidos en su caso.

en el juicio, pedir la suspensión de vistas y cualquier otra de mera tramitación. A tenor del artículo 11.1 del mismo cuerpo legal, «tanto los procuradores como los abogados podrán asistir con carácter de apoderados o con el de auxiliares de los interesados a los actos de conciliación y a los juicios a que se refiere las excepciones del número 2.º del artículo anterior, cuando las partes quieran valerse espontáneamente de ellos». En el artículo 4.º de la LEC se contiene los supuestos en los que no es preceptiva la intervención de procurador. El artículo 3 se refiere a la comparecencia en juicio de procurador con poder bastante.

Finalmente, conviene una alusión al inciso final del párrafo 1.º del número 4.º del artículo 16, referido a la *provisionalidad ejecutiva* de dicho acuerdo, «salvo que el Juez ordene la suspensión». Los acuerdos adoptados por las juntas de propietarios, dentro de su competencia y con las formalidades preceptivas serán obligatorios para todos los comuneros. La norma del artículo 16.4 de la LPH parte de acuerdos existentes, por lo que son ejecutivos, incluso aun cuando siendo contrarios a la Ley o a los estatutos fuesen impugnados, reiterando la última expresión de este primer párrafo, «salvo que el Juez ordene la suspensión».

Dicha medida cautelar, para la que no se prevé en la Ley el procedimiento a seguir, ni otras circunstancias relacionadas con su adopción, puede ser solicitada por el propietario disidente, el actor, bien en el mismo escrito de demanda, mediante «otrosí», por ejemplo, o bien con posterioridad a la demanda principal, lo que no parece factible es la petición con anterioridad a la impugnación del acuerdo, antes del ejercicio de la acción impugnatoria. Y también podría ser decretada de oficio por el Juez que conociese del caso (101), en el momento que estime conveniente, cuando ocasione graves perjuicios al impugnante o así resulte por las propias circunstancias y naturaleza del acuerdo.

La resolución que decrete la suspensión adoptará la forma de auto, y el procedimiento constará de una solicitud, comparecencia de las partes, admisión y práctica de los medios probatorios oportunos.

La decisión judicial desestimatoria implica la ejecutoriedad inmediata del acuerdo y el cumplimiento de lo acordado. «En este caso si se derivasen daños o perjuicios de la ejecución provisional de un acuerdo, que posteriormente es reputado nulo, la Comunidad de propietarios vendrá

(101) En este sentido TOMÉ PAULE: *Régimen procesal...*, cit., pág. 106, transcribe que «así se desprende de la mera interpretación legal, sin que pueda objetarse a esto la limitación que a los poderes del Juez impone el principio dispositivo, pues de una parte tal limitación es notarialmente exagerada en nuestro sistema procesal, y de otra la importancia social de esta materia aconseja conceder al juez un mínimo de facultades para que pueda, de plano cortar cualquier abuso, ilegalidad o fraude que vislumbre».

obligada a su resarcimiento. El perjudicado podrá deducir un nuevo proceso declarativo para que se le indemnice por la pérdida patrimonial que ha sufrido» (102).

La *sentencia* con la que finaliza dicho procedimiento en el que se impugna la adopción de un acuerdo contrario a la Ley o a los estatutos podría confirmar el acuerdo, alzando, en su caso, la suspensión, o dejarlo sin efecto, o modificarlo en parte con arreglo a las circunstancias que exija dicha institución. Dicha *sentencia* será inscrita en el libro de actas de la comunidad. Estando sobre la condena en costas a lo que preceptúen las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aparte de este proceso cuya concreta finalidad se centra en la rectificación de un acuerdo o una decisión comunitaria contraria a la Ley o a los estatutos, se apunta la *posibilidad de obtener el mismo resultado por decisión voluntaria de todos los propietarios*.

Si en virtud del artículo 13.5 de la LPH corresponde a la junta de propietarios «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común», el tratamiento de este tema, y, por tanto, la anulación de un acuerdo contrario a la Ley o a los estatutos adoptado precedentemente podría considerarse incluido en la letra y en el espíritu de dicho precepto, respondiendo al deseo del legislador lograr «un orden de convivencia presidido por la idea de justicia» (como se declara en la Exposición de Motivos). Y, para ello, bastaría, como dice TOMÉ PAULE (103), con que la junta o asamblea de propietarios se reúna en la forma preceptuada en el artículo 15 LPH, dejando constancia de la misma en el libro de actas. Entendiendo que para este logro es suficiente el *quorum* de la mayoría, no sólo porque no esté comprendido entre los que requieren unanimidad, quedando incluido en la letra del número 2.º del artículo 16 («para la validez de los demás acuerdos...»), como en orden a conceder más facilidades para evitar la eficacia y cumplimiento de un acuerdo ilegal o antiestatutario.

En relación a la posibilidad de resolverse mediante un juicio de árbitros que distraiga estas impugnaciones de acuerdos ilícitos a la jurisdicción estatal habría que comprobar, en general, el engarce de tal institución dentro de las exigencias de la Ley de Arbitraje y la concurrencia de los presupuestos básicos para que pueda ser aplicada dicha Ley.

En cuanto al presupuesto subjetivo, el artículo 1 de la LA hace referencia expresa a las «personas naturales» o «jurídicas», omite una alusión literal a grupos o entidades sin personalidad, pero esto no supone ni siquiera *prima facie* una definitiva exclusión, cuando la mayoría de

(102) Vid MUÑOZ GONZÁLEZ: *La protección judicial ...*, cit., pág. 157

(103) TOMÉ PAULE: *Régimen procesal...*, cit., págs. 98 y 99.

autores que se han ocupado o interesado por el contenido de esta Ley han coincidido en manifestar las numerosas lagunas, antinomias que padece la misma, así como se ha resaltado la inexactitud de algunos preceptos y en ciertos aspectos una regresión en relación a la Ley de 1953 (104).

El presupuesto objetivo está integrado por una cuestión litigiosa, mediante el arbitraje —declara el art. 1 de la LA de 5 de diciembre de 1988— pueden someterse las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de libre disposición conforme a derecho. Y el artículo 2.º enuncia las materias que no podrán ser objeto de arbitraje, en cuyo elenco no aparecen citadas las cuestiones litigiosas que afectan al desarrollo de la propiedad horizontal. «Pero ello no significa sin más —declara LORCA NAVARRETE— que ese tipo de cuestiones son por tal razón objeto de arbitraje al no hallarse *nominatim* en el artículo 2 de la LA. Sería erróneo pensar que contiene una enumeración taxativa a modo de *numerus clausus*. Es, eso sí, preceptiva en el sentido de que lo indicado no puede ser objeto de arbitraje. No cabe duda de que pueden existir materias o cuestiones litigiosas que, a pesar de no hallarse indicadas expresamente en el artículo 2 LA, no son objeto de arbitraje (por no ser de libre disposición conforme a Derecho)» (105). La concreción de cuáles son las normas de derecho absoluto en la Ley de Propiedad Horizontal no siempre es de fácil precisión, y menos clarificar si los asuntos litigiosos dimanados de las relaciones jurídicas y económicas en la propiedad horizontal pueden solucionarse por árbitros, pero digamos por el momento que el carácter imperativo o de derecho necesario late en la propia Exposición de Motivos y se desarrolla con posterioridad en su articulado.

Luego, el presupuesto formal viene configurado por el convenio previo, carente de los requisitos formales del anterior contrato de compromiso. Adoptado por la junta de propietarios en virtud del artículo 13.5 de la LPH («conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad...»). Dicho convenio arbitral podría estar ubicado en el título constitutivo o en los estatutos, pues como se reconoce en la Ex-

(104) Además «la carencia de personalidad jurídica de las comunidades sometidas a la normativa de la LPH no implica la falta de capacidad para ser parte de un proceso», dice MUÑOZ GONZÁLEZ: «Posibilidad del arbitraje en la propiedad horizontal», en *El arbitraje en la propiedad horizontal*, San Sebastián, 1992, pág. 35.

(105) LORCA NAVARRETE: «Propiedad horizontal y libre disposición (a propósito del arbitraje)», en *El arbitraje en la propiedad horizontal*, San Sebastián, 1992, págs. 11 y 12.

posición de Motivos de la propia Ley «... se admite que por obra de la voluntad se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes» (106).

Pensando, en concreto, en el caso que nos ocupa, las normas que regulan los acuerdos que puede adoptar la junta de propietarios tienen carácter de *ius cogens*, y específicamente el artículo 16.4 LPH con literalidad preceptúa que «*Los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos serán impugnables* (por cualquiera de los propietarios disidentes) *ante la autoridad judicial...*». La imperatividad de sus términos indica que la legitimación activa debe necesariamente utilizar la jurisdicción estatal, a lo que se añade la obligatoriedad de ejercitar tal pretensión en un plazo determinado, como lo relativo a la provisionalidad ejecutiva del acuerdo impugnado.

La consideración de la jurisdicción estatal para el conocimiento de la impugnación de acuerdos ilícitos en detrimento de la vía del arbitraje, no contradice ni es incompatible con la defensa de la voluntad de los condóminos como soberana para la anulación de sus propias decisiones, pues nada impide que se vuelva a convocar una nueva junta y que los propietarios tomen una decisión contraria a una anteriormente adoptada, con el objeto de rectificar y respetar lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal o en los estatutos, pero no se ve con la misma claridad y seguridad que tal impugnación sea resuelta por la vía del arbitraje, sobre todo ante los términos categóricos que utiliza el precepto, afirmando el recurso a la autoridad judicial. Además, si se admite la vía comparativa entre los acuerdos comunitarios y los acuerdos sociales, como se cita, el Tribunal Supremo en materia de Sociedades Anónimas declara la invalidez de la cláusula compromisoria en materia de impugnación de acuerdos sociales, dado el carácter social y de interés público que parece regir en esta normativa (107).

Ahora bien, otra cosa es la utilidad que reportase solucionar mediante árbitros las cuestiones y controversias que se susciten en relación a la propiedad horizontal (108). Defendible, quizá, esta vía para ciertos conflictos surgidos de dichas relaciones (109), pero no creo que para

(106) Sobre esta cuestión, vid. estos dos últimos autores citados, en las correspondientes obras, en las págs. 22 y 37, respectivamente.

(107) En el mismo sentido, vid. FUENTES LOJO: *Suma...*, t. I, cit., pág. 963; MONTES REYES: «Aplicación del arbitraje de Derecho privado a las cuestiones de propiedad horizontal», en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1972; págs. 930 y sigs., en especial págs. 951 y sigs., aunque se refiere a la LA de 1953.

(108) Destacadas por MUÑOZ GONZÁLEZ: *Posibilidad del arbitraje...*, cit., pág. 34.

(109) En general, también, sobre el arbitraje y la propiedad horizontal, vid. ASENSIO MELLADO: «Propiedad horizontal y arbitraje. Especial referencia al borrador de antepro-

este supuesto concreto que contempla el artículo 16.4 LPH, y si así fuese sólo procedería el arbitraje de Derecho, no de equidad, en cuanto que ha de dilucidarse sobre la legalidad o ilegalidad del acuerdo adoptado por la Comunidad de propietarios, si el acuerdo contradice una norma o no de la Ley de Propiedad Horizontal o conculca una regla estatutaria (110).

ESTHER MUÑIZ ESPADA
Doctora en Derecho
Profesora ayudante de Derecho civil
Universidad de Valladolid

yecto de ley de conjuntos inmobiliarios», en *El arbitraje en la propiedad horizontal*, San Sebastián, 1992, págs. 49 y sigs.

(110) Vid. CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, 2.ª ed., 1992, pág. 175, «la cuestión es susceptible de un doble enfoque —se manifiesta—. De una parte, la determinación de si un acuerdo es o no contrario a la Ley o a los estatutos, es decir, la subsunción del hecho dentro de la parte fáctica de la norma a la que se va a aplicar la consecuencia jurídica es decididamente comprometible. Y, por otra parte, admitido que el acuerdo sea contrario a la Ley o a los estatutos () cabe el arbitraje de Derecho, aunque es más problemático que pueda utilizarse el de equidad, ya que el árbitro debe decidir de acuerdo a un planteamiento netamente jurídico, y no cabe aquí el juicio moral de «leal saber y entender», porque lo que se ventila es una controversia inequívocamente legal que no admite solución fuera de estrictos márgenes de Derecho».

El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán

SUMARIO: 1. PREVIO: CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION: 1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 1.2. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. 2. LAS HIPOTESIS DE RETENCION CONTEMPLADAS EN LA COMPILACION. LA PROMULGACION DE LA LEY 22/1991, DE 29 DE NOVIEMBRE, SOBRE GARANTIAS POSESORIAS DE COSA MUEBLE. 3. PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETENCION. 4. LA EFICACIA DEL DERECHO DE RETENCION. 5. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE RETENCION.

1. PREVIO: CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION

1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La posibilidad de rehusar la entrega del bien por parte del deudor de restitución, con motivo de las impensas realizadas en la cosa o con base en los daños producidos por su tenencia, se configuró en el derecho romano prejustiniano como un equivalente de la acción. Esto es, la retención constituía el único mecanismo (judicial) al alcance del deudor con el que poder exigir el resarcimiento de los daños o gastos conexos a la cosa. De ahí que, en ese contexto, la retención presentase una notable diferencia con la situación actual, por cuanto operaba como medio legítimo y judicial de obtención del resarcimiento. Por consiguiente, no podía ser considerada todavía una garantía del crédito, sino solamente un equivalente de la acción (1).

(1) Con el advenimiento del proceso formulario, se abre una vía por la que va a discurrir la retención: las excepciones. De ese modo, embebida en la *exceptio doli*, la retención se introducirá como medida de equidad. No obstante, hay que advertir que la citada excepción no es el único medio judicial por el cual se instrumenta la posibilidad

Con el derecho justiniano, la *exceptio doli* se generaliza como mecanismo a través del cual se expresa la situación del deudor de restitución que ha llevado a cabo gastos en la cosa o ha sufrido daños con ocasión de su tenencia (2). Sin embargo, en muchos de los supuestos de retención comienza a aparecer una acción para tutelar ese derecho de crédito. De esa forma, conviven dos retenciones diferenciadas en cuanto a su fundamento y finalidad. La primera proviene del derecho prejustiniano y ubica su fundamento en la equidad, al radicar su función en permitir el ejercicio de un derecho de crédito, desprovisto de acción. La segunda, en la que la retención deja de ser el único mecanismo de defensa para convertirse en una garantía accesoria del crédito, la de encerrar este último en su contenido una acción. En ese sentido, el fundamento de la retención se desplaza de la equidad a la protección del equilibrio patrimonial. Por consiguiente, se independiza ejercicio del crédito y posesión de la cosa.

Por lo que se refiere a los supuestos en que la retención operó en Derecho romano, más que efectuar aquí un elenco de casos e hipótesis que abarcan tanto el derecho sucesorio y familiar, como el patrimonial (3), es más adecuado examinar cuáles fueron los requisitos exigidos para posibilitar la retención. Tras el análisis de los pasajes romanos, se constata que, en todo caso, se precisa la concurrencia de dos notas: una, la realización de unas impensas en la cosa o bien la causación de daños con motivo de su posesión (4), y dos, la exigencia, más o menos intensa, de un vínculo o conexión entre los gastos y los daños que originan el derecho de crédito y la cosa ajena que se posee (5).

A lo largo de la Baja Edad Media se generaliza la acción para el ejercicio del crédito en aquellas situaciones en las que el derecho romano había admitido la retención. Por ello, la retención dejó de ser conceptuada como una medida de reclamación del crédito para comenzar a considerarse como una garantía de éste. Ello va a permitir comprender por qué la expresión *retentio* es sustituida por la de *ius retentionis*.

de retener y, en consecuencia, ha de rechazarse, por errónea, la afirmación que limita a la *exceptio doli* el cauce del ejercicio de la retención.

(2) Excepción de dolo que, en derecho justiniano, posee una eficacia real. Este carácter va a permitir a JULIANO resaltar la mayor utilidad de la retención que de la acción contraria: «*si impensas in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere.*» (D.47,2,60).

(3) El elenco puede verse en E. NARDI (Voz «Ritenzione») (Diritto Romano) en *Enciclopedia del Diritto*, XL, Varese, 1989, págs. 1368 y 1369

(4) La doctrina romanista se ha ocupado de demostrar cómo las primeras hipótesis de retención se refieren a los daños causados en la cosa que se posee y que debe entregarse o restituirse (E. NARDI: «Profilo evolutivo della ritenzione romana», en *Rivista di Diritto Civile*, Anno III, 1957, Parte Prima, pág. 747).

(5) J. VIÑAS MEY: «Más sobre el derecho de retención», en *RDP*, 1923, pág. 4.

Son dos las notas definitorias que van a marcar la retención en esta época. La primera consiste en la confusión que media entre la retención y la compensación. Reflejo de ese erróneo proceder lo demuestra la exigencia de ciertos requisitos extraños a la retención, pero propios de la compensación: «*Retentio ut habeat locum, creditum debet esse liquidum*». Asimismo, en los textos hispanos, fundamentalmente en Fuero Real y en Partidas, se aprecia la existencia de una retención *como en razón de prenda o por razón de prenda*, que no se acierta a deslindar de la compensación como modo de extinción. La segunda consiste en el abandono de la impronta episódica del *ius retentionis* y su conceptualización como mecanismo de alcance general.

Estas dos notas definitorias de la retención se mantendrán a lo largo de la Edad moderna. No obstante, para comprender la suerte de la retención en la codificación liberal, es oportuno referirse al derecho francés del antiguo régimen.

En el derecho consuetudinario francés y en los Estatutos de algunas de sus ciudades se admitía con gran amplitud el derecho de retención. Esa proliferación de la retención originó una actuación por parte del poder real para, por una parte, evitar abusos (6) y, por otra, facilitar el tráfico de los bienes (7).

Tras el Código Civil (y el mercantil) francés, el derecho de retención aparece esporádicamente, sin que exista en los citados códigos ningún precepto que, a modo de norma general, regule los presupuestos, exigencias, caracteres o eficacia de la citada garantía. Ese rechazo por parte del Code a la retención se explica no sólo por los abusos que podía ocasionar el derecho de retención, sino además porque obstaculizaba uno de los derechos más queridos en la codificación liberal: el derecho de propiedad. Por tanto, el derecho de retención fue mirado con recelo y contemplado únicamente al paso de las liquidaciones de ciertos estados posesorios (8).

(6) La descripción de los abusos que podía ocasionar el derecho de retención puede verse en C. A. PRET (*Le droit de rétention dans les législations anciennes et modernes française et étrangères*, París, s.f., pág. 185).

(7) Confróntese en ese sentido el artículo 44 de la Ordenanza de Montils-les-Tours, acerca de la reforma de la justicia, promulgada por Carlos VII en 1453, el artículo 97 de la Ordenanza de Villers-Cotterets, promulgada por Francisco I en 1539, el artículo 52 de la Ordenanza de Moulins y el artículo 9 del Título VII de la Ordenanza de 1667, promulgada por Luis XIV.

(8) De ahí que se haya podido afirmar que, tras la codificación, «*toute la théorie du droit de rétention est à faire*» (DUBOIS: «Du droit de rétention», en *Rev. prat. de Droit français*, XIII, 1862, 1, pág. 52). De hecho, el Code únicamente contempla un verdadero derecho de retención en los artículos 545, 570, 867, 1.885 y 1.948.

1.2. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

La misma evolución que en el Derecho francés se mantuvo en el derecho civil español hasta el Proyecto isabelino. En ese orden de ideas, el Proyecto de 1836 instauró un derecho de retención excepcional (9). El cisma a esa evolución lo constituye la disciplina que el Proyecto de 1851 atribuye a la retención. En éste el derecho de retención deja de regularse esporádicamente y de forma deslabazada, al disciplinarse una norma, de carácter general, tendente a establecer los presupuestos de hecho de la retención en las liquidaciones de los estados posesorios (art. 432). Por otra parte, al margen de esa norma general acerca de la retención, el Proyecto diseña otra especie de retención que denomina «retención en prenda» y que se caracteriza por recaer sobre bienes muebles y surgir en virtud de créditos que presentan una conexión jurídica con el bien poseído (cfr. arts. 1.541, 1.620 y 1.685).

Este régimen dispuesto para la retención, pergeñado por el Proyecto de 1851 y debido a la pluma de GARCÍA GOYENA, que diferencia entre el derecho de retener en prenda y el simple derecho de retención, va a perpetuarse hasta nuestro actual Código Civil, con el solo añadido de la *retención* contemplada en los vigentes artículos 502 y 522, introducidos por el Anteproyecto de 1888 (cfr. arts. 504 y 523).

El Código Civil de 1889 sigue los postulados del Proyecto isabelino y, en consecuencia, admite en su articulado dos distintas formas de la citada garantía. El análisis del Código permite aseverar que en su seno coexisten diversas retenciones (10), todas con un claro carácter garantístico, pero con una diferente intensidad en cuanto a la protección y prerrogativas concedidas al retentor.

El artículo 453 del Código consagra un derecho de retención en garantía de los créditos que surgen para el poseedor vencido, como consecuencia de la liquidación de un estado posesorio. Los presupuestos necesarios para que nazca ese derecho de retención consisten, en primer lugar, en la realización de gastos necesarios y/o útiles en el bien poseído por parte del poseedor vencido. El empleo de la diferenciación entre gastos necesarios, útiles o de puro lujo o recreo (cfr. arts. 453 a 455, 1.063, 1.518 y 1.893 CC) frente a la de gastos ordinarios o extraordinarios (cfr. arts. 500, 501, 502, 527, 1.743, 1.746 y 1.751 CC) no responde al albur legislativo, sino que

(9) Pueden examinarse en el sentido propuesto los artículos 1.126, 1.390, 1.362 y 1.705 a 1.707 del Proyecto. No obstante, en los tres últimos preceptos citados, más que un genuino derecho de retención, lo que el Proyecto contempla es la facultad de retener la cosa por parte del acreedor pignoraticio hasta el pago de la deuda

(10) En ese sentido, consúltense las afirmaciones vertidas en los Considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941.

tiene una clara razón de ser. La diferenciación entre gastos ordinarios y extraordinarios presupone que el propietario o titular de un derecho real ha concedido el uso al poseedor. Por ello, los gastos ordinarios no son reembolsables, por cuanto constituyen la contrapartida de ese uso. En cambio, la distinción entre gastos necesarios, útiles y de lujo o recreo, como acontece en el supuesto del derecho de retención, es utilizada por el legislador, precisamente, cuando entre el poseedor vencido que ha realizado esos gastos y el vencedor en la posesión no media ninguna relación jurídica (11).

En segundo lugar se exige la concurrencia en la situación posesoria de la buena fe. Así pues, a diferencia de su antecedente de 1851 (art. 432) el derecho de retención se alinea como una de las ventajas de que goza el poseedor de buena fe (cfr. art. 451, respecto de la adquisición de los frutos, art. 453, en relación al abono del aumento de valor de la cosa o el pago de los gastos útiles, arts. 1.940, 1.955 y 1.957, acerca del régimen de prescripción adquisitiva, y el art. 464, por cuanto se refiere al régimen de legitimación). Por consiguiente, es obligada la referencia a la buena fe tal y como la contempla el artículo 433 del Código. En nuestra opinión, la ignorancia de los vicios, modalizada con la necesaria ética en el actuar, ha de venir referida a la posesión en cuanto fenómeno posesorio (cfr. art. 438 CC) (12).

Por último, es preciso que, junto a esa existencia de un crédito vencido y exigible y al mantenimiento de la posesión de buena fe de un bien ajeno, no fungible y corporal, medie una conexión entre el crédito del cual el poseedor es titular y la cosa que mantiene en su poder. De las dos formas posibles de conexión: material, que opera al margen de toda relación entre el titular del crédito y el vencedor en la posesión y vincula un bien con un derecho de crédito, con ocasión de los gastos efectuados en la cosa o por los daños causados por ésta, o jurídica, que vincula el bien y el derecho de

(11) P. DEL POZO CARRASCOSA: *El derecho de retener en prenda del depositario*, Barcelona, 1989, págs. 57 a 61

(12) Sin embargo, el Tribunal Supremo ha restringido el ámbito de aplicación del artículo 453, al ceñir la expresión «título o modo de adquirir» a la adquisición de los derechos reales y exigir, para retener, la posesión con título (confróntense, entre otras, las Sentencias de 4 de diciembre de 1933, 17 de mayo de 1948, 7 de octubre de 1949, 9 de julio de 1984, 11 de junio de 1985 y 17 de julio de 1985).

A mi entender, la delimitación del ámbito de aplicación de la garantía retentoria prevista en el artículo 453 exige la compenetración entre el presupuesto objetivo y el subjetivo. De ese modo, al prever el artículo 453 una sucesión en la posesión y una liquidación posesoria donde el poseedor vencido no tiene concedido el uso por el propietario de la cosa o poseedor legítimo (de ahí la tripartición entre gastos necesarios, útiles y voluntarios), no se aplica a las hipótesis de arrendamiento, uso y habitación, usufructo, enfiteusis o precario. Afirmación que se ve corroborada por los preceptos que contemplan esas situaciones posesorias (cfr. arts 487, 528, 1.573, 1.652 y 1.656.8 CC y arts. 1.604 y 1.605 LEC).

crédito debido a que la posesión del primero y la titularidad del segundo derivan de una misma relación jurídica, es claro que el 453 opta por la primera.

Junto al artículo 453, que previene la garantía retentoria en la liquidación de estados posesorios en los que falta toda relación jurídica entre el poseedor vencido y el vencedor en la posesión, el Código emplea en los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 la expresión «retener en prenda». El citado giro lingüístico ha generado opiniones diversas acerca de su alcance.

No obstante, no ser el objeto del presente estudio el análisis del derecho de retención en el Código Civil, considero conveniente establecer algunas reflexiones al respecto. Si bien es cierto que tanto en las fuentes romanas como en Las Partidas se utiliza una expresión similar (D.47,2,15,2 *quasi pignoris loco ea res fuit et por razón de prenda* en P.5,2,9 y P.5,3,5 y 10), con ello únicamente se persigue obtener una finalidad explicativa o didáctica, esto es, dar a entender que el acreedor por los créditos conexos a la cosa puede retener ésta como si se tratase de la facultad de retención que el derecho de prenda confiere al acreedor pignoraticio. En cambio, el Código Civil de 1889 acoge el citado giro lingüístico en tres artículos (cfr. arts. 1.600, 1.730 y 1.780), a la vez que con ello se desembaraza de los ordenamientos coetáneos en los que solamente se emplea la expresión «retener» o «retención», y sigue, de esa forma, los dictados del Proyecto de 1851 y, fundamentalmente, la concepción de la retención de su principal autor.

A la vista de todo ello, se trata de averiguar qué entiende el legislador por «retener en prenda». Para la resolución de la citada cuestión, la interpretación histórica, junto a otros cánones hermenéuticos, tiene una acusada trascendencia, precisamente, por dos motivos. En primer lugar, porque el texto legal en vigor tuvo que seguir, como así lo hizo en los actuales artículos 1.600, 1.730 y 1.780, al Proyecto de 1851, puesto que tal era el mandato encerrado en la Base primera de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. En segundo lugar, porque gozamos de unas Concordancias, motivos y comentarios al propio Proyecto llevadas a cabo por su principal autor, con lo que éste nos desvela el por qué y la relación que esos preceptos están llamados a desempeñar en cuanto constituyen garantías para ciertos créditos (13).

El paso previo a la exposición de nuestra opinión sobre este delicado problema, exige el análisis de las opiniones doctrinales y de las sentencias del Tribunal Supremo.

La doctrina ha apuntado diversas respuestas, las cuales pueden sintetizarse en tres. La primera posición entiende que la expresión «retener en prenda» no constituye más que un vulgarismo o una incorrección del legis-

(13) Acerca de ello, véase P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 118 a 126.

lador, o bien una vez más una imprecisión terminológica atribuible al Código Civil de 1889, puesto que en los preceptos en que se emplea dicho giro (cfr. arts. 1.600, 1.730 y 1.780) no se consagra más que un puro derecho de retención (14). La segunda opinión doctrinal reconduce la expresión «retener en prenda» al hecho de que con ella se quiere atribuir al retentor únicamente una de las facultades de todas aquellas que integran el derecho de prenda: la retención, el efecto anticrético y el *ius distrahendi* (15). Por último, existe una tercera tesis que sostiene que el Código

(14) Se incardina en esta postura la inmensa mayoría de la doctrina. Entre otros, y sin pretensión de exhaustividad, pueden traerse a colación los nombres de A. LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 121 «... dichas palabras no son más que una defectuosa expresión (un vulgarismo) de nuestro Código, con intención de recalcar la idea base de retener». R. DE ANGEL YAGUEZ: «Los créditos derivados del contrato de obra», en *Su protección legal en la legislación civil*, Madrid, 1969, pág. 126. «Esto nos afirma en la idea de que en esas palabras “en prenda” no hay más que una defectuosa expresión (un vulgarismo) de nuestro Código, con intención de recalcar la idea base de “retener”» y en «El derecho de retención del mandatario. ¿Un derecho de prenda?», en *AC*, 1988, págs. 158 y sigs. Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, XXIV, Madrid, 1915, comentario al art. 1.600, págs. 163 y sigs. J. GÓMEZ CALERO: «El derecho de “retener en prenda” del artículo 1.600 del Código Civil y su problemática respecto de los vehículos de motor», en *RDP*, 1966, pág. 1075. A. GORDILLO CAÑAS: *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, comentario al art. 1.730, pág. 1576 «la equivocidad de la expresión utilizada por la ley no ha sido obstáculo a la unánime calificación doctrinal de la figura: no se consagrada en ella un derecho real de prenda, sino un simple derecho de retención». L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS: «Sistema de Derecho Civil», II, Madrid, 1985, pág. 507. J. L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho Civil II*, vol. III, Barcelona, 1986, pág. 339. J. R. LEÓN ALONSO. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, págs. 446 y 447, «La misma expresión usada en el texto legal, que a tan partidarias consideraciones ha conducido con frecuencia a doctrina y jurisprudencia, no puede ser entendida más allá de lo que es una errónea transcripción de la superior idea que, probablemente, latiera en la mente del legislador».

(15) F. BADOSA COLL: *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, comentario al art. 1.780, págs. 1.690 y 1.691, «Prescindiendo de la interpretación literal, la frase “retener en prenda” puede entenderse como una frase hecha en que “prenda” se utiliza en sentido vulgar. Es más, aún si se admite que “prenda” se utiliza en sentido jurídico como derecho real de garantía, la frase es susceptible de una interpretación que no hace necesario aceptar el *ius distrahendi*; basta tener en cuenta que la “retención” es una noción que también se presenta como derecho real de garantía. En efecto, ésta tiene una triple eficacia: la “retención” de la cosa hasta que no se cumpla la obligación garantizada (arts. 1.863, 1.866 y 1.871), el efecto anticrético (art. 1.868) y finalmente la facultad de promover la enajenación de la cosa (art. 1.872). Pues bien, la “retención en prenda” del art. 1.780 (y de los arts. 1.600 y 1.730) puede entenderse como que el depositario tendrá la “misma retención que tiene el acreedor pignoraticio”, es decir, la primera de sus tres facultades; la alusión a la “prenda” se justificaría así en que ésta es el paradigma de la garantía mobiliaria, sin necesidad de extenderla a su naturaleza real y dispositiva. Esta interpretación que lleva la retención a sólo el primero de los efectos del derecho real de prenda, se justifica en que ambas tienen en común la posesión inmediata de la cosa por parte del acreedor y supone que la garantía se limita a esta

configura en los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 verdaderos derechos de prenda que encuentran su diferencia con la prenda convencional, precisamente, en su origen, esto es, en el hecho de que es la ley quien otorga al deudor de la entrega la posibilidad de constituir unilateralmente un derecho de prenda (16).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha caracterizado desde antiguo por entender la frase «retener en prenda» en su sentido literal. Por ello ha deducido, en primer lugar, que la retención en prenda únicamente es aplicable a los bienes muebles (SSTS de 29 de diciembre de 1903, de 20 de diciembre de 1915 y de 16 de junio de 1970) y, en segundo lugar, que lo que dichos preceptos acogen (17) es una garantía legal pignoratícia (SSTS de 16 de junio de 1970 y de 7 de julio de 1987).

Aunque, como se acaba de ver, la doctrina mayoritaria se inclina por estimar que en los preceptos citados existe simplemente un derecho de retención, en mi opinión, ello no es así. Considero que el Código Civil, junto al derecho de retención previsto en el artículo 453, contempla en ciertas relaciones contractuales que originan la posesión de un bien mueble una garantía legal pignoratícia, cuyo nacimiento y utilización se somete a la voluntad de aquél a quien la ley, en atención a su situación jurídica, ha deseado otorgar dicha garantía por si tiene a bien utilizarla.

Los argumentos o motivos que conducen a esta interpretación no son

posesión sin extenderse sobre la cosa ya sea en sus frutos (efecto anticrético) y menos en ella misma (*ius distrahendi*)).

1. MIRALLES GONZÁLEZ. «Ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, 2, pág. 713, nota 4.

(16) J. M. MANRESA Y NAVARRO. *Comentarios al Código Civil Español*, IV, Madrid, 1985, págs. 282 y ss. Sin embargo, este autor opina que en todos los supuestos de retención que prevé el Código (arts. 453, 502, 522, 1.600, 1.730, 1.780, 1.866 y 1.886) si el objeto de esta lo constituye un bien mueble se trata de un derecho legal de prenda, mientras que si es un inmueble de un derecho de anticresis. J. SANTOS BRIZ. «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», en *RDP*, LVI, 1972, pág. 406 y *Derecho Civil*, IV, Madrid, 1975, pág. 450. No obstante, la afirmación de este autor en la primera de sus obras citadas (pág. 406, nota 52) que la configuración de la retención como derecho pignoratício es el criterio doctrinal predominante, dista, como hemos visto, de ser cierta. J. CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1961, págs. 459 y sigs. J. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1956, II, vol. II, pág. 394. Estos dos últimos autores abandonaron su posicionamiento y pasaron en ediciones sucesivas de sus obras a mantener que en los artículos examinados tan sólo se encierra un derecho de retención. F. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, III, págs. 847 y sigs. B. PÉREZ GONZÁLEZ, y J. ALGUER en sus anotaciones al *Derecho de Obligaciones* de L. ENNECERUS, Barcelona, 1935, t. II, vol. II, págs. 291 y sigs.

(17) Aunque las afirmaciones del TS se limitan al art. 1.730 para el contrato de mandato, no vemos ningún obstáculo para extenderlas asimismo al 1.600 y 1.780, puesto que el tenor literal («retener en prenda») es idéntico en todos ellos

otros que los que se desprenden del empleo y conjunción de los criterios interpretativos, que para averiguar el sentido de los preceptos, y tras la reforma del Título Preliminar, encuentran cabida en el actual artículo 3 del citado texto legal.

En primer lugar, es preciso examinar el argumento literal. En contra de él se ha argüido que no es posible configurar un derecho legal de prenda sólo por la utilización de la frase «retener en prenda», máxime si se tienen en consideración las múltiples imprecisiones terminológicas de que hace gala nuestro decimonónico Código Civil. Ante ello es necesario replicar y advertir, en primer término, que resulta en extremo casualidad que el legislador cometa una misma imprecisión en tres preceptos diferentes que regulan precisamente el derecho de retención originado en una conexión jurídica. En segundo término, que no se sustenta la admisión de la prenda legal solamente en el criterio literal, sino que al deberse la introducción de este giro en el Código a la obra de GARCÍA GOYENA, la interpretación histórica permite aseverar que la utilización de la citada expresión es de todo punto consciente, puesto que así lo demuestra, como en seguida tendremos ocasión de comprobar, el propio autor del Proyecto en sus concordancias, motivos y comentarios a éste. En ese sentido, el legislador de 1889 no hace más que mantener una expresión introducida en 1851, cumpliendo así con el mandato legal de la Base primera de la Ley de Bases de 1888, y dar carta de naturaleza en nuestro derecho al derecho de retención como derecho pignoraticio legal (18).

En segundo lugar, y de enorme trascendencia, resulta ser la interpretación histórica. El precedente inmediato de los actuales artículos 1.600, 1.730 y 1.780 del vigente texto legal no es otro que el Proyecto isabelino (cfr. arts. 1.541, 1.620 y 1.685). La virtualidad de éste radica en avanzarse a su tiempo; es decir, consciente de la previsión esporádica y deslabazada de un derecho de retención en el Code, lleva a cabo un intento de sistematización de la retención como garantía. Así establece un artículo en sede de posesión (art. 432), que regula la retención como garantía del poseedor vencido en la liquidación de los estados posesorios, y, junto a éste, una garantía legal pignoraticia que se atribuye a una de las partes de ciertas relaciones jurídicas (contrato de obra, mandato y depósito). El estudio de los comentarios de GARCÍA GOYENA a los tres artículos del Proyecto de 1851 evidencia esa realidad.

El primer comentario que el autor de las Concordancias efectúa al primero de los preceptos en que aparece el giro «retener en prenda» podría

(18) Recuérdese que en pro de la interpretación literal de la expresión «retener en prenda» se ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo. Cfr. las sentencias aducidas en el epígrafe anterior.

calificarse, a simple vista, de desconsolador para la tesis que sostenemos, o lo que es lo mismo, un fuerte argumento en contra de ella. En particular, la glosa de GARCÍA GOYENA al artículo 1.541 («El que ha ejecutado una obra sobre cosa mueble tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague»), sólo establece: «Ve el 432 y el número 1 del 1926» (19). De ahí que se haya entendido que en el 1.541, antecedente del 1.600, la expresión «retener en prenda» se evidencia como imprecisa, pues la remisión al 432 (actual art. 453) y al 1.926.1 (actual art. 1.922.1 que otorga un privilegio para los créditos de construcción, reparación y conservación o precio de venta de bienes muebles) demuestra que se trata solamente de un derecho de retención (20).

En cambio, opino que la glosa de GARCÍA GOYENA al 1.541 tiene un sentido diverso del que se le pretende atribuir. A mi entender, los comentarios al 1.541 se comprenden una vez estudiadas las glosas del autor de las concordancias a los artículos relativos a la retención en prenda en el mandato y en el depósito. O sea, que es necesario comenzar por el final y examinar en primer lugar la glosa destinada a la retención en el depósito, luego la del mandato y, por último, el sucinto comentario de GARCÍA GOYENA al 1.541. Si esto se hace así, se constata como la breve glosa del 1.541 no quiere significar que el ejecutante de una obra en cosa mueble tenga exclusivamente un derecho de retención y que su crédito venga adornado de un privilegio, sino que lo que se desea advertir es que se compare la retención en prenda (entendida en el sentido en que lo hace GARCÍA GOYENA en los comentarios al mandato y depósito), en cuanto derecho legal pignoraticio, con la simple retención. Por ello: «Ve el 432 y el número 1 de 1.926».

Los comentarios al artículo 1.620 («El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato, hasta que el mandante cumpla con la indemnización de que tratan los dos artículos anteriores») ponen de manifiesto cómo el mismo derecho de retención que se concede al mandatario es el atribuido al depositario, por lo que se hace preciso, en aras de avanzar en nuestro análisis, el examen de la glosa al 1.685 (21).

Pero es en las palabras de GOYENA destina a la exégesis del artículo 1.685 donde, con meridiana claridad, se constata la naturaleza jurídica que el autor atribuye al derecho de retención allí contemplado: «El depósito es, naturalmente, y sin necesidad de pacto especial, la prenda de los créditos que él mismo ocasiona. *Quasi pignoris loco ea res fuit*, dice la ley 15,

(19) F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias ...*, III, Madrid, 1852, pág. 489.

(20) R. DE ANGEL YÁGUEZ: *Los créditos ...*, págs. 125, 130 y 131.

(21) F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias ...*, IV, Madrid, 1852, pág. 49. «Por lo demás, habiendo tan grande analogía entre los dos contratos, no puede negarse en uno lo que se concede en otro».

párrafo 2, título 2, libro 4 del Digesto, tratando de las impensas necesarias hechas en la cosa dada en comodato.

Las impensas necesarias merecen ya por su misma naturaleza una especial protección, y la tienen en todos los casos por el artículo 432; pero la merecen mayor en el depósito, contrato gratuito por parte del depositario, y beneficioso tan sólo al deponente» (22).

Por consiguiente, tres poderosos argumentos se alinean para la configuración de la retención como prenda legal, desde este análisis histórico. El primero es que el propio GARCÍA GOYENA configura el depósito, e igual debemos hacer para el mandato y el contrato de obra, como la prenda de los créditos que de la relación jurídica surgen (23). El segundo, porque GARCÍA GOYENA contrasta la protección que se dispensa al poseedor en la liquidación de los estados posesorios con la que se confiere al retentor en prenda, para concluir que la protección es mayor en este último caso. El tercero porque el autor de las Concordancias afirma: «Si el depositario ha entregado la cosa sin hacerse pagar, no conservará ya derecho alguno o privilegio sobre ella; pero sí su acción personal contra el deponente según el art. 1.926» (24). Este aserto se justifica plenamente desde el encuadramiento de la retención como prenda legal. En ese sentido, perdida la posesión se pierde el derecho de prenda y, por ende, la preferencia que el derecho real lleva aneja (25). Se trata, por tanto, de la preferencia de todo derecho de prenda, esto es, la del 1.926.2. En cambio, sí conserva el crédito garantizado con la prenda, pese a la pérdida de la posesión de la cosa (el 1.926.1 exige solamente que se mantenga en el dominio del deudor, sin requerir la posesión por parte del acreedor), éste puede llevar aparejado un privilegio *ex art.* 1.926 (26).

(22) P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 116 y sigs. Ha advertido este autor, quien sostiene la naturaleza de prenda para la retención en sede de depósito, como las palabras de GARCÍA GOYENA responden a las promovidas por Real ante el Consejo de Estado francés («... car il est naturellement et sans le secours d'aucune stipulation, le gage des créances dont il est la causa»), que el eminente jurista castellano altera conscientemente en el sentido de traducir la palabra «gage» (garantía) por la de prenda.

(23) P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 122 y 123, «Hemos de concluir que el “retener en prenda” tiene un significado propio, no influido por la tradición histórica ni por las legislaciones extranjeras, significado que nos es únicamente desvelado por la afirmación de que “el depósito es... la prenda de los créditos que él mismo ocasiona”, en el sentido de constituir una auténtica prenda de carácter legal, pues se constituye sin necesidad de pacto especial».

(24) *Ibid.*

(25) F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, comentario al 1.926, IV, Madrid, 1852, pág. 283, «el derecho de prenda no se adquiere sino con la entrega de la cosa, ni se conserva sino con su posesión» Cfr. el vigente art. 1.191 CC.

(26) Así por ejemplo, el del 1.926 1, «Gastos de construcción o conservación de una cosa mueble, sobre esta misma, mientras no ha pasado al dominio de un tercero». En el mismo sentido, P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 124 y sigs.

El tercer criterio interpretativo que apuesta en pos de la retención en prenda como prenda legal es el sistemático. Acorde con ello, el Código responde afirmativamente a dos cuestiones. La primera estima que la prenda no se constituye sólo por contrato, usucapión o disposición de última voluntad, sino que también es posible que la ley cree derechos reales de garantía (cfr. art. 609 CC). En esa dirección, el Proyecto de 1851 y con él nuestro vigente Código Civil rechazan la prohibición legal de constitución de la prenda existente en el Proyecto de 1836 (27). Por consiguiente, tanto la prenda como la hipoteca (art. 1.875.2 CC y 158 y ss. LH) o la anticresis (cfr. arts. 502 y 522 CC) constituyen derechos reales de garantía que admiten su creación legal. La segunda cuestión se plantea si el Código Civil admite expresamente la existencia de otra hipótesis de prendas legales, a lo que la respuesta no puede dejar de ser afirmativa. En particular, el propio texto legal admite la existencia de prendas legales, algunas incluso sin desplazamiento de la posesión (28).

Por último es preciso añadir que en 1882 se introducen en el Proyecto los artículos 504 y 523 que pasarán al actual texto legal y que conceden al usufructuario un derecho de retención que lleva aneja la facultad de reintegrarse con los frutos, una vez finalizado el usufructo. Este derecho de retención así caracterizado constituye un nuevo argumento en favor de los derechos de garantía de creación legal, puesto que el artículo 504 de 1882 y el 502 actual parten de que el objeto del usufructo lo constituye un inmueble (29), finalizado el usufructo, se parece extraordinariamente a un derecho de anticresis *ex lege*.

(27) Tras el Código parece admitir esa tesis SCAEVOLA, quien afirma que la constitución de la prenda tan sólo puede ser convencional y no legal. Confróntense los arts. 1.696 y 1.697. En este último precepto se rechaza la posibilidad de la prenda legal

(28) Compárense, para la prenda legal con desplazamiento posesorio y para aquella que no lo precisa, los artículos 1.922.3 y 1.922.7 del Código respectivamente. En el sentido indicado, véase A. GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, págs. 53, 65, 66 y 76. Asimismo es esclarecedor el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1.926.3 (actual art. 1.922.4 que extiende el privilegio treinta días después de la entrega). «La ley presume haber sido en este caso la intención de las partes, que los efectos transportados fuesen la prenda del precio de su transporte, y ha dado a esta presunción la fuerza de prenda legal. Pero cesará el derecho de prenda y el privilegio desde que los efectos salieran del poder del que los transportó, como acontece en el número anterior» (*Concordancias* ., IV, Madrid, 1852, pág. 283).

(29) En el caso del usufructo, el Código (arts. 523 de 1882 y 522 vigente) no habla de retener en prenda, lo cual es de todo punto exacto pues el usufructo puede recaer sobre muebles e inmuebles. En mi opinión, el legislador decidió dotar al usufructuario de un derecho de garantía efectivo. A tal fin, si el usufructo recae sobre una finca, el usufructuario, una vez finalizado el usufructo, puede reintegrarse de lo que se le debe con los productos de la cosa. Así diseñado el derecho de retención se asemeja a un derecho legal de anticresis. Si se trata, en cambio, de un bien mueble, parece que estaremos ante un derecho de retención que lleva añadido el efecto anticrético. La

Y por fin, cabe esgrimir también el argumento finalista o teleológico. Si la finalidad que persigue el legislador es dotar al acreedor por los créditos conexos a la cosa que está en su poder con un derecho de garantía eficaz y efectivo, es mucho más adecuado, una vez observado que no se aprecian inconvenientes en el Código actual para dicha configuración, sino todo lo contrario, la naturaleza de derecho pignoraticio, con todo lo que esa afirmación lleva consigo (*ius persecuendi, ius distrahendi, efecto anticrético y preferencia «ex» 1.922.2 CC*), que la de mero derecho de retención que únicamente confiere al retentor la coacción dirigida al cumplimiento de la obligación, sin permitirle traspasar la fase de seguridad y adentrarse en la de garantía, esto es, en la realización del valor del bien poseído.

Junto a ese derecho de retención, prevenido en el artículo 453, y a la retención en prenda de los artículos 1.600, 1.730 y 1.780, es oportuno incidir, aunque sucintamente, sobre los artículos 361 y 1.866.2 del Código.

El primero contempla un supuesto de accesión industrial (edificación, siembra o plantación en suelo ajeno) y se remite a la indemnización de los artículos 453 y 454. El problema que se origina es si la remisión a la indemnización incluye o no el derecho de retención. En mi opinión, la remisión del 361 al 453 abarcará la garantía retentoria si se dan dos condicionantes: *a*) que el edificante, plantador o sembrador sea un poseedor de buena fe (30), y *b*) que entre el edificante, plantador o sembrador y el dueño del suelo no medie ninguna relación jurídica.

En segundo lugar, el derecho de retención recaerá sobre el suelo en que se edificó, plantó o sembró, si se estima que el régimen del 361 no origina una adquisición automática del dominio. Si es esa la tesis a seguir, la edificación, plantación o siembra no pueden ser objeto de la garantía por cuanto son cosas propias.

El artículo 1.866.2 del Código encuentra su origen más remoto en una Constitución del emperador Gordiano (Codex 8,27), que otorgaba al acreedor pignoraticio la posibilidad de conservar la posesión de los bienes dados en prenda respecto de cualquier otro crédito que existiera entre acreedor pignoraticio y deudor pignorante.

El citado texto, con ciertas variaciones, hará tránsito a Las Partidas y será acogido por el Code, por el Proyecto isabelino y por nuestro Código

cuestión de si además existe la facultad de realizar el valor y el privilegio de la prenda o anticresis, así como la existencia de una acción real, va a depender del alcance que se le quiera dar a estos dos preceptos de nueva creación (arts. 502 y 522). Si se considera que con ellos el legislador deseó establecer, a similitud de las prendas legales que el Código acoge en su articulado, para el usufructuario un derecho real de garantía de creación legal —lo cual es plausible—, la respuesta no puede dejar de ser afirmativa.

(30) De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1962, se califica como tal aquel que se halle en la errónea creencia, en virtud de un error

Civil. La casi totalidad de la doctrina se ha inclinado por considerar que en él se contempla un derecho de retención y no un derecho de prenda (31).

A pesar de ello, y sin necesidad de tomar posición al respecto, existen ciertas consideraciones que permitirían discrepar de ese parecer y que tan sólo voy a exponer. En primer lugar el *pignus gordiano* ha generado la discusión entre los intérpretes acerca de su naturaleza, hasta tal punto que los doctores del *ius commune* construyeron la denominada *retentio pro alia pecunia* para identificar esta peculiar retención, a la que faltaba su principal requisito: la conexión entre crédito y cosa (32). En segundo lugar, la literalidad del precepto, la de su antecedente de 1851 y la glosa del principal autor de este último apuntan hacia la conceptualización como prenda. Y, en tercer lugar, porque, a diferencia del Code, nuestro Código Civil acoge la categoría de las prendas legales, con lo que no se enfrenta con el sistema la conceptualización del *pignus gordiano* como prenda.

Expuesto a grandes rasgos el régimen que el Código Civil destina al derecho de retención, es oportuno ahora centrarse en el objeto del presente estudio: el derecho de retención y su regulación por parte del derecho civil catalán.

2. LAS HIPOTESIS DE RETENCION CONTEMPLADAS EN LA COMPILACION. LA PROMULGACION DE LA LEY 22/1991, DE 29 DE NOVIEMBRE, SOBRE GARANTIAS POSESORIAS DE COSA MUEBLE

El Derecho Civil Catalán contempló en la Compilación de 21 de julio de 1960 diversos supuestos de retención. El primero de los citados casos se encontraba establecido en el artículo 206 de la Compilación (33), que

excusable, respecto a la propiedad del suelo, creyendo que está facultado para construir, plantar o sembrar en él.

(31) Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941. En contra, J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO: *La retención de cosa ajena*, Barcelona, 1990, págs. 52, 71 y 72.

(32) CYNUS PISTORIENSIS: *Super Codice*, 1578, folio 498. BARTOLUS A SAXOFERRATO: *In Secundam Codicis Partem Commentaria*, Augustae Taurinorum. 1589, al Codex 8,27, folios 131 y sigs. En el mismo sentido, se ha pronunciado E. BUSSI («La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune», en *Diritti reali e diritti di obbligazione*), Padova, 1937, pág. 348 (En *Studi di Diritto Privato italiano e straniero, diretti da M. Rotondi*, vol. XXVII).

(33) Artículo 206. «Deferit o transmès el fideicomís, el fiduciari o els seus hereus lliuraran la possessió de l'herència o el llegat fideicomisos al fideicomissari dins els trenta dies naturals següents a aquell en què rebin el requeriment notarial o judicial corresponent. Si no ho realitzen, tindran la consideració de mers detentors i non faran seus els fruits a partir d'aquell moment, i el fideicomissari podrà recaptar-ne la possessió àdhuc mitjançant l'interdicte d'adquirir.

otorgaba al heredero fiduciario o a sus herederos la citada garantía para compeler al cumplimiento de los créditos exigibles que, en el momento de la delación del fideicomiso, éstos ostentaban frente al fideicomisario.

El segundo caso se prevenía en el artículo 301 del citado texto legal (34), que atribuía al dueño del dominio útil el derecho de retención *versus* el dueño del dominio directo, hasta que se le abonase, consignase o garantizase el reembolso de las mejoras llevadas a cabo en el bien inmueble.

El tercero de los supuestos (art. 278) prevé un derecho de retención que se concede al que de buena fe edifique, plante, siembre o roture en suelo ajeno, para la obtención del abono, garantía o consignación del precio de los materiales, semillas o plantas y los jornales de los operarios. Esta norma específica desplaza la aplicación del 361 del Código y concede el derecho de retención al que edifica, planta, siembra o rotura con buena fe en suelo ajeno (35).

No obstante, entre el artículo 278 de la CDC y el 361 del Código, al margen de la nota común de que ambos contemplan la edificación, siembra o plantación (el 278 añade la roturación que, de acuerdo con el *Usatge Si quis in alieno*, prevé la hipótesis de desmonte de un bosque infructífero para

Si dins el dit termini el fiduciari o els seus hereus al·leguen algun dels drets a què fa referència l'article 208 i n'assenyalen l'import, podran retenir la dita possessió.

Subsistirà el dret de retenció que estableix el paràgraf anterior mentre la quantitat total fixada no sigui consignada, fiançada o satisfeta, a resultes de la seva posterior comprovació definitiva. La fiança podrà ésser personal, pignoratícia i hipotecària. Aquesta última podrà ésser constituïda sobre immobles del fideïcomís de substitució condicional.

El fiduciari o els seus hereus i el fideïcomissari tindran dret a obtenir, mitjançant instància i en qualsevol moment, la constància per nota marginal del dret a la trebel·liànica en la inscripció dels béns fideïcomesos en el Registre de la Propietat».

(34) Artículo 301. «Expirat el termini o complida la condició el senyor directe, llevat pacte en contrari, no podrà recobrar la finca sense abonament, consignació o finançament de les millores exigibles fetes per l'emfiteuta, el qual vindrà obligat a fixar-ne l'import».

(35) Artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña: «El que con buena fe haya edificado, sembrado o roturado en suelo ajeno podrá retener la edificación, plantación o cultivo hasta que el dueño le reintegre, afiance o consigne judicialmente el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores. El que al edificar, sembrar, plantar o roturar haya obrado de mala fe perderá en favor del dueño del suelo la edificación, plantación o cultivo.»

Los antecedentes de este precepto se sitúan en el *Usatge Si quis in alieno* (Libro VII, Título I, Constitución única del Volumen primero de «Les Constitucions i altres drets de Cathalunya: «Si algu en lo sol de altre de sa propia materia edificara cosa, de aquell sia la cosa, de qui era lo sol; pero, si abona fe haura edificat, creent lo sol esser seu, poras retenir la cosa fins que lo preu de la materia e lo loguer dels mestres le sie restituit. Mas si ab mala fe, sabent que edificava en sol de altre contra voluntat del Senyor, es vist haver coratge de donar. Mes si per dret de loguer, o de conductiones, voluntariament, si sens culpa del Senyor, no forçant-lo alguna necessitat desampara la

situarlo en condiciones de ser utilizado) entre un no propietario del suelo y el propietario del suelo, sin que medie relación alguna entre ellos (36), median profundas diferencias.

cosa, no cobrara la preu de la materia, ni lo loguer dels mestres; pero si per culpa del senyor, o forçat per necessitat la Casa desampara, així com per fam de aquella regio, o per Guerra o per oppressio de algun potent, lavors lo Senyor es forçar de retreli lo preu de la materia, compensant si alguna cosa li deu per lo loguer de la cosa; e qualsevol cosas que sien ditas de aquell qui a bone fe, e a mala fe edifica, totes sien entesas de aquell qui sembra, o planta e la silva infructuosa deneja»), que, según Ficher, es copia del Cap. XII, libro 3.º de las *Exceptiones legum Romanorum*. El precepto catalán silencia uno de los dos supuestos que preveía el Usatge, cual es la situación que ostenta el arrendatario por las edificaciones, plantaciones, siembras o roturaciones, y regula solamente los conflictos entre el propietario de la finca y el poseedor de la misma que edifica, siembra, planta o rotura terreno ajeno (así L. PUIG FERRIOL: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXX, Madrid, 1987, págs. 10 y 11). La STSJ de 1 de marzo de 1993 (FD 8) considera que la buena fe que exige el art. 278 supone: «Una persona que edifica, planta, sembra i romp en terreny aliè perquè pensa que la seva actuació és lícita i correcta. I això és el que passa en el cas que dona origen al present recurs. El fill fa unes construccions, plantacions i obres en finques propietat del seu pare, i sap evidentment que actua sobre finques alienes, però tots els actes que realitza són consentits i aprovats pel seu pare —propietari se les finques—, que fins i tot col·labora materialment i econòmicament en la realització de certes obres que fa el fill». Acerca del concepto de buena fe en la accesión, de las diversas acepciones acogidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 11 y 17 de junio de 1985, 4 de julio de 1985, 23 de mayo de 1989), así como de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, puede consultarse el documentado estudio de S. NAVAS NAVARRO («Buena fe y accesión» (En torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de septiembre de 1993), en *La Llei de Catalunya i Balears*, any III, número 71, págs. 1 y sigs.). En el citado trabajo, la autora, tras considerar que la literalidad del 433 del Código se refiere, en sede de accesión, al mecanismo jurídico adquisitivo de la propiedad u otro derecho real que permita edificar, y que la normativa acerca de la liquidación del estado posesorio presupone un poseedor vencido en concepto de dueño y un vencedor en la posesión, considera que no reúne la cualidad de buena fe el poseedor que conzoca que el suelo sobre el que levanta una edificación no es propio (*op cit*, pág. 6).

El momento en que la existencia de la buena o mala fe debe apreciarse es, según la Sentencia del TSJC de 29 de septiembre de 1993 (FD 2.º): «La resposta a aquesta qüestió és necessàriament negativa, ja que l'expressió de l'art. 278 esmentat es refereix explícitament a la bona fe existent en el precís moment que es procedeix a l'edificació i no pas a la qualitat possessòria originària».

(36) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 12. «Si concurren estos supuestos de que un no propietario del suelo ha edificado, sembrado, plantado o roturado el mismo, y entre el propietario del suelo y el edificante —en general— no media relación jurídica alguna que legitime su actuación sobre fundo ajeno, se presenta un conflicto de intereses, que en esencia se traduce en delimitar si la edificación, plantación, siembra o roturación ceden en beneficio del dueño del terreno o si, por el contrario, el dueño de los materiales, plantas o semillas sigue ostentando un derecho de propiedad sobre los mismos, pese a que se ha incorporado a una finca ajena». En la misma dirección, S. NAVAS NAVARRO («Posesión, accesión y derecho de retención» [A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de marzo de 1993], en *La Llei de Catalunya i Balears*, any III, núm. 70, pág. 3) sustenta, y cita en su favor el parecer

La primera estriba en que el 361 enfoca el problema planteándose los derechos que corresponden al propietario del suelo, mientras que el artículo 278 se sitúa en el polo contrario, al delimitar qué derechos ostenta el que edificó, plantó, sembró o roturó suelo ajeno (37).

La segunda en que el 278, conforme con el *Usatge Si quis in alieno* y la doctrina jurídica catalana que lo interpretó, atribuye un derecho de retención, con lo que obviamente se requiere en el edificante, plantador, sembrador o roturador la condición de poseedor, a diferencia de lo que acontece en el 361 del Código, y además parte de la premisa, al seguir la opinión de ROCA SASTRE, que la propiedad de lo edificado, plantado, sembrado o roturado se transmite *ipso iure* al dueño del terreno (38). De ahí que con acierto el precepto establezca como objeto de la retención la edificación, plantación o cultivo, pues, a diferencia de lo que acontece bajo el supuesto del 361 en los casos en que proceda la retención, aquí el edificante, plantador, sembrador o roturador tan sólo ostenta la posesión y no la propiedad, con lo que se evidencia la función garantística de la retención (39), al recaer sobre cosa ajena.

La tercera diferencia estriba en el importe de la indemnización que se concede al que edifica, planta, siembra o rotura. El artículo 278 lo limita

de J. CÁNCER, que el artículo 278 CDC tan sólo se aplica en aquellos supuestos de inexistencia de relación jurídica entre edificante, roturador, etc y *dominus soli*. Asimismo, la STS de 14 de junio de 1956, 27 de febrero de 1979 y 15 de abril de 1991. En contra, M. MIRÓ GILI («El dret de retenció d'inmobles a Catalunya. Ambít d'aplicació», en *RJC*, 1992, 4, págs. 897 y sigs.) opina que el artículo 278 de la Compilación, por sí solo, ofrece una regulación unitaria y completa de la retención y que su ámbito de aplicación alcanza también aquellas hipótesis en las que el que edifica, planta, siembra o rotura se encuentra ligado por una relación jurídica con el dueño del suelo («La CDCC, contràriament al CC i com altres ordenaments jurídics, conté una regulació unitària del dret de retenció com a institució pròpia, existent en sí mateixa... Per tant, la CDCC no sols no exclou, sinó que abasta i comprèn literalment totes les situacions que entren en el supòsit de fet de l'article 278, conforme a la interpretació històrica, encara que neixin de relacions obligacional o d'altres vincles jurídics distints del merament possessori entre amo (actual o passat) i retenidor, sense distincions *ubi art 278 non distinguet*», pág. 916).

(37) Así también W. CUSI ESCOFET. «Accesión industrial. Derecho de retención». Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969, en *RJC*, 1971, pág. 329. FAUS y CONDOMINES: *Compilación del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1960, pág. 321.

(38) En esa dirección, W. CUSI ESCOFET, *op. cit.*, pág. 332, y L. PUIG FERRIOL: *op. cit.*, pág. 14.

(39) En el mismo sentido, L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 14. «Creo que debe acogerse la primera de estas posibles soluciones no sólo porque así se deriva de la declaración general del artículo 358 del Código Civil, que como se sabe establece la accesión a favor del suelo de todo lo edificado, sembrado o plantado en él; sino también porque el referido artículo 278 de la Compilación otorga en este caso al constructor, o al que sembró, plantó o roturó el derecho de retención, que por su propia naturaleza implica que el titular de este derecho no es propietario de la cosa objeto de la retención».

al pago de los materiales, semillas, plantas y jornales de los operarios, mientras que el 453, por remisión del 361, concede al propietario la facultad de indemnizar el importe de los gastos o el aumento de valor que se haya originado en la finca (40).

Por último, el artículo 278 concede la iniciativa de la liquidación del precio y de los jornales al retentor, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores, mientras que el 453 nada establece al respecto, siendo en la mayoría de ocasiones ejercitado el derecho de retención como excepción a la demanda en que se reivindica el bien poseído.

Sin embargo, esta norma puede ocasionar abusos, puesto que permite que el retentor eleve sin razón el importe de los gastos y obligue al propietario a seguir un juicio declarativo para establecer la liquidación real de los citados gastos. Si ello acontece, el retentor que obra con abuso de su derecho de retención incurrirá en la responsabilidad que determina la ley (art. 7.2 CC). Por otra parte, con la citada norma, que deja la iniciativa de la liquidación al retentor, se evita que la retención como garantía se volatilice, por cuanto como afirma Cusi: «A pesar de estos inconvenientes, son mayores todavía los que pueden producirse de atribuir la iniciativa al deudor, dueño del terreno sobre el que se ha edificado de buena fe, a pesar de que éste goza de un derecho más antiguo y preferente debido a las reglas por las que se rige la accesión, ya que en este caso le basta al dueño del predio con fijar un precio inferior al real para que inmediatamente lo pague, afiance o incluso lo consigne, enervando inmediatamente el derecho de retención del edificante, desvirtuando con ello la finalidad de la retención, a pesar de las acciones legales que pudiese ejercitar el vencido en la posesión» (41).

Los rasgos comunes a estas tres hipótesis en que la Compilación prevenía la existencia de un derecho de retención consisten, en primer lugar, en que la fijación del importe, que con la retención se pretende obtener, queda a la decisión del retentor, sin perjuicio, claro está, de las comprobaciones posteriores, y, en segundo lugar, en que, a diferencia del régimen del Código Civil, en el Derecho Catalán se contempla expresamente la posibilidad de que el deudor pueda recuperar el bien retenido no sólo por medio del pago de lo que adeuda, sino también si consigna o garantiza el pago (42).

(40) L. PUIG FERRIOL (*op. cit.*, pág. 16) apunta la conveniencia de relacionar el 278 con el 453 para mitigar las consecuencias poco equitativas a que puede conducir la aplicación práctica del 278.

(41) *Op. cit.*, pág. 330.

(42) Aunque los citados preceptos se refieran a «afianzar» el pago, parece que con ello se quiere designar no sólo la fianza en cuanto garantía personal, sino además las garantías reales. En ese sentido, resultaba esclarecedor el artículo 206 de la Compilación.

Por lo demás, en lo que se refiere a los bienes objeto de la retención, mientras el artículo 278 y 301 de la Compilación preveían hipótesis de retención recayentes sobre bienes inmuebles, el artículo 206 confería una retención especial, pues ésta se extendía a la retención de la posesión de la herencia o del legado fideicomitado, esto es, en el primer caso, se trataba de retención de una universalidad de derecho.

Sin embargo, con el ulterior desarrollo y evolución del Derecho civil catalán el panorama ha cambiado considerablemente. El Parlamento Catalán ha aprobado la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, sobre garantías posesorias de cosa mueble, con la que se pretende, al decir del propio Preámbulo de la citada disposición, crear garantías ágiles y flexibles sobre bienes muebles. Con ese fin, la ley catalana disciplina el régimen normativo de dos derechos reales de garantía (43) que implican desplazamiento de la posesión: el derecho de retención y la prenda. Por otro lado, con anterioridad, la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos, en su Disposición Final primera deroga el artículo 301 de la Compilación y elimina, en consecuencia, el derecho que éste acogía. Por último, el Código de Sucesiones (Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña) sustituye el artículo 206 (DF 1.ª CS) por los artículos 237 y 238 del Código, el primero de los cuales se remite en cuanto a la constitución del derecho de retención a lo establecido en la Ley de Garantías Posesorias (44).

La Ley 22/1991 de garantías posesorias sobre cosa mueble, además de ampliar el ámbito de aplicación del derecho de prenda y determinar nuevas modalidades de ésta (cfr. en esa dirección los arts. 9 y 12 de la Ley), muestra una regulación homogénea del derecho de retención. Por lo que aquí nos interesa, esa regulación participa de tres caracteres relevantes.

En primer lugar, la ley acaba con la disputa doctrinal conocida y examinada acerca de la naturaleza del derecho de retención. El trato que la doctrina ha brindado a la cuestión de la naturaleza jurídica de la retención ha estado frecuentemente comprometido con la eficacia que se ha pretendido predicar de esta garantía. De ese modo, ha sido habitual mantener la naturaleza de derecho personal cuando se deseaba limitar la eficacia *inter partes*, mientras que cuando la intención se encaminaba al establecimiento de unos efectos *erga omnes* se sostenía, con anterioridad, la naturaleza real del instituto.

(43) Esa es la configuración que la ley catalana adopta para el derecho de retención en su Preámbulo y que se desprende asimismo del resto del articulado (cfr. arts. 1 a 8): Preámbulo II, «El dret de retenció passa a configurar-se com un dret real de garantia...».

(44) Artículo 237. «Deferit el fideïcomís, el fiduciari o els seus hereus han de llurar la possessió de l'herència o el llegat fideïcomesos al fideïcomissari dins el trenta dies naturals següents a aquell en què rebin el requeriment notarial o judicial correspo-

En este punto, la doctrina se ha caracterizado por cubrir todo el abanico de posibilidades. Para aquellos que la retención constituye un *derecho subjetivo*, las diversas posturas han oscilado desde su concepción como derecho real o como derecho personal, sin faltar quienes han admitido que estamos ante un derecho *sui generis*. Por su condición de derecho personal se han decantado, entre otros, TROPLONG, LAURENT, PLANIOL, CATALÁ-FRANJOU, BELTRÁN DE HEREDIA, LÓPEZ Y LÓPEZ y DE ANGEL, quienes aducen, fundamentalmente, que se trata de una manifestación de la *exceptio doli*, que en Roma constituía una *exceptio in personam*, y que no se puede estar ante un derecho real, por cuanto el derecho de retención no proporciona a su titular acción real, y sin ésta no existe tal derecho. Dentro de esta postura, a su vez, sus partidarios se escinden entre los que sostienen la eficacia general del derecho de retención y los que la niegan, por entender estos últimos que ese, precisamente, es un trazo más que lo identifica como derecho personal.

Frente a esta tesis se ha sostenido (MAGRI, DUMOULIN, VIÑAS MEY, MANRESA) que la retención se incluye en los derechos reales y para ello se ha indicado, en primer lugar, que existe entre el retentor y el titular de un derecho real una clara similitud, cual es el poder directo e inmediato sobre la cosa. En segundo lugar, se destaca la oponibilidad *erga omnes* como corolario de su naturaleza real. En tercer lugar, se señala que si la posesión es un derecho real, al ser el retentor un poseedor, la retención debe ser un derecho real. Por último, es frecuente aducir que el derecho de retención es una causa de preferencia.

Además de estas dos posiciones enfrentadas que han polarizado a la mayoría de los autores, existen quienes califican al derecho de retención como un cuasicontrato (LÓPEZ DE HARO y MAZZONI) y quienes, convencidos de no poder reducir la naturaleza de la retención al esquema dual del derecho real o personal, y tras advertir la relatividad de la distinción entre derechos personales o reales (45), consideran que se trata de un *derecho sui generis* o mixto (46).

ment. Si no ho realitzen, tenen la consideració de mers detentors i no fan seus els fruits a partir d'aquel moment, i el fideicomissari en pot recaptar la possessió àdhuc mitjançant l'interdicte d'adquirir.

Si dins el dit termini el fiduciari o els seus hereus requereixen notarialment al fideicomissari la constitució d'un dret de retenció de conformitat amb la Llei per a algun dels crèdits a què fa referència l'article 240, i n'assenyalen l'import, poden retenir la dita possessió.»

Artículo 238. «Subsisteix el dret de retenció que estableix l'article anterior mentre la quantitat total fixada no ha estat consignada, fiançada o satisfeta, de resultes de la seva posterior comprovació definitiva. La garantia pot ésser personal, pignoratícia o hipotecària. Aquesta última pot ésser constituïda sobre immobles del fideicomís condicional.»

(45) Confróntese la opinión de J. GIORGI, *op. cit.*, págs. 457 y sigs.

(46) Entre otros, pueden incluirse aquí los nombres de DE RUGGIERO. GUARRACINO,

En realidad, todo este amplio abanico de construcciones doctrinales no hace más que evidenciar la dificultad de aprehender la naturaleza de la retención. Más aún, hay quien niega que la retención sea un derecho subjetivo autónomo e independiente, y prefiere conceptuarlo como una facultad conferida al acreedor y que se inserta en la compleja situación jurídica en la que el titular del crédito se halla (47).

Esa ligazón entre naturaleza personal o real y eficacia *inter partes* o *erga omnes* se observa asimismo en las dos principales sentencias en que el Tribunal Supremo se ha ocupado del tema. En la primera (STS de 24 de junio de 1941), el supuesto de hecho consistía en el concierto entre una sociedad y el Banco de España de un contrato de apertura de crédito, garantizándose el saldo deudor con una prenda de valores mobiliarios. Posteriormente, la citada sociedad, en virtud de nuevas operaciones con el Banco de España, contrajo nuevas deudas frente a aquél. La sociedad presentó suspensión de pagos. Ante ello, el Banco de España pretendía ejercitar el derecho de abstención no sólo por el saldo deudor de la cuenta, sino también por los nuevos créditos contraídos por la sociedad y extender consecuentemente la garantía pignoraticia al cobro de dichos créditos.

El precepto en juego no era otro que el apartado segundo del artículo 1.866. El Banco sostenía que se trataba de una garantía real, una prenda tácita, y de ahí se derivaba su eficacia real, mientras que el Tribunal Supremo, tras afirmar que «su trascendencia respecto de terceros depende de la naturaleza que dentro del sistema legislativo se asigne al derecho de

LÓPEZ DE HARO, DE BUEN, BONELLI, GÓMEZ CALERO, GIORGI y MUCIUS SCAEVOLA. En particular, J GÓMEZ CALERO («El derecho de "retener en prenda" del art. 1.600 del Código Civil y su problemática respecto de los vehículos de motor», en *RDP*, 1966, págs. 1081 y 1982 («El derecho de retención, según queda dicho, no es propiamente ni un derecho real ni un derecho de obligación. Pero, en todo caso, es un derecho subjetivo»). Q. MUCIUS SCAEVOLA (*op. cit.*, pág. 503) considera que «Entre el grupo de los derechos llamados personales y el de los derechos reales, existen algunos que, participando de los caracteres de uno y otro, no tienen científico acomodo en ninguno de los dos miembros capitales de la clasificación. Entre éstos se encuentra el derecho de retención, de naturaleza alternativa según el aspecto bajo el que se le considere, pero en rigor de naturaleza mixta, porque tiene caracteres peculiares de los derechos reales y de los personales».

(47) L. Díez-PICAZO: *Fundamentos* . . I, pág. 592; J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. II, Barcelona, 1956, pág. 547. «La discutida cuestión de si el derecho de retención es un derecho real, en cuyo caso sería oponible frente a terceros, o un simple derecho personal, con eficacia limitada al acreedor y al deudor, seguramente ha de resolverse de la manera que preconiza Díez-PICAZO: el derecho de retención no es más que la facultad de rehusar la restitución que puede alegarse como excepción frente a la pretensión de la otra parte (*exceptio doli*)»; F. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pág. 4776. «Como ya se ha en buena parte anticipado, suscribo enteramente la opinión de que se trata de una facultad (que se puede ejercer o no), que asume el carácter de *excepción* frente al deber de restituir o entregar, en tanto no se pague el crédito garantizado.»

retención cuando se articula como institución jurídica sustantiva», concluye su naturaleza personal («aun tratándose de un derecho de naturaleza personal»). Obsérvese, por tanto, el error en que incurren tanto el recurrente como el Tribunal al resolver el recurso de casación, por cuanto nada obliga a enlazar necesariamente naturaleza y eficacia. Así, un derecho personal puede ser eficaz frente a terceros (cfr. art. 1.571 del Código y 2.5 de la LH), mientras que un derecho real puede tener limitada su eficacia (48). Es más, incluso en el caso objeto de examen podría sostenerse que se trataba de un derecho real de prenda y mantener, en cambio, su eficacia personal, por cuanto no se reunían los requisitos legales para extender su eficacia frente a terceros (49).

En la segunda resolución judicial, el supuesto de hecho que subyace a la argumentación jurídica es el siguiente: Itel Container International, B.V. arrendó a Marítima Comercial Exportadora, S. A. (MACOESA) 325 contenedores. Con posterioridad, y por falta de pago, Itel Container decidió resolver el contrato de arrendamiento y recuperar los contenedores. No obstante, 40 de los contenedores se encontraban en poder de Canarias Shipping, S. A. por haberlos entregado en depósito MACOESA.

El debate surge cuando Itel ejercita una acción reivindicatoria para recuperar sus 40 contenedores frente a Canarias Shipping, S. A. Ante esa demanda, la Sociedad depositaria formula reconvenición y reclama el abono de los gastos de conservación y almacenaje, más los intereses legales, como medida previa a la devolución de los contenedores.

De nuevo, el alto Tribunal engarza la naturaleza y la eficacia de la retención. En particular, acude al artículo 1.730 que, en sede de mandato, confiere al mandatario el derecho de retener en prenda por los gastos e indemnizaciones contempladas en los artículos 1.728 y 1.729 (para nada alude el TS al depósito, precisamente la relación constituida entre MACOESA y Canarias Shipping, S. A., donde el 1.780 asimismo confiere la retención) y sostiene que «el artículo 1.730 del Código Civil al disponer que “el mandantario podrá retener en prenda las cosas objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los artículos 1.728 y 1.729”, reconoce a favor del mandatario una garantía legal pignoraticia con todos los efectos de este derecho real... y que ello, al propio tiempo, conlleva la consecuencia de que, como tal derecho real, sea oponible *erga omnes* y no sólo frente al mandante que entregó los

(48) En el mismo sentido, J. GIORGI, *op. cit.*, pág. 457, y F. JORDANO FRAGA. «Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 1987», en *CCJC* 14, págs. 4772 y sigs.

(49) El artículo 1.865 dispone: «No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha». *Vide* V. GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Madrid, 1990, comentario al artículo 1.866, pág. 431.

contenedores con el encargo de hacerlos llegar a su propietario, sino también frente a este último...».

Pues bien, consciente de ese bagaje doctrinal, el legislador catalán apuesta decididamente por la configuración del derecho de retención como un derecho real de garantía y, acorde con ello, le atribuye todos los caracteres propios de éste: poder directo e inmediato sobre la cosa (art. 3), preferencia sobre el valor del bien (art. 2.2) y eficacia frente a terceros (art. 5) (50).

En segundo lugar, la ley de garantías posesorias se limita a la regulación de éstas en cuanto recaen o se proyectan sobre bienes muebles (51). Esta limitación expresa en cuanto al ámbito de aplicación de la nueva normativa, da lugar a dos configuraciones diversas del derecho de retención. Por una parte, si el derecho de retención recae sobre un inmueble (cfr. arts. 278 CDC y 237 y 238 CS, si el fideicomiso particular tiene por objeto un inmueble o bien si en la herencia fideicomitada que se retiene se incluyen inmuebles) parece que no es viable aplicar la normativa de la Ley 22/1991, con lo que nos encontramos ante un derecho de garantía, cuyas notas caracterizadoras no se extienden ni a la posibilidad de enajenar el bien para satisfacer el crédito garantizado, ni al efecto anticrético ni a la preferencia atribuida *ex lege*. Se trata, por tanto, de un derecho de retención que queda limitado, en cuanto a su contenido se refiere, a la fase de seguridad. Esto es, es una garantía con eficacia *erga omnes*, pero que agota toda su virtualidad en rehusar el cumplimiento de la obligación de entrega, manteniendo la posesión del bien hasta la total satisfacción de lo que se adeuda al retentor. En cambio, el derecho de retención conformado por la ley catalana tiene un contenido mucho más amplio que el derecho de retención cuyo objeto es un inmueble, pues no se contenta con mantenerse en la fase de seguridad, sino que se interna en la fase de satisfacción a instancia del retentor y, además, se le dota de una preferencia sobre el valor del bien para el caso de una hipotética colisión de derechos.

(50) Aunque el Preámbulo derive la eficacia real de la configuración de la retención como derecho real («El dret de retenció passa a configurar-se com un dret real de garantia, de manera que el retenidor es pot negar, no solament davant del deutor, sinó també davant de qualsevol tercer, a la restitució de la cosa retinguda fins que no li hagin estat pagats totalment els deutes que van generar la retenció»), ello sólo es así cuando se llevan a cabo las actuaciones necesarias para hacer extensiva su eficacia frente a terceros; en particular, las medidas dispuestas en el apartado segundo del artículo cuarto de la citada ley. En otro caso, seguiremos estando ante un derecho real, pero con eficacia limitada.

En cuanto derecho de garantía, la ley le confiere asimismo sus atributos, como el efecto anticrético (art 2) o el derecho a la realización del valor (arts. 2 y 6).

(51) Preámbulo I. «Aquesta llei pretén respondre a la necessitat social de regular les garanties reals mobiliàries a Catalunya adoptant al tràfic jurídic actual les figures del dret de retenció i de la penyor».

Por último, la Ley de Garantías Posesorias diseña el derecho de retención como un derecho de prenda legal. En ese sentido, las diferencias más relevantes que existen con la prenda convencional se encuentran en su origen o forma de constitución, puesto que, de darse la conexión requerida entre el crédito y la cosa (cfr. art. 4 que agrupa supuestos de conexión material y jurídica), es el acreedor de la entrega el que unilateralmente decide la constitución de ese derecho de garantía, y en el hecho de que ésta no requiere (cfr. art. 8 para la prenda convencional), ni para su constitución ni para su eficacia, que el pignorante sea el propietario del bien pignorado (52).

3. PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETENCION

El legislador catalán disciplina en los artículos 3 y 4 los presupuestos o requisitos necesarios para el nacimiento del derecho de retención. El artículo 3 señala que «El poseïdor de bona fe de cosa aliena que l'hagi de lliurar a una altra persona pot exercir el dret de retenció en garantia del pagament dels deutes a què fa referència l'article 4».

En primer lugar, se precisa que el retentor fuera antes de iniciar la retención un poseedor inmediato de la cosa mueble y que, en virtud de la retención, se le permita invertir su concepto posesorio, poseyendo desde entonces en concepto de retentor, e incumplir la obligación de restitución a la que se encuentra sujeto. Los caracteres que debe reunir la posesión apta para, con posterioridad, poder retener consisten en ser una posesión de buena fe (53). Como poseedor de buena fe habrá que considerar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 433 del Código Civil, aquel que ignora, con un error excusable, los vicios o defectos que afectan a su título o modo de adquirir (54).

(52) La regulación del derecho de retención como prenda legal la acoge la ley catalana en sus artículos 1 a 8. En el mismo sentido, I. MIRALLES GONZÁLEZ («Ley Catalana 22/1991, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de cosa mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, pág. 714. «En cambio, la Ley 22/91 ha acogido con ciertas modificaciones este sistema ya que configura el derecho de retención como una especie de "prenda legal", al atribuir al retentor la posibilidad de realizar el valor de la cosa retenida, dándose ciertas circunstancias.»

(53) Esto es, a diferencia del Código Civil en que la buena fe en la posesión tan sólo forma parte del supuesto de hecho de la norma en la hipótesis del artículo 453, no en los artículos 1.600, 1.730 o 1.780 en los que la buena fe se introduce vía art. 1.258, la retención mobiliaria prevenida en la normativa catalana va a necesitar, en todo caso, una posesión de buena fe.

(54) En idéntica dirección L. PUIG FERRIOL en L. PUIG FERRIOL y E. ROCA TRÍAS: «Institucions del Dret Civil de Catalunya», Part General, *Obligacions i contractes. Drets reals*, vol. I, Valencia, 1993, pág. 418.

Por otra parte, se requiere que la posesión que se ejercita sobre la cosa sea una posesión inmediata, que se lleva a cabo directa y materialmente sobre el bien (55).

Sin embargo, en nuestra opinión, no es característico de la posesión previa a la retención (56) que ésta (cfr. art. 432 CC) lo sea en concepto distinto al de propietario. Sí es cierto que en la mayoría de las ocasiones ocurrirá que la posesión del retentor será consecuencia de una previa relación jurídica en virtud de la cual posee la cosa y, en ese caso, poseerá el bien en concepto diferente al de propietario. No obstante, en ocasiones, puede acontecer que aquél que posee en concepto de dueño resulte vencido en su estado posesorio y deba entregar la cosa. En estos últimos supuestos, el reembolso de los créditos conexos al bien que posee se verán también garantizados con el derecho de retención (57).

En segundo lugar, la cosa que se retiene ha de participar de una serie de caracteres: mueble, puesto que la ley catalana se limita a regular dos derechos reales de garantía que sujetan bienes muebles; corporal, porque aun cuando es posible la posesión de los bienes incorpóreos (cfr. entre otros, los arts. 430 y 431 CC), la retención presupone una relación inmediata con la cosa y una obligación de restitución de la posesión del bien,

(55) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 418. «A més a més, i si s'admet que l'article 431 CC permet distingir en el nostre dret entre possessió mediata i la possessió immediata, que es centra en el fet de que la possessió mediata és la que es té per mitjà del posseïdor immediat, que posseeix materialment la cosa com a conseqüència de la relació jurídica que l'uneix amb el posseïdor mediat, que en un moment posterior ha de recuperar la possessió immediata, hem de concloure que la possessió a què es refereix l'article 3 és una possessió immediata, que atorga al retentor la possessió material de la cosa fins el pagament complet del deute garantit...»

(56) Si, en cambio, de la posesión en concepto de retentor que se ejerce, en todo caso, en concepto distinto al de propietario.

(57) En contra, L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, págs. 418. «L'article 432 CC distingeix entre la possessió en concepte de propietari i la possessió en concepte de tenidor de la cosa per conservar-la i gaudir-ne, pertanyent el domini a una altra persona. La possessió de que parla l'article 3 no és una possessió en concepte de propietari, ja que el precepte parla de cosa "aliena", i això vol dir que ens trobem aquí davant d'una possessió en concepte distint al de propietari, que es pot fonamentar en un dret real o en un dret de crèdit.»

A mi entender, el requisito de que la cosa que se va a retener sea ajena no tiene que ver con el concepto en el cual posee el bien el futuro retentor, sino que únicamente toma en consideración la función de garantía de la retención. Por ello, se explicita que la garantía sólo es tal cuando se ejercita sobre bienes muebles *ajenos* (art. 3 LGP). Muestra de cuanto digo es el siguiente supuesto: poseedor de buena fe de un bien mueble que es vencido en su posesión por un tercero (Hipótesis prevista, por ejemplo, en los arts. 453 o 464.2 y 3). En el caso descrito es posible que el poseedor de buena fe posea en concepto de propietario y, a nuestro entender, aun así los créditos por los gastos necesarios de conservación y gestión efectuados en la cosa, o bien los daños y perjuicios sufridos con motivo de la cosa (art. 4.1.a) y b) justifican la constitución del derecho de retención

todo lo cual apunta hacia la exigencia de la corporalidad del bien (58); no fungible, pues, a diferencia de lo que acaece para la compensación (cfr. art. 1.196), la retención presupone no la adquisición de la propiedad con la obligación de devolver el *tantundem*, sino, por contra, el mantenimiento de la posesión sobre un bien ajeno que sólo se restituirá una vez realizado o garantizado (cfr. art. 7) el pago de los créditos del retentor, y, ajena, por cuanto la ajenidad se necesita, como ya se ha avanzado, para llevar a cabo la función del derecho real; es decir, la garantía real tan sólo desempeña su función cuando a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1.911 CC) se une la sujeción directa e inmediata de un bien ajeno al acreedor que va a responder de las obligaciones del deudor.

En tercer y último lugar, para que la retención de un bien ajeno pueda tener lugar se hace necesario que el poseedor de buena fe sea titular de uno o varios créditos conexos a la cosa poseída. La vinculación existente entre el crédito y la cosa puede ser de dos tipos: material o jurídica. La primera alude a aquellos créditos derivados de los gastos efectuados en la cosa o de los daños y perjuicios irrogados por la posesión de ésta (*debitum cum re junctum*), mientras que la segunda conecta ciertos créditos que se originan con motivo de una relación jurídica, en virtud de la cual el titular de dichos créditos es además poseedor del bien.

Pues bien, el artículo 4 de la Ley 22/1991 contempla tanto los créditos que van a ser garantizados con la retención como la vinculación o conexión que los une con la cosa. En cuanto a la conexión se refiere, el artículo 4 de la LGP abraza tanto hipótesis de clara conexión material (art. 4.1.a) «El rescabament de les despeses necessàries pers a la conservació in la gestió de la cosa»; 4.1.b) «El rescabament pels danys produïts per raó de la cosa a la persona obligada al lliurament») como jurídica (art. 4.1.c) «La retribució de l'activitat realitzada per raó de la cosa, per encàrrec del posseïdor legítim sempre que hi hagi hagut un pressupost acceptat i que l'activitat realitzada s'adeqüi a aquest»).

En cuanto a los créditos que gozan de la garantía retentoria, siempre que medie la conexión con la cosa explicitada por el artículo 4 de la Ley, es oportuno examinar tres aspectos diversos: el fundamento que conduce al legislador catalán a atribuir en los citados casos un derecho de retención,

(58) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 417. «En el context de l'article 3 l'expressió cosa equival a cosa material o corporal, perquè el precepte fa referència al deure inicial que afecta al retenidor de lliurar la cosa a una altra persona, i aquest lliurament comporta una transferència material de la possessió, que sols és possible quan es tracta de coses corporals.»

Es más, aun cuando pudiera argüirse que la retención de un crédito o derecho incorporado a un título-valor supone una hipótesis de retención de bien incorporal, ello distaría de ser cierto, porque lo que, en realidad, se retiene es el soporte material, bien corporal, de aquél.

el examen de los citados créditos, enumerados en el artículo 4.1 y 5.2 de la Ley, y, por último, las condiciones que los mentados créditos deben reunir para originar el nacimiento del derecho de retención.

El análisis del fundamento que conduce a que el legislador catalán otorgue la garantía retentoria puede ser doble. Por una parte, se trata de impedir el enriquecimiento injusto que se ocasiona cuando se entrega el bien sin la previa satisfacción de los daños o perjuicios causados por las cosas o bien por los gastos necesarios efectuados en ella (art. 4.1.a) y b). Se trata, en estos supuestos, de tutelar con la retención la satisfacción de obligaciones legales para de esa forma impedir que el obligado a la restitución se empobrezca. Con el citado fundamento se encuentran, en primer término, los gastos necesarios para la conservación y gestión de la cosa y, en segundo término, aquellos daños ocasionados por razón de la cosa al poseedor de ésta.

Por lo que afecta a los gastos efectuados en la cosa poseída, el legislador catalán únicamente prevé como gastos que dan pie al nacimiento de la retención a aquéllos que se califican como necesarios para la conservación o la gestión de la cosa. Por el primer concepto, se incluyen los gastos realizados para impedir la pérdida o menoscabo físico o económico de la cosa, mientras que con el concepto de gestión refiere el legislador catalán los desembolsos o el trabajo efectuados para la conservación jurídica del bien (59). De esa regulación se desprende que solamente los gastos necesarios para la conservación y gestión de la cosa, más los gastos necesarios resultantes de la conservación que efectúa el retentor para cumplir con su obligación de conservar el bien retenido (art. 5.2 LGP), justifican el nacimiento de un derecho de retención, mientras que los gastos necesarios de previsión o los gastos útiles no son aptos para originar el nacimiento del citado derecho, a diferencia de lo que bajo el régimen del Código Civil acontece (art. 453). Además, es preciso delimitar el concepto de gastos necesarios de conservación y gestión desde otra perspectiva, para delimitar el ámbito de aplicación del artículo 4 LGP. Sabido es que el Código Civil distingue entre una clasificación tripartita de los gastos (necesarios, útiles y de puro lujo o recreo) y otra dual (ordinarios o extraordinarios). El empleo de una u otra responde a diversos parámetros. La clasificación tripartita es empleada por el Código al contemplar hipótesis donde quien efectúa los gastos no tiene atribuido el uso de la cosa por el propietario. Por contra, la

(59) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 421. «Delimitat inicialment el concepte de despeses necessàries, s'ha d'afegir ara que només originen el dret de retenció les despeses necessàries de conservació, que són les que permeten que la cosa pugui continuar prestant la mateixa utilitat, i les despeses necessàries per a la gestió de la cosa, que són les que fan referència a la seva conservació jurídica perquè eviten la pèrdua de la cosa i permeten a la vegada treure'n els aprofitaments normals de la mateixa.»

distinción dual entre gastos ordinarios y extraordinarios se acuña para referir aquellos supuestos en que el poseedor tiene atribuido el uso de la cosa por parte del propietario del bien. De ahí se desprende que sean de su cargo los gastos ordinarios efectuados en el bien. El ámbito de aplicación del artículo 4 y la amplitud mayor o menor de los supuestos garantizados con la retención va a depender de si se entiende que el ordenamiento jurídico catalán acoge o no esta distinción. Si se considera que el ordenamiento jurídico catalán no la admite quedarían incluidos en el concepto de gastos necesarios tanto aquellos que efectúan los poseedores de bienes que no tienen concedido el uso por el propietario (vgr. el depositario) como aquellos extraordinarios de conservación que llevan a término los poseedores a quienes el propietario les ha atribuido el uso del bien (no, en cambio, los ordinarios pues esos son a su cargo como contraprestación de ese uso). En este último caso tendrían derecho a retener entre otros, el usufructuario, el arrendatario o el comodatario (cfr. en contra el art. 1.747 CC) (60).

Respecto a los daños y/o perjuicios (61) que la cosa genera a su poseedor, parece que hay que considerar como tales aquellos que se ocasionan siempre que medie una relación de causalidad entre el daño y/o perjuicio causado y la situación en virtud de la cual se posee la cosa.

Los citados daños y perjuicios no son únicamente los causados antes de comenzar la restitución, sino también los que se ocasionen una vez el acreedor posee el bien en concepto de retentor (arg. análogo respecto del art. 5.2 que extiende la retención por los gastos necesarios a los efectuados para la conservación de la cosa retenida). Ahora bien, si estos daños son motivados porque el retentor infringe su deber de guarda o su facultad de usar la cosa solamente a efectos de su conservación (cfr. art. 5.2), dichos menoscabos patrimoniales no justifican el nacimiento de un derecho de retención (62). En todo caso, el incumplimiento de los deberes del retentor puede fundamentar una reclamación por los daños y perjuicios causados (arg. arts. 1.101 y 1.104 CC).

El segundo fundamento ampara con la garantía retentoria aquellos créditos cuyo origen es contractual y no legal, y que se derivan de la actividad

(60) Podría apuntar la admisión del mismo criterio en el derecho catalán la derogación del artículo 301 de la Compilación, que atribuía un derecho de retención en una hipótesis en que existía una relación jurídica entre el acreedor de restitución y el retentor. Abunda por la afirmativa el hecho de que esa tricotomía fuera empleada por los clásicos catalanes (cfr. S. NAVAS NAVARRO: «Posesión, accesión y derecho de retención» (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de marzo de 1993), en *La Llei de Catalunya i Balears*, any III, núm. 70, pág. 2).

(61) Considero que aunque el artículo 4 de la LGP se refiere literalmente a los «daños», se incluyen asimismo los «perjuicios» que la posesión por razón de la cosa ocasiona.

(62) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 421.

realizada por razón de la cosa. Se trata, por tanto, de una garantía legal en favor de un crédito contractual. Su fundamento, pues, descansa más que en la evitación de un empobrecimiento injusto en la causa onerosa (63).

En el artículo 4.1.c) se afirma que «la retribució de l'activitat realitzada per raó de la cosa, per encàrrec del posseïdor legítim sempre que hi hagi un pressupost acceptat i que l'activitat realitzada s'adeqüi a aquest». Dos aspectos de lo en él establecido merecen un mayor comentario. En primer término, se evidencia cómo es innecesario para la constitución del derecho de retención, en cuanto prenda legal, que el que entrega la cosa sea el dueño de ésta. Es suficiente, a tales efectos, que quien encarga la actividad a realizar con motivo de la cosa sea un poseedor legítimo. Por poseedor legítimo parece que hay que entender, desde la óptica de quien recibe la posesión del bien mueble y asume la citada obligación de hacer, a aquel que posee debidamente o indebidamente, siempre que en este último supuesto ello sea ignorado con un error excusable por parte del futuro retentor (64).

En segundo término, es inevitable la comparación de lo establecido en el artículo 4.1.c) de la ley catalana con la literalidad del artículo 1.600 del Código Civil. De este parangón se extrae que el supuesto de hecho previsto en el artículo catalán es mucho más amplio que el prevenido en el precepto del Código Civil. Basta a tal efecto examinar la literalidad de ambos preceptos: «El que ha ejecutado una obra en cosa mueble» (art. 1.600) versus «... l'activitat realitzada per raó de la cosa» (art. 4.1.c). En conclusión, en el artículo 4.1.c) se garantiza con la retención la retribución de cualquier actividad realizada *por razón de la cosa*. Y es este giro lingüístico «por razón de la cosa» el que viene a indicar el ámbito de aplicación objetivo del precepto, por cuanto con él se fija o determina la conexión (jurídica) que debe existir entre el crédito y la cosa. Es suficiente, en este supuesto, con que la retribución se derive, como sostiene PUIG FERRIOL (65), de la actividad llevada a cabo como consecuencia de las obligaciones asumidas que se derivan de la misma relación jurídica que le atribuyó la posesión de la cosa. Así, por ejemplo, la retribución del mandatario o del depositario que en el Código no encuentra cabida en la garantía retentoria (66), se

(63) En contra, L. PUIG FERRIOL, *op cit*, pág. 421. Estima este autor que el fundamento de todas las hipótesis de retención previstas por la ley catalana estriba en el impedimento de un empobrecimiento injusto. «Aquestes anomenades "obligacions" que originen el dret de retenció són, més que obligacions en sentit estricte, unes situacions derivades de la relació jurídica inicial, que havia convertit el retenidor en posseïdor de la cosa, i que poden provocar un possible empobriment del retenidor, que el legislador considera injustificat».

(64) Seguimos en este punto la opinión de L. PUIG FERRIOL (*op. cit.*, pág. 422).

(65) *Op. cit.*, pág. 422

(66) Ello se debe, en primer lugar, a que los artículos 1 730 y 1.780 provienen del Proyecto de 1851, en el que el mandato y el depósito eran contratos esencialmente

acomoda y se subsume perfectamente en el supuesto de hecho prevenido por el artículo 4.1.c).

Además es preciso, como condición de aplicabilidad de la norma analizada, que la actividad que se va a realizar por razón de la cosa se haga de acuerdo con un presupuesto aceptado por el poseedor legítimo y se adecúe a éste. No obstante, nada obsta, a nuestro entender, que el futuro retentor renuncie a las ventajas que la confección y aceptación de un presupuesto y el ajuste de la actividad a éste le puedan reportar (67).

El artículo 4.1.d) admite asimismo la retención por los intereses de las obligaciones garantizadas con la retención desde que se le notifique el derecho de retención en la forma prevista en este artículo. Esto es, la comunicación notarial que el artículo 4, en su segundo apartado, previene como requisito de eficacia del derecho de retención, tiene la virtualidad de colocar en mora al deudor (arts. 1.100 y 1.108 CC), generando la obligación de pagar los intereses convenidos y, en su defecto los intereses legales. Pues bien, a los intereses del importe mencionado en la comunicación notarial, se les hace extensible el derecho de retención.

Y, en último lugar, el artículo 4.1.e) deja abierta la puerta a otras posibles hipótesis fundamentadoras del derecho de retención. Evidenciado que los créditos conexos a la cosa enumerados en el artículo 4 no suponen un *numerus clausus*, será suficiente con que la ley establezca nuevos supuestos de conexión entre crédito y cosa, y, con base en la citada conexión, atribuya el derecho de retención. En definitiva, la exigencia de cobertura

gratuitos y, por consiguiente, la garantía retentoria jamás podía alcanzar a la retribución. En segundo lugar, porque la retención, tanto al paso de la regulación del mandato y del depósito, se inserta en el Capítulo III del Libro IV, Título X («De las obligaciones del mandante») y en la sección cuarta del Capítulo II del Título XI del Libro IV («De las obligaciones del depositante»), en los que se prevén cuáles son las obligaciones del mandante y del deponente respectivamente. Por ende, cumplidos los presupuestos de la existencia de las citadas obligaciones (cfr. arts. 1.728, 1.729 y 1.779 CC), el mandato y depósito se transforman en contratos bilaterales imperfectos (o *ex post facto*), puesto que es la ley (cfr. art. 1.090 CC) la que crea las obligaciones a cargo del depositario o mandatario y es exclusivamente a las obligaciones legales, y no a las contractuales, a las que se otorga la garantía retentoria. Por último, el propio fundamento de la retención prevista en los artículos 1.730 y 1.780 destierra una solución afirmativa. A diferencia de la retención como garantía de un crédito contractual (cfr. el supuesto del art. 1.600 CC), en el depósito y mandato la retención descansa en el impedimento de un enriquecimiento injusto, lo que obsta que la garantía pueda cubrir la retribución pactada. Únicamente sería admisible que la retención abarcara la retribución cuando ésta se pacta con la intención de cubrir los gastos de conservación y/o los perjuicios previsibles (P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 92 y sigs.).

(67) Por la misma solución se pronuncian L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 422, y I. MIRALLES GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 714, nota 8. En particular, el Decreto 147/87 de 31 de marzo, relativo a la reparación de automóviles, y el Decreto 166/90 de 20 de junio, sobre transporte de vehículos averiados (arts. 14 y 4 respectivamente) prevén la posible renuncia a la confección del presupuesto.

legal, o si se quiere de reserva de ley, descansa en el hecho de que el derecho de retención es una figura de creación legal. Es solamente la ley la que puede tolerar que en ciertas situaciones el deudor de la entrega rehúse ésta y mantenga la posesión de la cosa, afectada en garantía de los créditos que la propia ley determina, hasta su total satisfacción, pudiendo, en caso de no conseguirse ésta, enajenar forzosamente el bien poseído y con lo obtenido hacerse pago.

La propia ley acoge otra hipótesis de retención en su artículo 5.2, puesto que tutela con dicha garantía los gastos necesarios que se desprenden de la guarda y custodia a que se ve obligado el retentor en el ejercicio de su derecho. Sin embargo, la remisión del artículo 4 se dirige a supuestos de retención previstos en otras normas catalanas con rango de ley, de tal modo que concedida en éstas la citada garantía («*Qualsevol altra deute al qual...*»), su contenido sea el prefijado por la Ley 22/1991, a salvo, claro está, la posible voluntad contraria del legislador.

El legislador catalán, con posterioridad a la Ley 22/1991, ha contemplado una hipótesis de retención que ya existía en la Compilación de 1960, y la ha acomodado a lo dispuesto en la Ley de Garantías Posesorias. El supuesto lo regulan los artículos 237 y 238 del Código de Sucesiones, los cuales plantean una seria dificultad para compatibilizar la retención que en ellos se prevé con la disciplinada en la Ley de Garantías Posesorias.

Ya se ha analizado cómo la Ley de Garantías Posesorias reduce su ámbito de aplicación a los bienes muebles. No obstante, los artículos 237 y 238 CS facultan al heredero fiduciario o a sus herederos para retener la posesión de la herencia o del legado fideicomitido hasta que no se le abonen los créditos que puedan ostentar frente al fideicomisario (créditos que contempla el artículo 240 del CS). La problemática estriba en cómo compaginar la posibilidad de que tanto el objeto de la herencia como del legado fideicomitido esté integrado total o parcialmente por bienes inmuebles con la limitación expresa de la Ley 22/1991 a los bienes muebles con objetos sobre los que se proyecta la garantía. Podría intentar argumentarse en el sentido de considerar que la retención solamente tiene por objeto los bienes muebles que integren la herencia o el legado fideicomitido. Sin embargo, ello contravendría frontalmente lo dispuesto en el artículo 237 que, con claridad, señala que «*poden retenir la dita possessió*», referida ésta a «*lliurar la possessió de l'herència o el llegat fideïcomesos*». A nuestro juicio, la única vía capaz de compatibilizar lo dispuesto en ambas normativas radica en sostener que, conforme a los artículos 237 y 238 CS, la retención de la posesión se extiende a la herencia o al legado y, por ende a todo lo que ellos abarcan, pero, en cambio, la retención, como prenda legal, únicamente poseerá el contenido pergeñado por la Ley 22/1991 en la medida en que su objeto recaiga sobre los bienes muebles de la herencia o legado. De este

modo se da cumplimiento al propio mandato del artículo 237 del CS: «la constitució del dret de retenció de conformitat amb la Llei per a alguns dels crèdits».

Nos queda solamente por indicar que, tanto en el elenco del artículo 4 como en las hipótesis en que otras leyes han prevenido la retención (arts. 237 y 238 CS), existe un supuesto en que no cabe la retención conforme a la legislación autonómica y sí de acuerdo con el Código Civil. Se trata del derecho de retención que el artículo 464.2 y 3 del Código acoge y que no encuentra cabida en ninguna de las hipótesis del artículo 4.

La cuestión que entonces se plantea no es otra que la de saber si lo previsto en cuanto al derecho de retención en los apartados segundo y tercero del artículo 464 es o no de aplicación en Cataluña. A mi entender, la respuesta a ese interrogante obliga, en primer lugar, a afirmar que la remisión del artículo 4.1.e) de la Ley de Garantías Posesorias no abarca al Código Civil, puesto que la intención que, con esa remisión, persigue el legislador catalán es la de homogeneizar el contenido del derecho de retención en todos aquellos casos que se contemplen por la normativa catalana. Llegados a este punto, las alternativas son las siguientes: la primera es entender que el legislador catalán ha excluido voluntariamente la aplicación del derecho de retención para el supuesto que se prevé en el artículo 464.2 y 3 en Cataluña. La segunda alternativa es la contraria y consistiría en admitir que el legislador catalán no quiso rechazar el derecho de retención en los supuestos contemplados en el 464.2 y 3, sino que se trata de una laguna que hay que integrar (68). Por ello, acorde con el artículo 1.º (que no se refiere sólo a la Compilación: «per tal d'integrar aquesta Compilació i les altres normes») y la DF 4.ª de la Compilación, al no ser el supuesto en examen contrario a los principios que informan el ordenamiento jurídico catalán, procederá su aplicación. En ese caso, admitido el supuesto de hecho como generador de la retención, el contenido de ésta será el disciplinado por la Ley 22/1991 para todo derecho de retención sobre bien mueble constituido eficazmente.

Por último, las condiciones que han de reunir los créditos garantizados con el derecho de retención son la de ser ciertos, vencidos y exigibles. En cuanto al requisito de la liquidez, el ordenamiento jurídico catalán ha adoptado siempre la misma postura (cfr. arts. 278, 206 y 301 de la Compilación, los dos últimos hoy derogados, 237 y 238 CS y art. 4.2 LGP), consistente en que la liquidación del crédito la efectúa *a priori* el propio retentor. En ese

(68) Esta opinión se reafirma si se constata como otras hipótesis de retención previstas en el Código Civil son rechazadas expresamente por la Ley catalana: vgr. la retención por los gastos necesarios que no sean de conservación o gestión y la retención en garantía de los gastos útiles (cfr. art. 453 CC).

caso, por tanto, más que la exigencia de que el crédito sea líquido, lo único que se precisa es que pueda efectuarse en un momento posterior (cfr. STS 30-5-1969 que admite el ejercicio de la retención en fase de ejecución de sentencia). Ahora bien, conforme a la Ley de Garantías Posesorias, si se desea gozar de toda la eficacia que la retención puede otorgar, en la comunicación notarial al deudor y/o propietario del bien (art. 4.2 LGP) deberá hacerse constar la liquidación y el importe por el cual se retiene. Mas nótese que su falta no impide la retención, la cual puede haber nacido con anterioridad, sino que la ya constituida despliegue toda su eficacia. En ese sentido, la liquidación del crédito por el acreedor es un requisito de eficacia.

4. LA EFICACIA DEL DERECHO DE RETENCION

La Ley de Garantías Posesorias sobre cosa mueble configura el derecho de retención como un derecho real de garantía. El Preámbulo de la citada norma hace derivar la eficacia real del derecho de retención de su naturaleza real («El dret de retenció passa a configurar-se com un dret real de garantia, de manera que el retenidor es pot negar, no solament davant del deutor, sinó també davant de qualsevol tercer, a la restitució de la cosa retinguda fins que no li hagin estat pagats totalment els deutes que van generar la retenció»). Esa afirmación contenida en el Preámbulo es, a nuestro juicio, discutible. La eficacia *erga omnes* del derecho de retención, así como la atribución de ciertas facultades al retentor, no depende del hecho de que estemos ante un derecho de naturaleza real, puesto que como ya hemos advertido repetidas veces naturaleza real y eficacia *erga omnes*, aunque suelen presentarse juntas, no necesariamente ha de ser consecuencia una (la eficacia real) de la otra. La extensión ante terceros de la retención se debe al cumplimiento de ciertas formalidades impuestas por la Ley (cfr. art. 4.2). Su incumplimiento provoca que el derecho de retención así constituido no sea eficaz frente a terceros ni lleve aneja la facultad de realizar el valor del bien (art. 6.1) (69).

Las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de los requisitos de eficacia se explican por cuanto, aunque la posesión del bien mueble sea un medio de publicidad, la extensión de la eficacia de una prenda legal a terceros (vgr. adquirentes del bien retenido, acreedores del propietario que traban embargo sobre el bien, etc.) exige una mayor dosis de publicidad (para posibilitar, por ejemplo, la facultad de realización del valor del bien o el efecto anticrético cuando el que entregó el bien al retentor no fuese el propietario del mismo). En este caso, mientras en la prenda convencional

(69) Así también L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 424.

es la escritura pública el medio precisado por el legislador (arg. arts. 1.218 y 1.865 CC) para extender la eficacia del derecho real frente a terceros, en la prenda legal el legislador catalán requiere una comunicación notarial dirigida al deudor y, en su caso, al propietario del bien mueble, en la que se indica la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del importe de las obligaciones que justifican la retención (art. 4.2).

La citada comunicación notarial, en cuanto requisito de eficacia, puede dirigirla el retentor ante la demanda del deudor o propietario de la cosa en la que se le exige la restitución de la cosa, o bien, el poseedor del bien mueble ajeno puede, una vez se vea obligado a la entrega restitutoria de la cosa, suspender la entrega de ésta, justificando la constitución de un derecho de retención, la liquidación efectuada y el importe de los créditos que dan base al nacimiento de dicho derecho (70).

Esa comunicación notarial además de constituir un requisito de extensión de los efectos de la prenda legal, supone, en primer lugar, la constitución del deudor de las obligaciones que fundamentan la retención en mora (arts. 1.100 y 1.108); en segundo lugar, una hipótesis de reclamación extrajudicial del crédito o créditos que interrumpe la prescripción (arg. art. 1.973 CC), y, por último, evidencia como el poseedor de la cosa que ostenta determinados créditos contra el que demanda la entrega ha invertido su concepto posesorio. En ese sentido, desde la constitución de la retención, esa inversión posesoria provoca que el retentor posea en concepto de retentor, es decir, como reflejo de su derecho pignoraticio de origen legal, y, por consiguiente, venga sujeto a todas las obligaciones que de dicho derecho se deriven, a la vez que pueda ejercitar las facultades propias de éste ante cualquiera, siempre que la intervención posesoria se haga pública (cfr. art. 4.2).

Llevada a cabo la comunicación notarial, el deudor y, en su caso, el propietario del bien disponen de un plazo de tres meses, a contar desde la fecha de la notificación, para formular judicialmente su oposición al derecho de retención constituido, a la liquidación realizada y a la determinación del importe de las obligaciones que lo justifican. En ese caso, será la autoridad judicial la que evaluará si concurren los requisitos necesarios para el nacimiento del derecho de retención y la liquidación y determinación elaboradas por el retentor. Por consiguiente, la decisión judicial consistirá en mantener el derecho de retención en los extremos que lo comunicó el retentor, rechazar el derecho de retención por no congregarse las exigencias legales para su nacimiento o bien modificar el monto total de los créditos que lo justifican (71).

Opino que puede suceder también que el derecho de retención se cons-

(70) *Ibid.*

(71) *Op. cit.*, pág. 425.

tituya unilateralmente, mas no se lleve a cabo la comunicación notarial. Al faltar el medio que la ley requiere para dotar de publicidad a ese derecho frente a terceros, muchas de las facultades que la citada ley le confiere no le corresponderán en este caso. En primer término, omitido ese presupuesto para su eficacia real, el derecho de retención así constituido no es eficaz ante terceros que soliciten la restitución de la cosa (arg. art. 4.2 y 5), ni lleva aparejada la facultad de proceder a la ejecución forzosa del bien (arg. art. 6.1). En segundo término, cuando aquél que entregó la cosa al retentor no fuese el propietario, al no constarle a éste, por medio del mecanismo que la Ley pone al alcance del retentor, la afección de su bien en garantía de uno o varios derechos de crédito conexos a la cosa, tampoco es posible la imputación de frutos, por cuanto éstos han de revertir a la propiedad.

Por último, se hace necesario advertir que la ley catalana no toma en consideración que la retención se actúe vía judicial como excepción dilatoria. No obstante el silencio legal, creemos que excepcionada la retención y justificada judicialmente la liquidación y el importe de los créditos que originan la garantía, no existe ningún obstáculo para que el derecho así constituido goce de las mismas facultades que el derecho de retención con comunicación notarial. Para ello será necesario notificarle al propietario del bien la interposición de la demanda por si desea personarse en las actuaciones judiciales. Es más, el control judicial previsto por el artículo 4.2 para garantizar los derechos del deudor y del propietario se vuelven en esta hipótesis innecesarios, al ser la jurisdicción contenciosa la encargada de decidir la constitución de un derecho de retención y el reembolso que con él se garantiza.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE RETENCION

Una vez examinados los presupuestos del derecho de retención, tanto los necesarios para su constitución como para su eficacia, es el momento de analizar cuáles van a ser los derechos y las obligaciones que conforman el derecho de retención. El citado examen revela cómo la retención es contemplada como un verdadero derecho de prenda cuyo origen figura en la ley.

Por lo que respecta a las facultades que ostenta el retentor, el artículo 2.1 de la Ley de Garantías Posesorias enuncia que los efectos de los derechos de garantía mobiliaria son la retención de la posesión hasta el total pago de la deuda garantizada, la imputación de los frutos del bien a los intereses de la deuda y, en su caso, al capital, y la realización del valor de la cosa.

En primer lugar, como facultad del derecho de retención y de la prenda, se enuncia la retención de la posesión hasta el pago de la deuda garantizada.

Ante este aserto legal es conveniente efectuar ciertas matizaciones. Respecto al derecho de retención es totalmente exacto que el retentor puede mantener la posesión del bien hasta que se el abone el total montante de sus créditos. Sin embargo, la facultad de retención referida a la prenda exige advertir que ésta solamente es tal, en sentido estricto, cuando, una vez vencido el crédito garantizado con la prenda, el acreedor pignoraticio decide continuar con la posesión del bien para así forzar a su cumplimiento. En cambio, antes de dicho momento no existe propiamente retención, sino tan sólo posesión del bien entregado a título de garantía. La retención significa la continuación de la posesión anterior, aunque bajo un concepto posesorio distinto (retener), y no la facultad de tener la cosa que compete al acreedor pignoraticio antes del vencimiento del crédito garantizado. En ese sentido, el artículo 2 de la Ley de Garantías Posesorias incurre en la misma imprecisión que el artículo 1.866 del Código Civil (72).

La segunda facultad atribuida al retentor y común con el derecho de prenda (cfr. art. 1.868 CC) consiste en la posibilidad de imputar los frutos que el bien mueble produzca a los intereses de la deuda garantizada y, en su caso, al capital. Es de tener en cuenta, a ese efecto, que la comunicación notarial, prevista en el apartado segundo del artículo 4, constituye al deudor en situación de mora (art. 1.100) y, consecuente con ello, cuando se trata de una obligación pecuniaria (cfr. art. 4.2 en el que se exige la liquidación y la determinación del importe) el artículo 1.108 cifra la indemnización de daños y perjuicios en los intereses convenidos y, en su defecto, en el legal. Y, por otra parte, que aunque con anterioridad a la constitución de la retención, el poseedor de buena fe de cosa ajena no tuviera derecho a los frutos, puede desde la inversión posesoria que se opera con la retención imputarlos a la satisfacción de los intereses de su deuda y, en su caso, del capital. Por consiguiente, con el efecto anticrético se instrumenta una alternativa para la extinción de las obligaciones del retentor sin necesidad de acudir a la ejecución forzosa del bien retenido, que consiste en mantenerse en la posesión de la cosa fructífera hasta la total extinción de las deudas que justificaban el citado derecho. Satisfechos íntegramente los créditos y los intereses de éstos, el retentor deberá entregar el bien retenido, puesto que extinguido el derecho principal lo hace también el accesorio, en este caso, la retención.

La tercera facultad que contempla el artículo 2 de la Ley de Garantías

(72) El artículo 2.1.a) dispone: «Els efectes dels drets de garantia mobilitària són:
a) La retenció de la possessió de la cosa fins el pagament complet del deute garantit.»

En cambio, el artículo 13 1, con mayor exactitud, afirma: «El creditor pignoratí es pot negar a la restitució de la penyora fins que no li sigui pagat totalment el crèdit garantit.»

Posesorias es la posibilidad de realizar el valor de la cosa retenida y, por tanto, extender el contenido del derecho de retención a la fase de satisfacción, al igual que acontece en otras regulaciones europeas de la materia (73).

Los requisitos que exige la ley para que la enajenación de la cosa pueda llevarse a término son tres. El primero consiste en el transcurso de tres meses desde que conste fehacientemente la retención (art. 6.1); es decir, tres meses a contar desde la fecha de la notificación de la comunicación notarial dirigida al deudor y, en su caso, al propietario, en la que se explicita la decisión de retener, la liquidación practicada a tal efecto y la determinación del importe de los créditos que justifican la retención.

El segundo de los requisitos estriba en que para el acceso a la ejecución notarial debe existir una valoración del bien retenido de mutuo acuerdo. Esta exigencia se comprende si se toma en consideración el origen y nacimiento del derecho de retención. Este nace, una vez reunidos sus presupuestos, por la voluntad unilateral del retentor y, por ello, el legislador catalán arbitra una alternativa consistente en la oposición judicial para impugnar la retención y el importe de los créditos que la justifican, determinados a instancia del titular de dicho derecho. En la misma dirección, entiende la normativa catalana que el atribuir al retentor también la determinación unilateral del valor del bien podría ocasionar abusos (74). Pese a ello, habría sido oportuno que el legislador catalán hubiese previsto un mecanismo de valoración subsidiaria, puesto que en defecto de acuer-

(73) El Código suizo Federal de las Obligaciones disciplina una normativa para la retención mobiliaria en los arts. 224 a 228. En particular, el art. 228 prevé la realización de valor como una de las facultades que integran el contenido del derecho de retención (art. 228. «Cuando el acreedor no haya recibido el pago ni garantía suficiente, podrá perseguir, mediante aviso previo al deudor, la realización de su derecho de retención, como un acreedor pignoraticio. También podrá darse el aviso aun después de la declaración de quiebra del deudor. Equivaldrá al aviso la notificación del derecho de retención o la mora »).

El BGB diseña también una disciplina propia y completa para la retención. A ella dedica los parágrafos 175, 202, 270, 772, 972, 1000. Destacable de la citada regulación es la atribución del derecho de realización de valor (& 772). «Si el acreedor tuviese un derecho de prenda o de retención sobre una cosa mueble del deudor principal, deberá hacerse pago de esta cosa» y la expresa declaración que el ejercicio de la retención no es causa de suspensión de la prescripción (& 202 «La prescripción —de derechos— quedará en suspenso durante el tiempo que tarde en expirar el término de la prestación o que el obligado esté autorizado a rehusarla por otros motivos. Esta disposición no será aplicable a la excepción que se deriva del derecho de retención.»)

(74) Así L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 429. «Aquest requisit té un cert fonament, ja que en el cas del dret de retenció el dret real de garantia es constitueix fonamentalment en base a la voluntat unilateral del creditor, i tal vegada es pensa que seria excessiu que en aquestes circumstàncies el creditor també pogués establir de forma unilateral el valor del bé objecte de la garantia, perquè això podria suposar un perjudici important pel deutor.»

do (75), el derecho de retención se ve reducido a la fase de seguridad, más el efecto anticrético (76).

En tercer lugar, el artículo 6.2 requiere para proceder a la enajenación que no haya mediado por parte del deudor y/o propietario la oposición judicial a la comunicación notarial (77). En mi opinión, la oposición judicial no obstaculiza la enajenación del bien en subasta pública notarial, sino que la correcta intelección del precepto se dirige a impedir la ejecución del bien si se ha formulado oposición judicial y en tanto ésta no haya sido resuelta. Será, por tanto, necesario para poder proceder a la enajenación forzosa esperar a la decisión judicial firme. Si ésta declara constituido el derecho de retención en los términos en que se comunicó o en otros que determine la resolución judicial, no vemos ningún impedimento para proceder a la realización del valor. En otro caso, se arbitraría por la propia ley un modo de evitar la ejecución, pues bastaría solamente oponerse a la retención comunicada notarialmente.

Cumplidos estos requisitos, el retentor puede optar por realizar el valor del bien para así satisfacer los créditos que ostenta. Para ello, y salvo pacto en contrario, el acreedor puede elegir cualquier notaría que se encuentre demarcada en la misma localidad en que tiene fijado el deudor su domicilio (78).

Para proceder a la subasta es necesaria la citación del deudor y, si fuese otro, el propietario del bien, en la forma prevista por el Reglamento Notarial (79). La subasta deberá ser anunciada con un mínimo de cinco días y un máximo de quince días hábiles, respecto a la fecha de su celebración, en uno de los periódicos de mayor circulación en la localidad donde haya de llevarse a efecto la subasta y, en todo caso, en el *DOGC*.

Citado el deudor y, en su caso, el propietario del bien, y anunciada la subasta con las formalidades prevenidas por la ley, se procederá a la enajenación del bien mueble. Para ello, la normativa catalana exige que el tipo mínimo de la primera subasta se corresponda al 80 por 100 del valor del

(75) Falta de acuerdo que tendrá lugar en la mayoría de las ocasiones, pues, de ese modo, el propietario del bien volatiliza la facultad de realización de valor e impide al retentor la enajenación de su bien.

(76) En la misma dirección, propugnando un sistema de valoración subsidiario L. PUIG FERRIOL (*op. cit.*, pág. 429) y FELIU REY («Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña», en *Derecho de los Negocios. La Ley*, año III, núm. 20, págs. 13 y sigs.).

(77) Artículo 6.2. «Es requisit de l'execució forçosa notarial haver procedit a la valoració del bé, de mutu acord entre el creditor i el propietari, i que no hagi hagut l'oposició judicial prevista a l'article 4.»

(78) En el caso de que no exista notaría demarcada, la ley catalana añade que «si no hi hagués notaría demarcada, a qualsevol se les de la capçalera del districte notarial corresponent». Art. 6.3.

(79) En el supuesto de que no se localizase al deudor y, en su caso, al propietario, se les citará por edictos. Cfr. art. 6.4.

bien. A falta de posturas iguales o superiores, se procederá a una segunda subasta, que podrá tener lugar a continuación de la primera, en la que se precisa que el tipo mínimo de puja sea del 60 por 100 del valor del bien. En el caso de que el bien no se enajene en ninguna de las dos subastas, se contempla la posibilidad de llevar a cabo una tercera subasta, que necesariamente deberá realizarse dos días después de la segunda y en la que el tipo mínimo se corresponderá al importe de los créditos que originan la retención, más los gastos ocasionados por el procedimiento (art. 6.6) (80).

También se dispone en la normativa catalana que tanto en la imputación de los frutos como en la atribución del precio obtenido en la realización del valor de la cosa, el crédito del retentor se somete a las reglas generales sobre prelación de créditos (art. 2.2 LGP). Con ello, el legislador catalán atribuye una preferencia al crédito que fundamenta la retención. El determinar cuál sea esa preferencia es el tema que nos ocupará a continuación.

Ante todo hay que poner de manifiesto que la literalidad del artículo 2.2 podría conducirnos a creer que lo único que en él se establece, respecto al derecho de retención y no a la prenda («el crèdit del retenidor»), es la sumisión a las reglas generales sobre prelación de créditos (arts. 1.921 a 1.929 CC) y que, en consecuencia, el crédito del retentor gozaría de preferencia no por estar garantizado con un derecho de retención, sino porque la ley en atención al tipo de crédito que se garantiza le atribuyese un privilegio (cfr. art. 1.922 CC).

No obstante lo expuesto, ello nos parece desacertado. En primer lugar, el artículo 2.2, al igual que el 2.1, establece unos efectos comunes tanto al derecho de retención como al de prenda, y en nada obstaculiza la precedente afirmación el hecho de que el artículo disponga: «el crèdit del retenidor se sotmet a les regles generals sobre prelació de crèdits». La afirmación precedente se constata cuando en el artículo 14 de la Ley, tendente a disciplinar la facultad de enajenación forzosa del derecho de prenda, se denomina al acreedor pignoraticio como retentor (81).

En segundo lugar, concebido en la Ley tanto el derecho de retención como la prenda como derechos de contenido idénticos, aunque con origen distinto, es consecuente con ello la atribución de la misma preferencia. Por consiguiente, la remisión a las normas generales sobre prelación de créditos se entiende efectuada a las normas que establecen la preferencia del crédito

(80) Si los bienes sujetos a la retención son valores sometidos a cotización oficial, la enajenación se efectuará por el procedimiento específico previsto por la ley a tales efectos. Confróntese acerca de ello el artículo 322 del Código de Comercio y el artículo 269 del Decreto 1508/1967 de 30 de junio, que aprueba el Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio.

(81) Artículo 14.5 *in fine* «Només si la cosa no s'aliena en cap de les subhastes el retenidor la pot fer seva atorgant carta de pagament per la totalitat del seu crèdit i fent-se càrrec de les despeses originades pel procediment».

pignoraticio (art. 1.922.2 «Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor» y 1.926.1 «El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda»).

Una vez examinadas las facultades del derecho de retención, corresponde ahora detenerse en el análisis de los deberes a que se halla sujeto el retentor.

La primera de las obligaciones que incumbe al retentor estriba en conservar el bien retenido y limitarse a su uso conservativo. El propio artículo 5.2 establece que el deber de guarda y conservación ha de llevarse a cabo con diligencia, pero no precisa el grado de diligencia exigible.

PUIG FERRIOL (82) entiende que la diligencia exigible, a falta de una concreta previsión legislativa, será la que determine la ley para cada situación jurídica que origina la posesión del acreedor de la cosa y, a falta de ésta, la diligencia que corresponde a un buen padre de familia (arg. art. 1.104 CC). En cambio, entiendo que la inversión posesoria que exige el derecho de retención lleva consigo unas diferentes facultades y deberes de los que correspondían al poseedor antes de ser retentor. Así, si el poseedor tenía derecho a usar la cosa, una vez constituida la retención su uso debe limitarse al meramente conservativo. Igualmente fuese cual fuese el grado de diligencia que se le exigía en la custodia de la cosa, comenzada la retención éste será el que exija la ley y, a falta de previsión legal, el correspondiente a un buen padre de familia (art. 1.104 CC), sin necesidad de extender el grado de diligencia que la situación posesoria anterior exigía al poseedor, puesto que ahora no posee en concepto de depositario o de mandatario o en cualquier otro concepto posesorio, sino en concepto de retentor.

La segunda de las obligaciones del retentor radica en consentir, durante el ejercicio del derecho de retención, la sustitución del bien retenido por una garantía real o fianza solidaria de una entidad de crédito que sean suficientes (art. 7.1). Respecto a la garantía real, considera el legislador catalán (art. 7.2) que ésta es suficiente cuando el precio justo de la cosa que se ofrece en garantía (83) cubre el importe de los créditos que originaron la retención y un 25 por 100 más (84).

Considero que aunque el precepto faculta solamente al deudor para imponer al retentor la sustitución del bien retenido, no existe ningún incon-

(82) *Op cit.*, pág. 427.

(83) Acerca del concepto de precio justo, puede consultarse el artículo 323 de la Compilación.

(84) Añade el artículo 7.2 que se entiende la garantía suficiente siempre que cubra los conceptos citados (créditos más el 25 por 100), aunque su valor sea inferior al del precio justo de los bienes retenidos.

veniente para que la citada facultad sea, con mayor razón si cabe, extensible al propietario del bien (85).

Y en tercer lugar, el retentor está obligado a entregar el bien retenido una vez se le ha satisfecho totalmente lo que se le adeuda (arg. *a contrario* art. 5.1 LGP), o si la declaración judicial emanada en virtud de la oposición a la comunicación notarial entiende que no procede la retención, o si al retentor se le ha impuesto la subrogación real que contempla el artículo 7 de la ley.

Como colofón a este estudio del contenido del derecho de retención, parece oportuno hacer algunas consideraciones en torno a la posibilidad de defensa del derecho, por parte del retentor. Tradicionalmente se le ha negado al retentor todo tipo de acción para tutelar su derecho e incluso con base en ello se ha llegado a negar su naturaleza de derecho subjetivo (86). No obstante, el panorama ha cambiado radicalmente con la ley catalana, por cuanto ésta no solamente califica de derecho a la retención sino que además le atribuye el calificativo de real. Situados, por tanto, ante un derecho real de garantía intentaremos averiguar cuáles son los mecanismos de defensa que se hallan al alcance del retentor. A primera vista, se puede observar cómo el retentor es un poseedor y que, por tanto, en cuanto el poseedor goza de los medios de defensa atribuibles a éste. Así pues, el retentor puede utilizar las acciones interdictales para retener o recuperar la posesión perdida (cfr. art. 446 CC y art. 5.3 LGP). Pero es que, además, la retención se conforma en la normativa catalana como un derecho pignoraticio y, por tanto, parece de todo punto consecuente atribuirle acción real para la defensa de su derecho (87). La citada acción consistirá en poder ejercitar todas aquellas acciones para reclamar el bien o defenderlo de terceros (cfr. art. 1.869 CC).

JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

(85) I. MIRALLES GONZALEZ, *op. cit.*, pág. 714.

(86) En ese sentido, J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*

(87) Existencia de una acción real que también puede hacerse derivar, como pretende PUIG FERRIOL (*op. cit.*, pág. 430), de lo dispuesto en el artículo 5.3 («El dret de retenció s'extingeix si el retenidor torna voluntàriament la cosa, encara que posteriorment en recuperi la possessió»), pues la pérdida de la posesión por la posesión de otro de más de un año (cfr. art. 460.4 CC) debería dar lugar a la extinción de la retención, al ser imposible recuperar dicho bien por carecer de acción (cfr. arts. 446 y 1.968 CC). En cambio, el artículo 5.3 interpretado a contrario supone implícitamente la existencia de la citada acción real.

Momento de la elección en las obligaciones alternativas

1. Parece natural que en una variedad obligatoria en la que se da una relativa indeterminación prestacional, cual ocurre en las alternativas, exista interés en que la incógnita se resuelva en un lapso temporal razonable y se puedan instrumentar los pasos que conduzcan a su realización. Retrasar la elección, aparte de incidir sobre el punto de que se incrementan las posibilidades de que alguna o algunas de las prestaciones debidas resulten afectadas en cuanto a su ejecución, supone también mantener un estado de incertidumbre más allá de lo razonable y obturar los conductos normales para que se despeje la incógnita prestacional de la manera adecuada; por lo que resulta natural preguntarse qué tipo de repercusiones jurídicas será capaz de generar el hecho de que no se proceda a la elección de una de las prestaciones en su justo momento por aquel a quien corresponda elegir.

El párrafo 264 del BGB se plantea la materia y dispone su solución en los siguientes términos: «Si el deudor titular de la elección no la realiza antes del comienzo de la ejecución forzosa, el acreedor puede, a su elección, dirigir dicha ejecución forzosa sobre una u otra prestación; el deudor, sin embargo, en tanto el acreedor no haya recibido la prestación elegida en todo o en parte, puede liberarse de la obligación por una de las restantes prestaciones. Si el acreedor titular de la elección está en mora, el deudor puede requerirle para la realización de dicha elección bajo determinación de un plazo prudencial. Con el transcurso del plazo pasa al deudor el derecho de elección, si el acreedor no lleva dicha elección en tiempo oportuno.»

Se trata de una regulación general del supuesto que intenta, con visión práctica, establecer las pautas oportunas en las distintas hipótesis que pueden presentarse, según el *ius electionis* corresponda al deudor o al acreedor. Si concierne al primero y no lo realiza en el momento debido, parece fuera de duda que en un sistema como el alemán en el que rige el principio *dies interpellat pro homine* dicho deudor se halla incurso en mora, y semejante situación, aparte de sus efectos genéricos en cualquier variedad obligacio-

nal, algunos específicos deberá producir en el concreto campo de las obligaciones alternativas que nos ocupa.

El parágrafo 264 del Código Civil alemán dispone, al respecto, que el acreedor puede dirigir la ejecución forzosa una de las prestaciones, determinada a su elección, caso de que el deudor no haya realizado la elección antes del comienzo de dicha ejecución forzosa, en razón de que, como dicen ENNECCERUS y LEHMANN, el deudor no pierde el derecho de elección que le incumbe aunque incurra en mora, por lo que el acreedor tiene que demandar la realización de una u otra prestación a elección del deudor y la sentencia ha de condenar en igual sentido (1). Pero aun en dicho supuesto, mientras el acreedor no haya recibido en todo o en parte la prestación elegida, el deudor pueda liberarse de la obligación ejecutando cualquiera otra de las prestaciones excluidas, algo que revela que su derecho de elección se mantiene todavía incólume, por más que limitado, en cuanto puede ejercitarse «sólo mediante ofrecimiento efectivo», y que, quizá, no tenga demasiado sentido y justificación una vez que, ante la desidia del deudor, se ha permitido al acreedor decidir sobre cuál de las prestaciones disyuntivamente debidas se va a consumir la obligación.

En efecto, sostener como lo hacen los autores citados que aunque el deudor incurra en mora no pierde el derecho de elección, aparte de que no encuentra fácil explicación, habida cuenta los naturales efectos agravatorios que la *mora debitoris* ocasiona, no parece compaginarse muy bien con la propia letra del precepto que faculta al acreedor en dicha hipótesis para orientar la ejecución forzosa de la obligación alternativa hacia aquella prestación que determine, esto es, que elija. Porque, una de dos, o el deudor conserva la facultad de elección y en tal caso debe excluirse cualquier selección por parte del acreedor, o éste puede proceder a elegir y en consecuencia no debe aquél mantener poder alguno en tal sentido, pero no las dos cosas al mismo tiempo.

Aunque el precepto no lo diga expresamente, no debiera parecer exagerado concluir que en el Derecho alemán al no realizar el deudor la elección que le concierne en el tiempo oportuno, decae semejante facultad y pasa a corresponder al acreedor, porque resulta difícil, si no imposible, explicar cómo puede conciliarse la idea de que el acreedor puede proceder a reclamar aquella de las prestaciones que le parezca con la de que, no obstante ello, al deudor no ha perdido su poder de elegir, por más que se halle incurso en mora, tal como sostienen ENNECCERUS y LEHMANN.

Y, sin embargo, aunque resulte contradictoria semejante conclusión y, por tanto, habría que proceder a su exclusión si sólo existiera el inciso

(1) ENNECCERUS y LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1954, pág. 108.

inicial del párrafo primero del parágrafo 264 del BGB, resulta harto complicado su marginación a la vista del inciso segundo que faculta al deudor, no obstante haber dirigido el acreedor la ejecución forzosa hacia la prestación que él determinó, para cumplir mediante la realización de otra prestación diferente, mientras dicho acreedor no haya recibido en todo o en parte la prestación elegida, ya que, como advierte LARENZ, la simple declaración de elección, sin efectiva oferta de cumplir la prestación, sería inoperante a estos efectos (2).

¿Debe concluirse de ello que a pesar de que el deudor se halla incurso en mora y de que la primera parte del precepto permite al acreedor seleccionar la prestación a ejecutarse persiste en aquél el *ius electionis* y puede hacer uso del mismo hasta el supremo instante de la ejecución material de la prestación escogida? Una conclusión de este tipo, apegada en exceso a la letra de la ley y de difícil justificación lógico-jurídica, por más que haya sido defendida por civilistas tan destacados como SIBER, ENNECCERUS, LEHMANN y LARENZ, había de suscitar, necesariamente, prevenciones y el deseo de encontrar su superación a través de vías razonables.

Sobre la base del pensamiento de STAMMLER, un gran número de autores alemanes (PLANCK, DERNBURG, KIPP, REHBEIN, LITTEN, etc.) ha entendido que con el comienzo de la ejecución forzosa el derecho de elección se transfiere al acreedor, el cual lo ejercita dirigiendo la ejecución forzosa al objeto determinado, o sea, que el crédito se limita a ese objeto, quedando únicamente al deudor una *facultas alternativa*. A ello objeta ENNECCERUS que, aunque semejante concepción se compadece muy bien con la redacción literal del parágrafo 264, no se desprende necesariamente de dicho texto y conduce al resultado, sumamente injusto, de que el acreedor no pueda dirigir la ejecución forzosa hacia otra prestación si no consigue la prestación primeramente elegida (3).

2. En realidad, no se entiende la afirmación del docto profesor de Marburgo de que la tesis que critica, por más que se acomodase muy bien a la textualidad de la norma, no se desprenda necesariamente de la misma, porque resulta muy difícil compaginar las ideas de que una determinada pauta se adapte muy bien a la letra de la ley y, sin embargo, no se derive de ella, en cuanto parece que lo segundo ha de venir, salvo justificación suficiente en contrario, cuando se produzca lo primero. Pero, si cabe, más inadmisibles resulta ser ulterior aseveración de que la tesis que desecha conduciría al resultado injusto de que «el acreedor no puede dirigir la ejecución forzosa hacia otra prestación si no consigue la prestación primeramente elegida».

(2) LARENZ: *Derecho de obligaciones*. I, Madrid, 1958, pág. 170.

(3) ENNECCERUS y LEHMANN. *Derecho de obligaciones*, I, *op. cit.*, pág. 108

Pienso que hay error en tal planteamiento. Cuando se sostiene que con el comienzo de la ejecución forzosa, sin haber optado el deudor, se transfiere al acreedor el derecho de elección y queda tan sólo a favor del obligado la *facultas alternativa* de poder extinguir la obligación mediante una prestación distinta a la reclamada, no se está produciendo el efecto negativo que pretende ENNECERUS, sino que las cosas ocurren de otra manera, en el supuesto de que el acreedor optante no vea realizado su derecho al no prosperar la reclamación por la vía que libremente adoptó (*ad exemplum*, sobreviene imposible la prestación por él elegida).

Y no se produce, porque en la hipótesis que se considera la obligación no deja de ser alternativa y, en consecuencia, queda abierta siempre la posibilidad de que el acreedor, al que se ha atribuido la elección tras la incuria del deudor, proceda a determinar otra prestación diferente en el supuesto de que no llegue a materializarse la que en un principio seleccionó, sin que al respecto influya negativamente la circunstancia de que la ley reserve al deudor la posibilidad de extinguir la obligación mediante la ejecución de alguna de las otras prestaciones alternativamente debidas.

Ya se ha dicho antes que si se quiere evitar una situación paradójica y contradictoria debe concluirse, a la vista de la primera parte del párrafo 264 del BGB, que el derecho de elección ha pasado del deudor al acreedor en la hipótesis allí contemplada, y que semejante conclusión no debe excluirse en base a la circunstancia de la posibilidad, un tanto insólita, que el inciso segundo reserva al deudor moroso. Pues bien, si ésta no puede suponer el retorno o la pervivencia del *ius electionis* a favor del mismo, porque ello arruina irremediablemente la facultad que el propio precepto ha otorgado al acreedor ante la omisión del deudor (que, por otra parte, constituye una vía operativa y razonable para salir del *impasse*), y, de todas maneras, no puede ignorarse que la norma permite al deudor actuar en otra dirección prestacional en tanto no se haya consumado, en todo o en parte, la ejecución intentada, alguna explicación coherente deberá buscarse para semejante situación.

En tal sentido, parece sumamente razonable y respetuoso con la norma considerar que la omisión del deudor transfiere al acreedor la elección (en el supuesto de que aquél haya sido condenado a ejecutar la prestación y no realiza la elección antes del procedimiento de apremio —LARENZ—), que la obligación continúa siendo alternativa (*rectius*, puede retomar esta consideración si no se progresa a través de la vía prestacional elegida) y, por tanto, caso de que no obtenga la prestación por él primeramente elegida, el acreedor podrá dirigir la ejecución forzosa hacia cualquiera otra de las prestaciones alternativamente contempladas *ab origine*, y, por último, que la posibilidad última reservada por la ley al deudor no puede ser otra cosa que una *facultas alternativa*.

Por el hecho de que el deudor esté facultado para extinguir el vínculo ofreciendo realmente una de las prestaciones, no se deduce que el acreedor pierda el *ius electionis* que le correspondía, sino que ambas situaciones pueden conciliarse sin mayor esfuerzo. El acreedor, mientras persista la indefinición del deudor, podrá elegir y enfocar la ejecución forzosa hacia otra prestación si fracasa la dirección primeramente intentada, pero todo ello queda subordinado al hecho de que la ley permite al deudor, hasta el momento mismo en que el acreedor haya comenzado a recibir la prestación elegida, ofertar otra concreta prestación. Ello no significa que desaparezcan el carácter alternativo de la obligación y sus normales consecuencias, sino que se adiciona, se complementa la alternatividad, con una *facultas alternativa* a favor del deudor, porque es evidente y propio que ya no puede ostentar el *ius electionis* que originariamente le correspondía al existir la *impossibilitas iuris* de que el mismo ha quedado atribuido al acreedor por expreso mandato legal.

3. La segunda parte del párrafo 264 del BGB contempla el supuesto de que sea al acreedor a quien corresponda la facultad de elegir y éste no proceda, en tiempo oportuno, a realizar la determinación prestacional correspondiente. También aquí, aunque ahora de manera explícita, se parte de la idea de que dicho acreedor se halle incurso en mora.

Parece obvio considerar que la *mora accipiendi* sólo se producirá una vez que haya transcurrido el plazo, si tal es el caso, dentro del cual debía procederse a elegir la prestación que el deudor ha de realizar; por lo que no resulta procedente la afirmación de ENNECERUS y LEHMANN de que el acreedor con derecho de elección puede ser puesto en mora en virtud de ofrecimiento verbal de una prestación por parte del deudor (4) ya que difícilmente cabe esta hipótesis en cuanto por definición la selección prestacional aparece conferida al acreedor y, en consecuencia, mal puede el deudor, a los efectos indicados, proceder a una oferta del tipo señalado.

La *mora creditoris* en la obligación alternativa con elección conferida al acreedor sólo se producirá, sobre la base del párrafo 295, cuando el deudor le formule «requerimiento para que haga la elección» y no tenga respuesta positiva al mismo. En tal caso, a pesar de que la doctrina alemana suele encontrar un cierto paralelismo entre esta hipótesis y la anteriormente considerada, en el sentido de que ni el deudor ni el acreedor pierden *ipso iure* el derecho de elección que les correspondía, lo cierto es que esa no es la situación, porque mientras en relación a la primera la ley habla de que «el acreedor puede, a su elección, dirigir dicha ejecución forzosa sobre una u otra prestación», prueba patente de que le ha sido transferida la posibilidad de elegir, en la segunda la norma se limita a facultar al deudor para

(4) *Ibid*, pág. 109, núm. 15.

requerir al acreedor a fin de que realice la selección, prueba también concluyente de que éste no ha perdido todavía el *ius electionis* que le pertenecía.

En efecto, el párrafo segundo del parágrafo 264 a lo único que faculta al deudor que ha hecho incurrir a su acreedor en mora es a otorgarle un plazo prudencial para que durante el mismo proceda a determinar la prestación que quiere recibir, algo que no realizó en tiempo oportuno y *motu proprio*. Tan sólo cuando el acreedor no haga uso de su prerrogativa durante este plazo adicional y de gracia es cuando pasa al deudor el derecho de elección. Será ahora cuando se produce la pérdida del mismo por parte del acreedor y su transferencia al deudor.

Algún autor suele considerar, un tanto acriticamente, que la solución legal alemana «favorece claramente el derecho de elección del deudor frente al derecho de elección del acreedor» (5). En realidad, en base a lo que ha quedado dicho en las líneas que anteceden, resulta difícil defender semejante aseveración en términos absolutos, ya que, quizá, el acreedor goce de una posibilidad de permanencia de la elección de la que no disfrute de manera tan clara el propio deudor y, desde luego, en el plano abstracto parece claro que aquél es tratado más benévolamente que éste, en cuanto no hay pérdida mecánica de la facultad de elección respecto al acreedor y sí la hay en relación al deudor, siquiera sus efectos queden en extremo ralentizados y hasta neutralizados, en el segundo supuesto, en base a la *facultas alternativa* que la ley sigue reconociendo al sujeto pasivo de la obligación, no obstante haberse visto despojado del *ius electionis*.

4. En el Derecho Civil italiano, ya con anterioridad al Código de 1942 que ha normado con detalle la materia, la doctrina se había ocupado del problema que plantea la circunstancia de que ora el deudor u ora el acreedor no haya procedido en tiempo oportuno a ejercitar la facultad de elegir prestación que le incumbe, y su respuesta solía discurrir por el camino de encontrar una vía operativa y equilibrada que permitiese resolver el *impasse* producido. Así, por ejemplo, GIORGI advertirá que si la elección corresponde al deudor, no le es lícito hacer de ella un arma para impedir o retardar el cumplimiento del contrato, por lo que cuando el deudor, luego de haber sido requerido, incurre en morosidad, el juez puede conceder la elección al acreedor, o ejercitarla por sí mismo en lugar de los contratantes; y las mismas reglas deberá aplicarse al acreedor en el caso, poco probable, de que retarde maliciosamente la elección a él conferida por pacto o testamento (6).

El artículo 1.287 del *Codice Civile* italiano de 1942 ha abordado de

(5) RAMS ALBESA: *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, pág. 227.

(6) GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, págs. 439-440.

llo la materia al disponer: «Cuando el deudor, condenado alternativamente a dos prestaciones, no ejecuta ninguna de ellas dentro del término que se le ha asignado por el Juez, la elección corresponde al acreedor. Si la facultad de elección corresponde al acreedor y éste no la ejercita dentro del término establecido o en aquel que se ha fijado por el deudor, la elección pasa a este último. Si la elección se deja a un tercero y éste no la hace dentro del término que se le ha asignado, la misma se hace por el Juez.»

El sistema intenta regular las distintas hipótesis que cabe considerar en la materia en estudio y establecer una línea de actuación unitaria en las mismas, aunque, aquí de manera mucho más diáfana que en el Derecho alemán, el legislador italiano muestra un claro síntoma de favor hacia el deudor, hasta el punto de que puede resultar discutible la afirmación de RUBINO en el sentido de que la norma aplica un único principio general: la elección que no es ejercitada por su titular originario, pasa al otro sujeto (7). Y puede resultar discutible en virtud de las matizaciones que la misma establece según se trate de despojar del *ius electionis* no ejercitado oportunamente al deudor o al acreedor.

En efecto, si la elección corresponde al deudor, por más que el mismo se halle incurso en mora al no haber procedido a realizar la determinación prestacional en el término oportuno, ello no supone, a diferencia de lo que hemos visto ocurría (aunque con sustanciales cautelas) en el Derecho civil alemán, que de manera mecánica la facultad de elegir pase a corresponder al acreedor insatisfecho. Hará falta que ésta haya demandado judicialmente el cumplimiento de la obligación alternativa, obtenido sentencia favorable que condene al deudor a ejecutar lo que debe, y que dentro de la misma el Juez le señale un plazo para proceder a la ejecución. Sólo en el caso de que, cubiertos todos esos requisitos y trámites, el deudor no realice la prestación, es cuando la ley atribuye al acreedor el *ius electionis* que decayó en aquél.

5. Obsérvense, pues, dos cosas. La primera, el trato sumamente favorable que la ley dispensa al deudor cuando a él venga atribuida la elección, porque importa poco que no haya procedido a elegir prestación en el tiempo oportuno, y al no cumplir, por tanto, se halle incurso en mora por virtud del principio *dies interpellat*.. que rige en el Derecho italiano (art. 1.219, 3.º), ya que mientras no se le reclame en vía jurisdiccional el cumplimiento de la obligación no corre peligro alguno de perder su atribución de elegir; algo que, quizá, resulte desmedido e inconveniente al compeler al acreedor que quiera producir semejante efecto a aventurarse en un proceso judicial, cuando la consecuencia sancionadora podría haberse contemplado perfectamente como uno de los efectos perjudiciales que acarrea la *mora solvendi*, o al

(7) RUBINO: «Delle obbligazioni», en *Commentario del Codice civile a cura de Scialoja e Branca*, Bolonia (Roma), 1957, pág. 83.

menos permitir su consecución como simple actuación de jurisdicción voluntaria tras la mera constatación ante el Juez de que el deudor, llegado el momento del cumplimiento, no ha procedido a designar alguna de las prestaciones debidas disyuntivamente como afectada al pago.

La segunda, la resistencia del legislador a despojar del *ius electionis* al deudor incumpliente, hasta el punto de que no se conforma con que haya de ser demandado judicialmente y condenado mediante sentencia, sino que, además, el Juez debe proceder a otorgarle un nuevo plazo para que proceda a la elección, cuando, aun sin arrebatar ésta al deudor condenado, la selección prestacional podría haberse contemplado como un trámite inmediato dentro de la ejecución de sentencia.

Rubino se plantea que si las partes han previsto la pérdida de la elección por parte del deudor si el mismo no procede a realizarla dentro del término establecido, el tránsito de aquélla al acreedor deberá producirse automáticamente con el simple vencimiento del término contractual, porque los extremos de la condena y del término judicial están establecidos para la tutela del deudor y, por tanto, éste los puede renunciar. Sin embargo, mientras no exista prueba en contrario, no puede admitirse que el vencimiento del plazo de elección determine el tránsito automático de la facultad al acreedor, porque una voluntad en tal sentido no puede considerarse implícita en la pura y simple asignación contractual de un término para la elección, y, *a fortiori*, lo mismo vale en el caso de que el término no esté referido específicamente al ejercicio de la elección, sino, de manera genérica, al cumplimiento de la obligación alternativa (8).

Aun reconociendo lo correcto del planteamiento del civilista italiano citado respecto a las dos últimas hipótesis (plazo para la elección y plazo para el cumplimiento), todavía cabría plantear alguna duda en relación a la solución que patrocina para el primer supuesto: el que las partes hayan previsto expresamente que el deudor perderá la facultad de elección caso de que no proceda a ejercitarla dentro del término establecido al efecto. Se nos dirá que si las partes pueden pactar sin ningún problema la atribución del *ius electionis* al acreedor (art. 1.286 del *Codice*), con mayor razón podrán convenir una consecuencia jurídica como la que se contempla, por simple aplicación del argumento *a maiori ad minus*.

Y, sin embargo, no necesariamente tiene que ser así, porque aunque, sin duda, las exigencias que contempla el primer párrafo del artículo 1.287 del *Codice Civile* (sentencia y plazo judiciales) estén previstas para la tutela del deudor y constituyan, por ende, un beneficio del mismo, de ello no cabe derivar sin más, tal como pretende RUBINO, que son libremente renunciables por el deudor en cualquier momento, pues el ordenamiento jurídico nos

(8) *Ibid.*, pág. 86.

brinda numerosos casos en los que determinadas prerrogativas concedidas a los sujetos jurídicos no son abandonables por ellos, precisamente porque se los quiere tutelar y semejante tutela genérica podría sufrir serio contratiempo si el beneficiario pudiera disponer a su antojo del beneficio.

Al fin y al cabo, en el hecho de que la ley exija que para que el deudor pierda la facultad de elección, que presuntivamente le corresponde, hace falta, nada más y nada menos, que exista una sentencia judicial que le condene a cumplir alternativamente las prestaciones, que se le asigne al efecto un nuevo plazo, y que dentro del mismo el condenado no ejecute ninguna de dichas prestaciones, puede verse, sin mayor esfuerzo, un formidable aparato jurídico orientado a retener al máximo aquella facultad selectiva en la esfera jurídica del deudor, incluso contra su propia voluntad, en cuanto se estime que existen consideraciones de orden público para sancionar semejante adscripción.

Si tal fuera el caso, entraríamos en el campo en que la renuncia debe ser excluida por expreso mandato legal (art. 6.º, 2 CC), en cuanto resultaría que en la circunstancia de dificultar en extremo la posibilidad de que el deudor pierda el *ius electionis* que le esté asignado anida una consideración de interés o conveniencia genérica que debe dejarse a cubierto de renunciaciones, imposiciones y captaciones. También aquí deberían ponderarse el criterio del *favor debitoris* y la circunstancia de que la condición preponderante suele corresponder en los contratos al acreedor, por lo que la consideración de la persistencia de la tutela al deudor aun contra su «voluntad» podría encontrar apoyo en la idea de que en dicha tutela laten consecuencias que trascienden a la pura discreción del deudor. Y todo ello aun prescindiendo de, a la vista de la forma en que está redactada y de los factores que juzgan en su seno, que bien pudiera considerarse que la norma recogida en el párrafo primero del artículo 1.287 del *Codice Civile* es de *ius cogens*, y, por tanto, huelga cualquier disquisición sobre si cabe o no excluir su operatividad mediante el convenio de los interesados.

6. El codificador italiano contempla la situación de distinta manera en el caso de inacción del sujeto legitimado para elegir cuando éste sea el acreedor, pues en el mismo se produce el tránsito de la facultad de elección al deudor por la sola circunstancia de que aquél deje pasar inactivo el término establecido o el que haya sido fijado por el deudor, sin necesidad de que, a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis contraria, se vea compelido a instaurar juicio alguno al respecto.

Ha señalado RUBINO que semejante circunstancia es del todo natural, porque no sería justo que el incumplimiento por parte del acreedor del deber de elegir produjese al deudor la molestia y la dilación de tener que recurrir a un proceso con el solo objeto de poder obtener la elección y mediante ella cumplir la obligación; por lo que es suficiente que el deudor asigne extra-

judicialmente al acreedor un término para la elección, y ésta pasa a él de manera automática si aquél no la ejercita dentro del mismo, término que puede haber sido convenido en el contrato constitutivo de la obligación o, en caso de silencio contractual, fijado unilateralmente por el deudor (9).

Existe un fondo de verdad en tales planteamientos, pues no son las mismas la posición del acreedor pidiendo al deudor que se defina en relación a la prestación que desea cumplir y la de éste reclamando a aquél que proceda a señalar qué prestación quiere recibir, ya que es obvio que el acreedor nunca podrá ser el sujeto activo del cumplimiento y, por tanto, resultaría desmesurado, impropio y sin sentido que para obtener su simple definición respecto al objeto que elige el deudor se viera compelido a tener que instaurar, nada menos, que un proceso judicial.

Pero admitido esto, que es razonable, no puede dejar de reconocerse también que la argumentación de RUBINO recuerda un tanto el inadecuado planteamiento *post hoc ergo hoc*, esto es, la ley lo dice, luego la justificación debe seguir el camino legal, cuando, quizá, lo adecuado sería cuestionarse también por qué en el caso de elección atribuida al deudor hace falta entablar juicio para que el mismo pueda perder semejante prerrogativa. Bien que dicho proceso no haga falta en la hipótesis contraria de elección atribuida al acreedor, ¿pero puede justificarse por eso sólo que cuando la elección corresponda al deudor sí se precise la iniciación de un proceso?

Como antes decíamos, el legislador italiano se ha inclinado en demasía hacia el deudor, exigiendo una actuación extraordinaria para que el mismo pueda ser despojado de la facultad de elección, nada menos que la incoación de un juicio, cuando, posiblemente, lo razonable habría sido prescindir de semejante trámite tanto en el caso de elección correspondiente al acreedor como en el de elección atribuida al deudor. La circunstancia de que es el deudor y no el acreedor el que está obligado a cumplir la obligación alternativa no es suficiente para justificar que si quiere aquél obtener la facultad de elegir deba realizar el proceso para reclamar el pago, porque esto es algo desmedido e inadecuado al fin que procura, ya que, en numerosos casos, si el acreedor pudiese obtener por otro procedimiento menos oneroso (por ejemplo, señalando un plazo) la definición del deudor respecto a la prestación que desea cumplir, no haría falta ocurrir al proceso judicial para obtener la realización de dicha prestación.

Piensa también RUBINO que el tránsito de la facultad de elección al deudor no se trata de una forma de *mora accipiendi* y de una especial sanción por tal mora, porque el retardo del acreedor no es en recibir la prestación, que resulta imposible antes de la elección, en cuanto la oferta formal de pago, presupuesto necesario para la *mora creditoris*, sólo puede

(9) *Ibid.*, pág. 87.

realizarse mediante una prestación ya determinada. Se trataría, por tanto, de una sanción especial por una particular *mora debendi* del acreedor, es decir, por la mora en el ejercicio de la elección, la cual, amén de un poder, constituye siempre también un deber, puro cuando afecta al acreedor, accesorio a la obligación principal cuando concierne al deudor (10).

7. *¿Quid iuris?* La construcción de RUBINO presenta demasiados puntos dudosos, aun dejando aparte lo discutible que resulta hablar de imposibilidad de la prestación antes de la elección y su peculiar conformación de ésta como un poder-deber, que hemos tenido ocasión de considerar en páginas antecedentes, pues no deja de sonar insólito y aun paradójico que el acreedor que no realiza la elección en tiempo oportuno no incurra en *mora in accipiendo* y sí en cambio en *mora in solvendo*, aunque sea particular, al no haber ejercitado en tiempo oportuno su deber de elegir.

Esto es, verdadera y propia *mora creditoris* no pueda ser, porque no ha tenido lugar el requisito de la oferta de pago por el deudor, en cuanto la prestación no está todavía determinada, pero genuina y auténtica *mora debitoris* tampoco, porque estamos en presencia no de un deudor sino de un acreedor, por más que RUBINO le asigne la titularidad de un discutible y borroso deber de proceder a la elección prestacional. Pues bien, para el civilista italiano resulta más razonable aceptar que estamos en presencia de una particular *mora solvendi* que concluir que, por más que no se trate de la propia *mora accipiendi*, nos hallamos más cerca de ésta que de la contraria.

Otro es nuestro parecer al respecto. El punto de partida debe consistir, tal como admite el mismo RUBINO, en estimar que la pérdida de la facultad de elección constituye una sanción al acreedor por no haber ejercitado la misma en su oportunidad; ahora bien, aceptado que se trata de una sanción, la pregunta lógica y siguiente deberá ser la de inquirir a través de qué mecanismo jurídico se le irroga al acreedor.

Que en cuanto no hubo ni pudo haber ofrecimiento de pago no pueda hablarse de verdadera y propia *mora creditoris* parece fuera de toda duda (11) pero más meridiano resulta que mucho menos cabrá hablar de auténtica *mora debitoris* en relación a alguien que ostenta el papel principal e inobjetable de acreedor en la relación obligatoria alternativa. En consecuencia, si la pérdida de la facultad de elección por el acreedor no puede ser otra cosa que una sanción que se inflige al mismo y si, como parece inexcusable, semejante sanción no puede ligarse a otro mecanismo jurídico que no sea el de la mora, resulta mucho más conveniente y adecuado considerar que en el supuesto de acreedor que no realiza la elección que le

(10) *Ibid.*, págs. 87-88.

(11) CRISTÓBAL MONTES. *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, págs. 188 y sigs.

conciene en tiempo oportuno estamos ante una especial y *sui generis mora accipiendi* antes que en presencia de una también especial y *sui generis mora solvendi*, aunque sólo sea por proximidad conceptual y por respetar el papel principal e inocultable de acreedor o deudor que corresponde a cada uno de los sujetos de la relación obligatoria, papel que no puede trastocarse ni desfigurarse por las circunstancias de que se trate de una obligación alternativa y de que el derecho de seleccionar una u otra prestación de las debidas esté atribuido al deudor o al acreedor. Por lo demás este es el punto de vista de la normativa alemana, que en esta materia sirvió de inspiración al codificador italiano, ya que en el párrafo segundo del parágrafo 264 del BGB se habla de «si el acreedor titular de la elección está en mora...».

El artículo 1.287 del Código Civil italiano cierra, finalmente, el tratamiento de la decadencia de la facultad de elección, disponiendo que si ésta se ha atribuido a un tercero y el mismo no procede a ejercerla dentro del término que al respecto se le haya señalado (término que puede venir dado en el negocio constitutivo de la obligación o en un momento posterior), la elección se hará por el Juez.

8. No vamos a replantearnos la problemática de la elección encomendada al *arbitrium boni viri* de un tercero, pero no nos resistimos a adelantar la reflexión de que el sistema italiano al sancionar semejante solución en el caso de elección atribuida a tercero no deja de incurrir en una cierta incoherencia o desarmonía, porque si corresponde al deudor y no la realiza, pasa al acreedor, si conciene al acreedor y permanece inactiva, se atribuye al deudor, mientras que si el tercero no practica la elección, es el Juez al que corresponde designar cuál de las prestaciones alternativamente debidas deberá ser realizado.

¿Por qué no se predica similar solución en los otros dos casos? Quizá porque al legislador le parece más adecuado y propio, muy probablemente con harta razón, que en un campo como el de la facultad de elección en las obligaciones alternativas debe darse protagonismo a los sujetos y marginarse la actuación del Juez. Pero, obsérvese que otro tanto podría decirse en relación al tercer supuesto, pues también allá cabría sostener que no hay por qué dar entrada a la determinación judicial y, en consecuencia, caso de que el tercero no elija, retorna la facultad de elección a los sujetos de la obligación, y primeramente al deudor en cuanto existe una presunción *iuris tantum* de pertenencia al mismo. El codificador italiano ha querido evitar complicaciones y circuitos reiterativos, ha cortado por lo sano y ha resuelto que la inacción del tercero sea suplida por el Juez. Solución tan válida como la otra, pero que deja un cierto regusto de que está recurriendo a un *tetium genus* que no se incardina con facilidad en el mecanismo de atribución de la facultad de elegir que ha jugado en las otras dos hipótesis.

¿Es mala tal solución? El hecho de que no armonice no quiere decir que

sea inadecuada, ya que, quizá, *in abstracto* sea más conveniente y recomendable que la de establecer la rotación de la elección del deudor al acreedor y del acreedor al deudor, y, en consecuencia, debieran ser las otras soluciones las que claudicasen ante ésta. En efecto, mientras al atribuir la elección al Juez, por más discutible que pueda resultar semejante adscripción de acuerdo a la peculiar *substantia iuris* de la obligación alternativa, el problema queda plenamente resuelto, pues se tiene la completa seguridad de que la autoridad judicial cumplirá la encomienda, al pasar la elección de uno a otro de los sujetos, no existe garantía alguna de que en el nuevo titular no volverá a repetirse el mismo fenómeno de no elección de la prestación a ejecutar. Y, en tal caso, ¿qué ocurre? Se le arrebató también la facultad de elección y se vuelve a atribuirle a su titular originario, y así *ad infinitum* si éste tampoco realiza la determinación prestacional.

Quizá, por ello, lo más práctico y seguro hubiera sido atribuir al Juez la elección en los tres supuestos de que la misma no se haya hecho por el deudor, el acreedor o el tercero al que *ab initio* viniese asignada. El codificador italiano parece haber intuido este peligro, aunque no lo desvele, al hablar en los dos primeros casos de «la elección corresponde al acreedor» y «la elección pasa a este último» (el deudor), mientras en el tercero afirma tajantemente que «la misma (la elección) se hace por el Juez», algo que supone una situación particularmente diferente de las otras en cuanto al grado de seguridad y certeza.

9. ¿Qué ocurre en el Derecho Civil español en este punto? Nuestro Código Civil, al igual que en su día hiciera el *Code Napoléon*, ha callado inexplicablemente a la hora de decidir qué sucede cuando el deudor que ha de elegir no lo hace en tiempo oportuno, o el acreedor a quien expresamente se hubiera concedido la facultad de elegir tampoco procede a determinar la prestación, ni mucho menos, claro está, se ocupa de esta materia en el caso de que la inacción se deba al tercero-electo, ya que ni siquiera contempla de manera específica semejante posibilidad de atribución del *ius electionis*. No debe extrañar, en consecuencia, que nuestra jurisprudencia no se pronuncie al respecto y la mayor parte de nuestros civilistas ni se plantean semejante circunstancia.

Tampoco en Francia se ha ocupado la doctrina de profundizar en la materia y los autores se limitan a comentar la solución alemana e italiana y a plantear los problemas que suscita una hipotética importación de la misma. Así, por ejemplo, GLEBER considera que los Tribunales sólo pueden ejercitar coacción indirecta sobre el electo para que ejercite su facultad, y ello porque la ejecución forzosa de una obligación de hacer ha de revestir la forma de indemnización de daños y perjuicios, y porque una resolución judicial no puede servir de título para suplantar una actividad tan personal como la facultad de elección; en consecuencia, dada la insuficiencia de los

principios generales para proporcionar una solución y ante la tesitura de que los Tribunales tengan que suplantar una actividad personal o respetar la abstención del elector en perjuicio de la otra parte, sugiere que la regulación legal sea completada con medios previstos por las partes para vencer semejante resistencia, como podría ser, por ejemplo, la transmisión a la otra parte de la facultad de elección (12).

Laten en esta exposición del autor galo las viejas y superadas concepciones de *nemo ad factum praecise cogi potest* y de que no pueda la voluntad del Juez sustituir la voluntad de la parte incumplidora de la obligación, algo que la doctrina y también ya la jurisprudencia vienen marginando de manera creciente en todos los países. Que la facultad de elegir en las obligaciones alternativas sea una actividad personal del sujeto al que incumbe, es algo innegable, pero ello no quiere decir que se trate de un hecho personalísimo, y, por tanto, no cabe, sin más, excluir la posibilidad de que ante la inactividad del titular, proceda el Juez a determinar qué prestación debe ser ejecutada, porque no existe obstáculo de importancia para admitir que en la obligación de hacer que envuelva la emisión de una declaración de voluntad, la omitida voluntad del deudor puede ser sustituida por la del Juez, tal como ha reconocido en nuestro país la Sentencia de 1 de julio de 1950 (13) algo que, *mutatis mutandis*, puede servirnos también en nuestra materia, por más que no estemos ante una genuina *obligatio facere*.

Por otra parte, recurrir a que sean los interesados quienes mediante las oportunas cláusulas prevean y resuelvan la cuestión, no es más que una forma de eludir el problema, pues es obvio que éste sólo existe y se plantea con toda virulencia cuando las partes no han establecido nada al respecto, porque no en balde nos hallamos en la esfera del *ius dispositivum*.

10. Entre nosotros, como decíamos, los autores suelen eludir la cuestión, aunque no falta tampoco alguna posición bienintencionada y voluntarista, como la de De la Cuesta, por ejemplo, que ante semejante problemática no duda en considerar que cabe la consagración en el Derecho español de las soluciones del parágrafo 264 del Código Civil alemán o del artículo 1.287 del Código Civil italiano, «por vía jurisprudencial y con base en los principios generales de la buena fe consagrados en el artículo 1.258 del Código Civil y en el artículo 7.º, 1 del mismo Cuerpo legal (14); aunque el autor, al parecer, se considere relegado de cualquier esfuerzo argumental en tal sentido.

(12) GLEBER. «Les obligations alternatives», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1969, págs. 26 y sigs.

(13) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, III, Madrid, 1988, págs. 239-240.

(14) DE LA CUESTA. «Las obligaciones alternativas», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pág. 1.

ALBALADEJO parte de la idea de que, en principio, el retraso en el cumplimiento no priva del derecho a elegir, ni pasa éste a la otra parte desde que llegó el tiempo en el que el cumplimiento debió realizarse, pero obliga a indemnizar los daños que acarree el retraso en la elección. Si la parte a la que procede hacer la elección no la realiza, la otra parte, que tiene derecho a que la determinación de la prestación se haga en el tiempo previsto, puede pedir a los Tribunales que condenen a aquélla a hacerla, y si no acata el fallo, que la haga el propio Tribunal, a cuyo efecto éste puede señalar ya la prestación con la que se deberá cumplir, si no se elige otra por el elector (15).

Pero, en nuestro país, han sido PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER quienes con mayor extensión y profundidad se han ocupado de la materia. Sobre la base de que la *mora solvendi* no significa el incumplimiento definitivo de la obligación, consideran lógico que el deudor incurso en ella no pierda su derecho de elección y, en consecuencia, que no quepa afirmar la transferencia del derecho de elección al acreedor, cosa que ningún precepto del Código Civil autoriza. El acreedor deberá demandar al deudor para que se le condene a realizar a su elección una de las prestaciones alternativamente debidas, por más que, llegada la oportunidad de la ejecución forzosa, la ley española no contemple lo que ocurrirá si el deudor no hace o se resiste a hacer la elección que le corresponde.

Piensen los anotadores de ENNECCERUS que la solución no es, empero, difícil si se considera que si bien la elección es un derecho del deudor, debe ser y es también un deber en un momento determinado, el de la efectividad de la obligación, por lo que no resulta violento en nuestro Derecho que el Juez, aplicando por analogía los artículos 1.098 del Código Civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haga por sí la elección. Solución frente a la que no puede objetarse que el deudor no ha sido previamente condenado a hacer, porque, aunque así sea, es lo cierto que ese hacer que consiste en elegir es antecedente necesario ineludible para llevar a efecto la sentencia que le condene a las prestaciones alternativamente debidas; ni tampoco cabe aducir en contra que el hecho de elegir sea personalísimo.

De la misma manera, tampoco caduca el derecho de elección cuando corresponde al acreedor y éste incurra en *mora accipiendi*, aunque aquí no quepa sostener un criterio paralelo al anterior, en cuanto el punto de partida de aquella solución es el haberse dictado una sentencia condenando al deudor al pago de una de las prestaciones alternativamente debidas. No sería práctica la solución de obligar al deudor a seguir un pleito para que se condenase al acreedor a hacer la elección, porque esto no resolvería el

(15) ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XV-2, 1983, pág. 175.

estado de incertidumbre del deudor en cuanto a la concentración de la obligación, y le colocaría en la necesidad de conservar a disposición del acreedor todas las cosas alternativamente debidas a consignarlas todas ellas, perdiendo durante largo plazo su disponibilidad, aparte de que este criterio, excesivamente oneroso, no estaría de acuerdo con el espíritu de los artículos 1.131 y 1.177, pues el deudor sólo está obligado a realizar una de las prestaciones, y si se le obligase a consignar todas, la consignación perdería su correlación con el pago o cumplimiento. Por ello, para PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, la solución pudiera estar en aplicar el artículo 1.258 (buena fe, equidad en las relaciones) y *a contrario sensu* el artículo 1.167 (sobre obligaciones genéricas), considerando liberado al deudor que elija de buena fe y consigne la prestación que sea de presumir hubiera elegido el acreedor o, en su caso, la de mayor valor (16).

11. Muchas y muy valiosas son las ideas que manejan los anotadores de ENNECCERUS, aunque, quizá, padezcan una excesiva inclinación hacia las pautas alemanas, de difícil encaje, algunas de ellas, en el sistema civil español; pero sobre la base de los planteamientos que formulan es de donde debe partir cualquier indagación que pretenda solucionar, de una manera razonable, el problema que plantea entre nosotros la ausencia de una norma que discipline los pasos a dar cuando el deudor o el acreedor a quien corresponda el *ius electionis* no lo ejecute en su oportunidad.

El primer acierto, me parece, consiste en asentar ambos supuestos sobre la base de la mora, la única que permite legitimar cualquier actividad sancionadora posterior, y no discriminar el segundo de ellos, según pretende RUBINO, excluyéndolo de la situación de *mora creditoris*, por más que no se trate de una verdadera y propia manifestación de la misma, sino de una particular especie, y ello tan sólo en el caso del deudor, como bien puede, no procediera a ofrecer todas las prestaciones alternativamente debidas, ya que en él no se advierte cuál pudiera ser la diferencia con la genuina *mora accipiendi*.

Que el deudor al que corresponda la elección incurra en mora, no supone que el mismo pierda la facultad de elegir, porque semejante sanción sólo puede derivar de la norma y ésta calla al respecto (otra cosa es que el pacto de los interesados, como bien puede ocurrir, lo haya previsto), ni tampoco que la aludida facultad pase *ministerio legis* al acreedor, ya que no existe disposición legal al respecto. ¿Habrá que deducir de ello que en nuestro sistema civil, al igual que ocurre en los Derechos alemán e italiano, el acreedor deberá demandar para que se condene al deudor a cumplir una de las prestaciones y, caso de no hacerlo, pueda el Juez hacer la elección?

(16) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, I, Barcelona, 1954, págs. 110 y 111.

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER reconocen paladinamente que existe una laguna al respecto en el Derecho español, pero que la misma puede salvarse sin dificultad, en cuanto la elección es también un deber en el momento de la efectividad de la obligación, y, por ende, aplicando por analogía el artículo 1.098 del Código Civil y el 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede el Juez proceder a la elección de una de las prestaciones alternativamente debidas.

Late aquí, como se observará, la idea de RUBINO de la elección como derecho-deber, que en otro lugar hemos combatido y que, por lo demás, tampoco sirve para solventar el problema que se plantea. En efecto, no deja de resultar un tanto paradójico que siendo necesario que el acreedor demande la condena del deudor a cumplir la obligación alternativa y, habiendo obtenido sentencia en tal sentido, proceda el Juez a practicar la elección, caso de que el condenado no se decida por una u otra de las prestaciones debidas; porque, en tal caso, ¿cuál es la razón justificativa de que haya que entablar pleito pidiendo la ejecución de la obligación, pleito que luego se revela como innecesario e intrascendente?, y ¿por qué no podría el acreedor pedirle al Juez directamente, una vez constatada la inacción del deudor, que procediese a señalar con cuál de las prestaciones ha de darse cumplimiento a la obligación alternativa?

12. Obsérvese que los Derechos alemán e italiano contemplan como necesaria la incoacción del juicio reclamatorio, pero no para que el Juez proceda a practicar la elección, sino para que ésta pase al acreedor en el supuesto de que el deudor no se decida por una de las prestaciones en la fase de la ejecución forzosa, algo que no excluye que el acreedor pueda evitar el pleito cuando no desee la asunción del *ius eligendi* sino tan sólo que el Juez resuelva la incertidumbre y así se lo pida, una vez que el deudor haya caído en mora.

Pues bien, como en nuestro Derecho, por ausencia de previsión legal, no cabe que la elección se transfiera al acreedor, ¿para qué exigir la tramitación de un proceso que se enrumba fundamentalmente a la consecución de dicho objetivo? Parece mucho más razonable prescindir de él cuando por su través no puede alcanzarse aquella finalidad y sólo se consigue el que el Juez realice la selección, algo para cuya justificación no precisa de toda una actuación contenciosa, máxime cuando aun habiendo obtenido sentencia condenatoria no se advierte cómo el Juez podría realizar la elección, ya que ésta no es la materia del *petitum* y, en consecuencia, no ha podido ser objeto de la condena. Si el deudor no ha sido condenado a hacer la elección, no cabe su sustitución por el Juez en esta tarea, sin que sirva al respecto el alegato de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER de que «es lo cierto que ese hacer, que consiste en elegir, es antecedente necesario ineludible para llevar a efecto la sentencia que le condene (al deudor) a las prestaciones alternativamente

debidas», porque ya se ha visto que en los sistemas que contemplan el proceso judicial, la sentencia condenatoria no conduce a la elección por parte del Juez sino a la transferencia de la misma al acreedor.

Pienso, pues, que el remedio propuesto es desproporcionado y, además, no garantiza el objetivo perseguido, en cuanto está importado de unos ordenamientos que lo contemplan para otra finalidad (el tránsito de la facultad de elección al acreedor), que entre nosotros no cabe. Aquí, eliminada semejante posibilidad, que no se puede introducir, según pretende DE LA CUESTA, en base al principio general de la buena fe consagrado en los artículos 7.º y 1.258 del Código Civil, no se comprende la necesidad de adentrarse en un camino tan enojoso y polémico. Cuando la elección corresponda al deudor y éste no la realice en tiempo oportuno, el acreedor podrá acudir al Juez sobre la base, primero, de que aquél se haya incurrido en retraso prestacional y, en segundo lugar, de que constituyendo la elección uno de los presupuestos precisos para el cumplimiento de la obligación alternativa, puede el Juez proceder a realizarla cuando la parte a quien concierne rehúya efectuarla, ya que, en otro caso, quedaría en manos del deudor retrasar indefinidamente el cumplimiento de la obligación alternativa. Nada obsta, empero, a que el Juez, antes de realizar la elección, conceda al deudor un plazo de gracia por si quiere practicarla él personalmente (arg. ex arts. 1.124 y 1.128 CC).

Curiosamente, los anotadores de ENNECERUS siguen un camino diferente cuando la elección esté atribuida al acreedor. Ahora, no ven práctica la solución de obligar al deudor a seguir un pleito (¿acaso lo es respecto al acreedor?), ni la de que el obligado proceda a consignar todas las cosas debidas, por lo que debería bastar con que eligiera una de buena fe y tuviese lugar la consignación de la misma.

13. Aun dejando a un lado que no se alcanza a ver la razón por la que hipótesis iguales deban tratarse de manera diferente (si elige el deudor, le reemplaza el Juez, si elige el acreedor, la elección pasa al deudor), ni tampoco la necesidad de que haya de procederse a la consignación de todas las cosas debidas, por cuanto la *mora creditoris* no precisará más que de la oferta de ejecución de todas las prestaciones alternativamente debidas, nos parece que también en este supuesto el tratamiento debe ser el mismo. Si el acreedor no procede a señalar una de las prestaciones en la oportunidad correspondiente, tampoco aquí se transferirá la facultad electiva al deudor, pero sí podrá éste instar del Juez que realice la selección que aquél no ha practicado, sobre la base de que la autoridad judicial está legitimada para despejar los obstáculos que impiden el recto cumplimiento de las obligaciones. Y, desde luego, que la misma solución de sustitución de la voluntad del legitimado por la del Juez deberá darse cuando la facultad de elegir una de las prestaciones alternativamente debidas se haya encomendado a un tercero.

Quizá se arguya que en nuestro sistema no hay base legal suficiente para esto y que resulta difícil impetrar la intervención del Juez fuera del trámite de ejecución de sentencia; pero si se advierten las exigencias derivadas del principio de buena fe, las consecuencias sancionadoras de la mora, por un lado, y, por el otro, que en relación a quien ostenta el *ius electionis* difícilmente cabe considerar que soporta una obligación de hacer, y, por ende, no se comprende cómo podría ser condenado a elegir, no parece que haya en nuestro sistema civil una solución diferente de la que ha quedado expuesta, so pena de caer en el absurdo de que la parte que no elige no pierde la facultad, pero tampoco será reemplazado por el Juez, en cuanto no es posible dictar una sentencia operativa contra ella en tal sentido; algo que se parecería peligrosamente a un callejón sin salida.

Aparte de que si «donde hay interés hay acción» y si hoy todos los ordenamientos jurídicos admiten el sistema de acciones innominadas no se acierta a ver por qué, según el caso, el acreedor o el deudor no pueda pedir la actuación judicial, al objeto de que la misma produzca la elección prestacional que la contraparte no ha querido realizar, pues resulta difícilmente ocultable que cuando la elección concierne al deudor existe un interés razonable por parte del acreedor en conocer oportunamente con cuál de las prestaciones debidas será satisfecho su derecho, y cuando compete al acreedor también se dará en el deudor una legítima expectativa en torno a la noticia tempestiva de qué concreta prestación habrá de cumplir. Si se trata, pues, de intereses razonables en ambos casos y si nada obsta, antes bien todo propicia, a que los mismos puedan encontrar vía adecuada a través de la intervención judicial, la cual siempre estará facultada para conceder al deudor o acreedor que no hizo en tiempo oportuno la elección un plazo adicional de gracia para que la practique, ¿por qué negar la única vía que atiende adecuada y cumplidamente a la solución del supuesto, máxime cuando la misma ni tan siquiera padece las limitaciones e incongruencias a que pueden conducir las fórmulas alemana e italiana?

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios

SUMARIO: INTRODUCCION. En la Exposición de Motivos.—I. EXEGESIS DEL TEXTO: A) LA SUBROGACIÓN DEL ACREEDOR: a) *Ambito de aplicación.* b) *El artículo 1.211.* c) *El artículo 1.211 en la Ley de 30 de marzo de 1994.* d) *La subrogación con colaboración.* e) *Subrogación sin colaboración* En cuanto al Depósito: g) *Comisión por amortización anticipada.* h) *Escritura de subrogación.* j) *La conexión registral.* Los efectos de la subrogación: k) *La ejecución de la hipoteca.* l) *Beneficios fiscales y derechos arancelarios.* B) LA NOVACIÓN MODIFICATIVA. C) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. OTRAS CUESTIONES.—CONCLUSION.

INTRODUCCION

Una nueva norma viene a surcar el ya abultado panorama legislativo del momento. Los préstamos hipotecarios y todo el mundo que los rodea, han sido el nuevo objetivo del legislador; los vaivenes de la economía han dado como consecuencia una gran fluctuación en los intereses de todos los préstamos, y muy en concreto, de los hipotecarios.

Para intentar paliar en parte este problema, el legislador ha querido ofrecer una vía legal que aglutinara los anhelos de los sufridos consumidores. Esta ha sido, la de la Ley de 30 de marzo de 1994, relativa a la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Lo que no sabemos ciertamente es si el propósito del legislador, o mejor dicho sus intenciones, van a ser satisfechas con este nuevo texto legal.

En nuestro breve trabajo, extraído con la rapidez de lo inmediato, vamos a intentar analizar, siempre desde un punto de vista jurídico, todos sus matices y posibilidades, así como sus incógnitas, y aunque sea adelan-

tarnos —ya que es el lector el que al final debe sacar sus propias conclusiones—, la redacción del texto, desde el punto de vista de la técnica jurídica, no parece muy depurada en algunos puntos, y está en muchos momentos plagada de incertidumbres y de problemas, que la práctica quizá irá resolviendo, o al menos aquellos profesionales que más directamente tenemos que aplicarla a diario; teniendo en todo caso el convencimiento *a priori*, de que algunas de las figuras aquí reguladas tendrán menos éxito que otras como, por ejemplo, la subrogación sin colaboración de las entidades. Sin embargo, no sería justo, si no se tuviese en cuenta la buena orientación y criterio del legislador, al comprender la importancia, seguridad y fehaciencia del documento público notarial y su posterior acceso al Registro de la Propiedad.

La ley consta de nueve artículos, cuatro disposiciones adicionales, alguna de gran repercusión e importancia práctica, y una disposición final única.

En la *Exposición de Motivos* y un poco en relación con lo que apuntábamos líneas arriba, se intenta justificar la Ley, teniendo en cuenta a los prestatarios en la actual situación económica, vista la evolución del mercado financiero y, en concreto, el hipotecario, cuando dice:

«El descenso generalizado de los tipos de interés... ha repercutido, como es lógico, en los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso (...).»

El sustento, o mejor dicho, el precedente jurídico tenido en cuenta para posibilitar la figura estrella de la Ley, es decir, la *Subrogación*, ha sido el artículo 1.211 y concordantes del Código Civil. Tendremos ocasión de analizar este precepto, desde todos sus puntos de vista, y cómo ha quedado transformado en parte por la nueva Ley.

El artículo 1 hace referencia al ámbito de aplicación de la misma; el 2, a la subrogación, artículo por otra parte que plantea muchos problemas en su aplicación práctica; el 3, a la famosa comisión por amortización anticipada, que luego tendrá su conexión con la disposición adicional primera; los artículos 4 y 5 se refieren a la escritura de subrogación y al acceso registral, respectivamente; el 6, a la ejecución hipotecaria; el 7, 8 y 9, a los beneficios fiscales, en conexión con los honorarios notariales y registrales, y a la novación modificativa, y por último, las disposiciones adicionales, referentes a las modificaciones a introducir en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, al Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y la importante disposición adicional primera, relativa a la

comisión de amortización anticipada, aunque no exista subrogación en cuanto al límite del uno por ciento.

El iter parlamentario del texto, desde que entró en las Cortes hasta que ha salido, ha dado una serie de modificaciones sustanciales al proyecto de Ley remitido por el Gobierno.

Así, en cuanto al ámbito de aplicación desde el punto de vista objetivo, el que podríamos denominar derecho de tanteo introducido en el artículo 2 relativo a la subrogación; el matiz importante del artículo 4, que no lo es, sólo desde un punto de vista gramatical, en lo concerniente a lo que se puede variar en la escritura de subrogación, pasando de decir, «salvo el cambio del tipo de interés», a «sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés».

I. EXEGESIS DEL TEXTO

Como antes apuntábamos, existen dos figuras o instituciones jurídicas, que se utilizan o que son los mecanismos que utiliza el legislador para la realización de los fines de la Ley, que son: *la subrogación* y *la novación modificativa*. Trataremos por separado ambas, aunque claro está, con una atención especial a la primera, por hacerlo así el legislador, y porque varía el esquema general hasta ahora existente.

A) LA SUBROGACIÓN DEL ACREEDOR

a) *Ambito de aplicación.* Desde el punto de vista subjetivo, esta Ley sólo se aplica a los préstamos hipotecarios concedidos por las Entidades Financieras, a las que en su artículo 2 se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, que establece:

«... a) El Banco Hipotecario de España y, cuando así lo permitan sus respectivos Estatutos, las Entidades oficiales de crédito. b) Los Bancos privados, comerciales o industriales y de negocios, incluido el Banco Exterior de España. c) Las Cajas de Ahorros. d) La Caja Postal de Ahorros. e) Las Entidades de financiación reguladas por el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo. f) Las Entidades cooperativas de crédito. g) Las Sociedades de crédito hipotecario a que se refiere el artículo 3 siguiente (...).».

Y, por otra parte, sólo podrán subrogarse esas mismas entidades, quedando pues fuera los préstamos, entre otros, concedidos por particulares, así

como por otras personas jurídicas que no estén incluidas en el artículo 2 de la citada Ley. Desde el punto de vista OBJETIVO DEBE TRATARSE DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS, TANTO DE INTERES FIJO COMO DE INTERES VARIABLE, aunque como luego veremos, éstos tienen un tratamiento más favorable que la Exposición de Motivos trata de justificar en su redacción, cuando dice:

«... La razón de esta reducción (está haciendo referencia al límite máximo por comisión por amortización anticipada), estriba en que en esta modalidad de préstamos, a diferencia de lo que ocurre en los préstamos a tipo fijo, el acreedor asume habitualmente un escaso riesgo financiero, lo que asemeja en este caso dicha comisión de cancelación a una pena por desistimiento (...)».

La Ley, en cambio, y creemos que de forma muy positiva, ha eliminado la limitación objetiva y material que sí llevaba el proyecto del Gobierno, ya que éste se dirigía sólo a los préstamos concedidos para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocio o para la rehabilitación de viviendas. Este límite material ha desaparecido.

Desde el punto de vista temporal, esta subrogación será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización, y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, circunstancia muy importante, sobre todo en lo referente a esta última.

Por último (y ya tendremos ocasión de volver a él, al tratar el art. 4), en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés.

b) *El artículo 1.211.* Un poco olvidado, por no decir que bastante, se encontraba este artículo de nuestro venerable Código Civil, arrinconado en el viejo baúl de los recuerdos (1).

La propia Exposición de Motivos de la Ley, al indicar el mecanismo jurídico en el que basarse, hace referencia a este artículo:

«... Esta situación, históricamente reiterada, puede encontrar solución adecuada por la vía de la subrogación convencional prevista por el artículo 1.211 del Código Civil, que la configura como un acto potestativo, voluntario del deudor (...)».

(1) Artículo 1.211: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

No obstante, el propio legislador considera que es necesario ampliar y complementar el mismo, con la nueva normativa, debido a su gravedad, y a que el fenómeno de la subrogación está operando en el campo de las Entidades Financieras.

Desde un punto de vista histórico, procede del antiguo Derecho francés, asumido por el Código de Napoleón (2).

Es PLANIOL quien, en definitiva, suministra con gran claridad la explicación histórica del mismo, basada, cómo no, en los avatares de la economía de la época, que al disminuir el tipo de interés o la llamada tasa de rentas hizo que muchos deudores quisieran cambiar de préstamo para reembolsar a los primeros acreedores, pero negándose los acreedores a admitir la subrogación, por tener que colocar de nuevo su dinero a un interés más bajo.

De ahí que un edicto de 1609, y después una decisión del Parlamento de París de 1690, hicieran posible que los deudores pudieran realizar la subrogación, aún en contra de los acreedores (3).

No podemos entrar ahora en lo que se ha discutido, desde el punto de vista doctrinal, sobre la distinción entre la subrogación y si ésta es una auténtica novación, en sentido clásico, o si se puede y debe distinguir entre la cesión del crédito y la subrogación en la persona del acreedor (4).

De lo que no cabe la menor duda es que el artículo 1.211 supone una excepción, en la regulación de la subrogación, pues permite la misma sin el consentimiento del acreedor, y ello siendo así provoca que la mayoría de la doctrina, al estudiar este artículo, lo ve con bastante recelos, acotándolo mucho y dándole, por supuesto, una interpretación restrictiva (5).

También se ha discutido cuál es la verdadera naturaleza jurídica de esta subrogación: ¿Es legal o convencional?

Ya sabemos que en principio, la subrogación convencional requiere ordinariamente dos requisitos, que son: el consentimiento del nuevo acreedor, y el del antiguo, que de alguna manera renuncia a su crédito.

DÍAZ PAIRÓ indica que es preferible considerar este supuesto como un caso más de subrogación legal, en que la hipótesis de hecho a que la Ley

(2) FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* Tomo XVI, vol. 1.º Editorial Revista de Derecho Privado, págs 672 y 673.

(3) LUIS DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial*. Volumen primero, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pág. 817.

(4) DÍEZ-PICAZO distingue la figura de la subrogación en los derechos del acreedor y sus diferencias con la cesión de créditos, e incluso considera dudoso que el artículo 1.203 contemple desde un punto de vista general la figura de la subrogación. Ob. cit., pág. 813. Por su parte, PÉREZ-GONZÁLEZ y ALGUER consideran que no debe existir, ni existe tal diferencia.

(5) En este sentido, SANCHO REBULLIDA dice: «interpretación restrictiva mediante rigurosa exigencia de la concurrencia de sus requisitos». Ob. cit., pág. 673.

atribuye eficacia subrogatoria es el préstamo o mutuo hecho en las condiciones exigidas por el precepto (6).

Otros autores, como DÍEZ-PICAZO, se inclinan por el carácter de subrogación convencional, basándose sobre todo en la propia dicción del artículo cuando dice que el deudor podrá hacer la subrogación (7).

Otros, como SANCHO REBULLIDA hablan de una subrogación negocial, aunque no necesariamente convencional (8).

Sin ánimo de continuar la polémica, quizá lo que ocurre es que la subrogación es convencional en lo que respecta al deudor y al segundo acreedor, pero es subrogación legal en lo que respecta al primer acreedor (9).

En definitiva, y partiendo del artículo 1.203.3 del Código Civil en relación con el 1.211, y siguiendo a CASTÁN, se puede definir, en sentido estricto, el pago con subrogación a aquella forma de pago, que en vez de extinguir la deuda, como el pago ordinario, no hace más que cambiar la persona del acreedor convirtiendo a quien paga una deuda ajena en acreedor del verdadero deudor (10).

Así pues, la subrogación operada por la sola voluntad del deudor, del artículo 1.211, aparece tipificada por los siguientes elementos:

- a) una relación obligatoria preexistente entre el deudor y el acreedor primero;
- b) que el deudor de ella tome prestado (del acreedor segundo) en escritura pública, el dinero para pagar la deuda (al acreedor primero);
- c) que el deudor, al pagar la deuda, haga constar en la carta de pago la procedencia de la cantidad con la que el pago se hace (11).

c) *El artículo 1.211, en la Ley 30 de marzo de 1994.* Creo que ha sido útil el hacer este análisis somero del artículo 1.211, puesto que en él se basa todo el dispositivo de la Ley en lo relativo a la subrogación.

(6) Reseñado por JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español. Común y Foral*, tomo III, volumen 1º, 11.ª edición, Editorial Reus, Madrid, pág. 357.

(7) Ob. cit., págs. 816 y 817.

(8) Ob. cit., pág. 672.

(9) En este sentido, CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Madrid, 1989, pág. 1913.

(10) Ob. cit., págs. 356 y 357.

(11) ROBERTO BLANQUER ÜBEROS: «Notas breves (y quizá precipitadas e incompletas) sobre la llamada subrogación de créditos», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 1993, pág. 180. En esta misma dirección analiza BLANQUER lo que significa carta de pago, que para DÍEZ-PICAZO es un documento. Para BLANQUER, después de un interesante razonamiento, llega a la conclusión de que puede interpretarse la palabra carta como escritura de carta de pago, como combinación de los artículos 1.218 y 1.219 del Código Civil.

En efecto, el artículo 2 de la misma establece la posibilidad de la subrogación. En este caso, el deudor podrá subrogar a otra Entidad financiera, sin el consentimiento de la Entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla en escritura pública, haciendo constar su propósito en ella conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211. Como podemos apreciar, la dicción del precepto es bastante similar a la del Código Civil, aunque en aquélla no se indica la frase «y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

En este punto quiero hacer hincapié que en sustitución de esa carta de pago, la Ley regula un primer mecanismo, en el caso de que exista colaboración por parte de la Entidad primitiva. En este caso, cuando se realice la escritura de subrogación, la Entidad que se subrogue deberá manifestar en la escritura que se ha pagado ya a la otra entidad y, al efecto, se deberá incorporar a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria. Vemos pues, el mecanismo que establece la Ley, solventando lo de la carta de pago.

El problema, como luego veremos, es mayor cuando no existe esa colaboración por parte de la Entidad acreedora. Aquí, sí que la variación con respecto al 1.211 del Código Civil es considerable, pues la Ley permite la subrogación, aunque no se haya satisfecho el pago; cuando la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad que se le adeuda o se negase por cualquier causa a admitir su pago, es posible efectuar la subrogación por el mecanismo que luego veremos, y más aún será inscribible en todo caso en el Registro de la Propiedad, conforme establece el artículo 5 de la Ley, aunque no se haya comunicado, al primitivo acreedor, la subrogación, mediante la remisión de la copia de la escritura.

Ciertamente, existe variación con respecto al orden general del Código.

Por último, y esto sí es importante, la subrogación se dará, aunque no conste en los contratos de préstamo la posibilidad de amortización anticipada; como vemos, la Ley quiere que la subrogación tenga efectos, no ya sólo por la voluntad del deudor y sin consentimiento del acreedor, sino incluso, a pesar que los contratantes del primer préstamo no hubiesen pactado esa posibilidad de amortización anticipada; se produce *ope legis*, un efecto superior a la primitiva voluntad de las partes, entendemos que por razones de interés social y quizá para soslayar posibles cláusulas de carácter abusivo (12).

(12) JAIME-M. DE CASTRO FERNÁNDEZ, en un trabajo publicado en la *Gazeta de los Notarios*, trató el tema del artículo 1.211 y analizando el Código Civil en conexión de diversos artículos, el 1.127, 1.177 y otros, llegó a conclusiones diferentes. «Sobre el artículo 1.211 del Código Civil», *Gazeta de los Notarios*, núm 54, febrero de 1994, pág. 6. A pesar de esos razonamientos, la Ley es clara y tajante en ese punto, y de ahí el aspecto novedoso al que antes hemos hecho mención.

d) *La subrogación con colaboración.* Este tipo de subrogación creemos será la que pueda tener más viabilidad, aunque en la práctica apostemos más por la novación modificativa. Y la denominamos con colaboración, ya que la otra que luego trataremos es un auténtico marasmo, que más que falta de colaboración parece una batalla campal, pero no adelantemos acontecimientos.

Se regulan la llamada oferta vinculante y el derecho a enervar la subrogación, lo que podríamos llamar una especie de derecho de tanteo, que como ya dijimos, fue introducido al paso de la Ley por el Senado. Este es el punto de inicio de todo el proceso de la subrogación.

Esta oferta vinculante no estaba en el texto remitido por el Gobierno, y creo sinceramente, que enmaraña aún más toda la cuestión. La entidad, que está dispuesta a subrogarse, debe presentar al deudor una oferta vinculante en donde deben estar reflejadas todas las circunstancias del nuevo préstamo hipotecario. Si el deudor las acepta, es que da su autorización para que dicha Entidad se la notifique a la entidad acreedora, requiriendo a ésta para que en el plazo máximo de siete días naturales le entregue la certificación con el importe del débito que tiene el deudor, como consecuencia del préstamo hipotecario que tiene contraído con la entidad acreedora.

Parece interesante el carácter de oferta vinculante, término poco conocido en nuestra legislación de Derecho privado, y que tantas opiniones y discusiones doctrinales ha traído acerca de si la oferta, por ejemplo, en materia contractual, vincula al oferente, hasta qué grado, y por un plazo determinado o no. Aquí vemos que el legislador le ha dado ese carácter vinculante. Podemos plantear el problema de la existencia de un plazo para que transcurrido el mismo, la propia entidad oferente pueda quedar desvinculada de la oferta; está claro que quedará desvinculada dicha entidad cuando el deudor realice la novación modificativa con el acreedor primitivo, pero, ¿y si no la realiza?

El texto legal habla de notificación y requerimiento; no utiliza la palabra fehaciente, pero ello no es óbice para que la entidad lo haga a través de acta notarial, creemos que con los requisitos y características de las contenidas en el artículo 202 y siguientes del Reglamento Notarial, es decir, existiendo un plazo de dos días para contestar en el mismo acta, sin perjuicio de que exista ese plazo de los siete días naturales para que pueda remitírsele a la Entidad requirente. En cuanto a los días se ha optado por el sistema del Código Civil, entendiéndose que también se cuentan los días inhábiles.

Indicamos lo de la conveniencia del requerimiento notarial para los efectos de probar que, efectivamente, se ha realizado la notificación y el correspondiente requerimiento; quizá también pudiera pensarse en el envío de una carta certificada con acuse de recibo.

Pienso que el acta podría hacerse mediante la remisión por correo con acuse de recibo, sin perjuicio de que la Entidad notificada se encuentre fuera de los límites de actuación notarial, en cuyo caso, y como es norma clásica, debería hacerse por exhorto notarial, como ya indicó en su momento la Junta de Decanos; ello, siempre que se utilizara la vía notarial, como ya dijimos antes.

Una vez que se haya entregado la correspondiente certificación, en terminología de la propia Ley, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación, se entiende que la proyectada, ya que no se ha podido realizar aún la otra.

Se entenderá que se ha enervado la subrogación, si en el plazo de quince días naturales como máximo, contados desde la entrega de la certificación, la entidad acreedora realiza con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario. Si no tiene lugar esa posibilidad, bastará para la subrogación, que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado la cantidad adeudada, incorporándose a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria.

Como vemos existen en este proceso un conjunto de operaciones combinadas, muchas de ellas, la mayoría que ocurren fuera de la Notaría y de lo que es la propia escritura de subrogación.

Está claro, creemos, que en la escritura de subrogación habrá de consignarse la manifestación, tanto del deudor como de la entidad subrogada, de que ha transcurrido ese plazo de los quince días, y que la entidad acreedora no ha enervado esa subrogación; manifestaciones, ya que proceden de acontecimientos y hechos extranotariales.

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.

Asimismo 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.

No olvidemos que incluso puede haber error en la transferencia por la cantidad enviada, de ahí que pensemos que con la incorporación de la certificación de la cantidad adeudada, al comprobar la identidad de las dos cantidades haya menos posibilidad de error, pero en todo caso, la responsabilidad de haberse efectuado el pago correctamente es de cuenta de la entidad subrogada, ya que es una declaración de la misma aunque se incorpore el comentado resguardo.

e) *Subrogación sin colaboración.* Lo dicho anteriormente con respecto a la oferta vinculante es válido para este segundo supuesto. Pero puede ocurrir que la entidad acreedora no haya entregado el certificado de la cantidad adeudada o que se niegue a recibir el pago de dicha cantidad; en este caso, la Ley prevé un mecanismo que podríamos denominar humorísticamente, «en busca del acreedor primitivo recalitrante».

En este supuesto, el mecanismo es el siguiente: la entidad que se va a subrogar puede calcular bajo su responsabilidad, y además asumiendo las consecuencias de su error, y sin que quepa responsabilidad para el deudor, la cantidad que se adeude, expresando todos estas situaciones en la escritura de subrogación de manera clara, mediante su manifestación, y depositando dicha suma en poder del notario que autorice la escritura para ponerlo a disposición de la entidad acreedora. El notario deberá notificar, dice la Ley, de oficio, mediante la remisión de la copia autorizada de la escritura de subrogación, a la entidad acreedora, y ésta a su vez podrá alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes.

En cuanto al Depósito que se articula es novedosa esta configuración como de carácter necesario, ya que la Ley no deja ninguna rendija para que pudiera ocasionarse como de carácter voluntario. Esto rompe el esquema general de la legislación notarial, ya que como es sabido, en esta sede el depósito es de carácter voluntario, o mejor dicho, el aceptar el requerimiento en un acta de depósito; y ello no podría ser de otra forma por el propio esquema jurídico del contrato de depósito establecido en el Código Civil, con las excepciones de origen histórico de los depósitos necesarios.

El acta de depósito está regulada en el Reglamento Notarial en los artículos 216 a 220 (13). Como podemos apreciar, el artículo 216 del RN deja bien claro que el depósito, es decir, su admisión, es voluntaria para el notario; no obstante, la Ley de Subrogación es tajante en ese punto.

Una vez sentado este principio, debemos intentar aclarar otras cuestiones: ¿Puede el notario establecer determinadas condiciones a ese depósito, entre otras, la fundamental del plazo que debe tenerlo en su poder?

Puede ocurrir, y ello no será singular, que la entidad acreedora no quiera saber nada del tema, ni alegue error, ni quiera recibir el depósito. ¿Convendría sacar de la escritura matriz todas las incidencias que puedan ocurrir en cuanto a la notificación de la copia de la escritura, en cuanto al envío, recepción, y en su caso contestación o alegación del error; así como la entrega de la cantidad depositada al anterior acreedor, o en su caso la

(13) Reglamento Notarial, artículo 216. «Los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que por particulares y corporaciones se les confíen, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia. *La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante.*».

devolución del depósito a la entidad subrogada, si aquél no comparece para recibir la suma depositada o se niega a admitir el pago de la misma? Creemos, que aunque en la propia escritura de subrogación deben quedar reflejadas la entrega del cheque y la correspondiente incorporación de la fotocopia del mismo, así como la nota de haberse expedido copia para la notificación a la entidad acreedora, el documento base no debe quedar emborronado por todas las incidencias que antes hemos planteado, y deben extraerse en acta o actas separadas, articulando un sistema de conexión entre la escritura de subrogación y la de dichas actas separadas, dejando constancia, claro está, en la matriz, por medio de notas, del acta o actas que se están realizando.

En cuanto al depósito de la cantidad, éste debe ser realizado en metálico o a lo sumo, en un cheque conformado o bancario, y nominativo a la entidad, y en estos últimos casos salvo buen fin.

En lo referente al plazo en que el notario debe tener el depósito, pueden darse diversas interpretaciones a raíz del texto legal. Se puede pensar que el plazo de ocho días que se determina sería el adecuado para que una vez transcurrido el mismo, el notario lo devolviera a la entidad subrogada.

Otra postura sería, en base al último párrafo del artículo 2 que hace referencia, a que a petición de cualquiera de las dos entidades, el juez que fuese competente para entender del procedimiento de ejecución, citará a ambas en el plazo de ocho días, para que comparezcan y presenten todos los documentos, y en su caso resuelva en el plazo de tres días con el correspondiente auto, que será apelable en un solo efecto, sustanciándose el recurso por los trámites de apelación de los incidentes, en consecuencia con ello el notario debería esperar a que se solucionara y resolviera definitivamente ese procedimiento.

Esta segunda solución me parece impensable, puesto que si hay que esperar a que se resuelva en su caso la apelación, «tenemos depósito para rato». Me parece más congruente la primera respuesta. También podría ocurrir que la entidad subrogada no quisiera hacerse cargo del depósito que hizo al notario; creo que en este caso no nos queda más solución que la vía de la consignación judicial.

La remisión de la copia autorizada podrá hacerse por correo certificado con acuse de recibo, aunque claro está, podría utilizarse la vía de la personación, pero ello sería sobrepasar la literalidad de la propia Ley. Estos últimos plazos consignados en la Ley, se utiliza la expresión días, sin más especificaciones y, en cambio, en el supuesto de la oferta vinculante se habla de días naturales; podría pensarse que el legislador en un caso no quiere excluir los días inhábiles, y sí en el otro.

En lo referente a la alegación del error en la misma forma por la entidad acreedora, dentro de los ocho días siguientes, la redacción del texto es poco

clara. ¿Qué significa la expresión «en la misma forma»? Podría pensarse que trae relación con lo que anteriormente se establecía para la remisión de la copia autorizada, y que por ello el acreedor remitiría así su contestación. No creo que sea ese el sentido, sino más bien mediante la personación en la Notaría, alegando el error.

En todo caso, si se cumple lo determinado en la Ley, la subrogación surte sus efectos, y más aún como luego veremos, tendrá incluso acceso al Registro de la Propiedad, aunque no se hubiese notificado aún al acreedor la subrogación, mediante la remisión de la copia autorizada de la escritura. Sin embargo, no vemos muy factible que en la práctica se dé esta subrogación sin colaboración, por los problemas que ocasiona, y sobre todo por la asunción de la responsabilidad por parte de la Entidad que se quiere subrogar.

Por último indicar ahora, que en la misma escritura de subrogación, se autorice también el préstamo que concede al deudor la entidad subrogada, precisamente con esa finalidad, para que se dé la operación de la subrogación, y además creemos debe existir identidad entre la cantidad prestada y la que se adeuda, ya que el préstamo se pide con finalidad solutoria.

g) *Comisión por amortización anticipada.* El artículo 3 hace referencia en conexión con lo que establece la Exposición de Motivos, a esta comisión, o mejor dicho, al límite a la comisión, únicamente aplicable a los préstamos variables, y no a los fijos; la misma Exposición de Motivos justificó ese diferente tratamiento, como ya expusimos.

Para los préstamos hipotecarios a interés variable, en el supuesto de subrogación, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por amortización anticipada, se encuentra limitada.

En unos casos, como cuando no se haya pactado ninguna comisión por amortización, no habrá derecho a percibir cantidad alguna; esto, por otra parte, parece de pura lógica; si se hubiese pactado una comisión igual o inferior al 1 por 100, la comisión será la acordada; en los demás casos, está claro que son aquellos en que la comisión pactada es superior a ese 1 por 100, existirá el límite máximo de ese 1 por 100. Pero a continuación el legislador riza el rizo, y crea la incertidumbre, una vez que creíamos que la cosa estaba bastante clara:

Si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa por la amortización anticipada, podrá reclamar ese daño. A pesar de esa reclamación, la subrogación se hará y surtirá sus efectos, y sólo dará lugar a que se indemnice la cantidad que corresponda por el daño causado.

Además de ser oscuro el párrafo está lleno de interrogantes; parece como si el legislador, por no querer dejar a nadie descontento, quisiera establecer alguna vía de escape aparente, pero que luego en la realidad no

va a tener gran resultado. A mí el párrafo me quiere recordar a lo del daño emergente y el lucro cesante. Pero si se demuestra esa especie de daño: ¿quién será el responsable de resarcirlo, la entidad que se ha subrogado o el deudor? A primera vista creo que será asumido por la parte prestataria, a no ser que se pacte en su caso expresamente, que lo sea la entidad subrogada, aunque realmente no está muy claro, parece que la amortización anticipada es un acto previo en el tiempo jurídico.

h) *Escritura de subrogación*. Como ya indiqué anteriormente, deben ser coetáneos y en la misma escritura, el acto de la subrogación, y el del préstamo que concede la entidad subrogada, por ser esa la filosofía y el encaje de lo que quiere el legislador, y se desprende del primer párrafo del artículo 2 de la Ley.

Existe un importante límite a lo que se puede pactar en la escritura de subrogación, y éste es que sólo podrá ser la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, no siendo posible alterar otro elemento como, por ejemplo, el plazo de duración.

El texto definitivo cambia el matiz de expresión que tenía el proyecto enviado por el Gobierno. En éste se hablaba del cambio del tipo de interés, en el definitivo se dice la mejora de las condiciones del tipo de interés. ¿Qué supuestos estarían comprendidos en esta mejora?

Algún autor entiende, comentando el artículo 1.211 del Código Civil, en un artículo escrito mucho antes de que apareciese la Ley, que puede comprenderse el caso de cambiar un tipo de interés fijo por otro tipo fijo más bajo, o de modificar la fórmula de indicación rebajando el diferencial fijo, o modificando el tipo de referencia, o el de sustituir la fórmula de indicación por la aplicación de un tipo fijo más bajo que el inicial o que el más alto previsto (14). Las combinaciones creo son o pueden ser variadas.

j) *La conexión registral*. El artículo 6 regula el acceso de la subrogación al Registro de la Propiedad. Como no podía ser menos, establece que para que la subrogación tenga eficacia frente a terceros debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, diríamos nosotros, debe tener acceso al Registro.

El mecanismo es el de la nota marginal, que en nuestra opinión no creemos el más idóneo, habiendo sido mejor técnicamente el asiento de inscripción. No olvidemos que en los casos en que un comprador se subroga en la hipoteca, si con posterioridad la entidad acreedora presta su consentimiento y éste accede al Registro, esa mal llamada subrogación causa inscripción, y así lo hace constar el Registrador en el asiento correspondiente.

No olvidemos la cantidad de notas marginales que existen en la actua-

(14) BLANQUER UBEROS, ob cit., pág. 187.

lidad, sobre todo las de carácter fiscal, que a veces hacen casi imposible que persista el propio margen al lado de la inscripción de la finca.

Hubiese merecido la subrogación un asiento de inscripción, en este sentido, el artículo 244 del RH determina que: «La cesión del crédito hipotecario se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción a favor del cesionario (...)» (15).

En todo caso, si se cumple lo preceptuado en el artículo 2, se realizará la constancia de la subrogación en el Registro, aunque aún no se haya realizado la notificación al acreedor.

El artículo 6 además indica las circunstancias que deberá contener la nota marginal. Esta hará referencia a la persona jurídica subrogada, a las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, la escritura que se anote, su fecha, y el notario autorizante, la fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal y, por último, la firma del Registrador.

Por supuesto, y así lo establece la Ley, que no serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. También en el inciso final determina que el Registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito.

Los efectos de la subrogación se hayan contenidos en el artículo 1.212 del Código Civil, cuando establece:

«La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas».

En conexión con este artículo, desde el punto de vista registral, el artículo 149.3.º determina que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente (aunque como ya dijimos en la nota 15, no hay un tratamiento específico en la LH sobre el fenómeno de la subrogación). En opinión de BLANQUER (16), no cree aplicable el artículo 144 de la LH, pues no estamos ante una modificación o destrucción de la eficacia de la hipoteca.

No debemos olvidar que en este caso de sustitución de la persona del acreedor, que se opera en virtud del tan citado artículo 1.211, como indica BLANQUER, la construcción legal prevista en el artículo 1.211, impide considerar al pago como hecho extintivo de la relación obligatoria garan-

(15) No olvidemos la conexión con el artículo 149 de la LH que indica los requisitos necesarios para la cesión de créditos. Como indica BLANQUER UBEROS al hacer referencia al tema de la subrogación y el Registro de la Propiedad, la LH no hace referencia específica a los supuestos de subrogación, con cambio del acreedor como consecuencia de un pago, ni de la convencional, ni de la legal, ni de la operada por decisión del deudor.

(16) Ob cit., pág. 184.

tizada o del derecho del acreedor, pues ni uno ni otro se extinguen; simplemente cambia el sujeto acreedor por voluntad del deudor al que la Ley (él hace referencia al art. 1.211 del CC, aún no existía la Ley que aquí comentamos), le faculta para que así lo pueda hacer. Añadiríamos nosotros que si se produce una modificación, como es la contenida en el artículo 4 de la Ley de subrogación, ya que se podrá pactar la mejora de las condiciones de los tipos de interés.

También indica el mismo autor que no estamos ante una modificación o destrucción de la eficacia de la hipoteca o de la obligación hipotecaria, sino ante un mero cambio del sujeto titular del crédito hipotecario (17).

La importancia de la subrogación, creemos es trascendental, en relación con el rango que ahora va a ocupar la entidad subrogada, ya que será el que tenía la entidad acreedora, y por lo tanto conservando puesto con relación a los intermedios, ya que gracias a la subrogación no es necesario recurrir al mecanismo hasta ahora utilizado en la práctica, de cancelar la antigua hipoteca y de constituir otra nueva; en este segundo caso, la relación con los terceros adquirentes de derechos sobre la finca hipotecada se antepondrían al derecho de la nueva entidad; con la subrogación no se anteponen, sino que quedan en su lugar, y por ende conserva el puesto registral la Entidad subrogada, que es el que tenía la entidad acreedora primera (18).

k) *La ejecución de la hipoteca* Hace referencia la Ley también en el artículo 6 a la ejecución de la hipoteca y los documentos que en su caso deberá presentar la entidad subrogada para la ejecución, que serán, además de la primera copia inscrita de la escritura de subrogación, el del título del crédito, estando haciendo referencia a la copia autorizada e inscrita de la primera escritura de préstamo hipotecario que en su día se celebró entre el deudor y el acreedor primero; si no pudiese presentar el título inscrito deberá acompañar certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (19).

l) *Beneficios fiscales y derechos arancelarios.* Los artículos 7 y 8 regulan respectivamente estos dos aspectos, en el tema de la subrogación.

Desde el punto de vista fiscal estará exenta la escritura que documente la operación de subrogación en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos notariales.

(17) Ob. cit., pág. 184.

(18) Vid. el trabajo de BLANQUER, ob. cit. pág. 184. También el mismo autor se planteaba que el primer acreedor pudiera dificultar la subrogación mediante la cesión del crédito. Ob. cit., pág. 193

(19) BLANQUER, en su comentario al artículo 1.211 y a las consecuencias registrales, plantea en el supuesto de la subrogación, el pacto de reducción de intereses, de la siguiente forma: «... Debe apuntarse que esta solución puede comportar riesgos en caso de adquirir protagonismo terceros (sean terceros adquirentes del crédito hipotecario o sean terceros poseedores, no deudores ni asumientes, ni subrogados en la deuda de la

Este hecho resulta positivo, y no cabe la menor duda que supone un gran beneficio para el deudor, y entendemos que se aplica a todas las operaciones que son necesarias para que la subrogación tenga lugar, ya que la Ley habla de la escritura que documente la operación de subrogación, y ésta es la contenida en el artículo 2 en cuanto a su esquema general; por ello entendemos incluido el préstamo que ha tomado el deudor de la nueva entidad para pagar la deuda y que da lugar a que surja el mecanismo de la subrogación.

En cuanto a los honorarios notariales y registrales, la base arancelaria para aplicar será la cifra de capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación, entendiéndose que el documento autorizado contiene un solo concepto que engloba todas las operaciones de la subrogación.

En este punto quedan aún dudas que despejar, ya que pueden existir actividades coetáneas o complementarias del documento base de la subrogación, que por las razones que ya apuntábamos al desarrollar sobre todo la subrogación sin colaboración, como la posibilidad de hacer quizá actas separadas para las actuaciones de devolución del depósito, contestaciones, etc., y que por razones de técnica notarial deberían hacerse por separado, el tratamiento arancelario en estos casos plantea dudas, o el supuesto de la copia autorizada que hay que remitir a la entidad acreedora primera.

Un tema importante a tener en cuenta ha sido el acuerdo al que llegó la Junta de Decanos en su sesión del 9 de abril, en virtud de la cual se reducirá al 75 por 100 la cuota que resulte de aplicar la base arancelaria. Sin duda se trata de beneficiar aún más al consumidor en este proceso abierto.

B) LA NOVACIÓN MODIFICATIVA

En el artículo 9 se refiere la Ley, en un solo artículo, a esta modalidad.

En este supuesto, el deudor y la entidad acreedora llegan a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Bien desde un principio enfocan así la operación y su consiguiente plasmación documental, o bien en un momento posterior, que como ya vimos prevé la propia Ley en el artículo 2, cuando habla del derecho que tiene la entidad acreedora de enervar la subrogación en el plazo máximo de quince días a contar desde que hizo la entrega de la certificación, formalizando con el deudor la novación modificativa.

No es este el momento de analizar las terminologías empleadas, ni las discusiones doctrinales acerca de la novación, sus efectos y naturaleza. Simplemente, en esta ocasión permanecen inalterados los sujetos de la

finca hipotecada), en caso de ejecución por los caminos llamados de la ejecución hipotecaria sumaria judicial o extrajudicial (arts. 129 LH y complementarios).

obligación constituida, quedando ésta existente y válida, pero en cambio se altera parte del objeto o de los elementos reales.

En este caso de novación modificativa, el legislador establece que se podrá alterar la mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, así como si se quiere la alteración del plazo. Esta última circunstancia la diferencia entre otras cosas de lo establecido para la subrogación, en donde sólo se podrá variar el tipo de interés.

El negocio jurídico se plasmará mediante el otorgamiento de la escritura pública y su posterior acceso al Registro de la Propiedad.

Desde el punto de vista fiscal estarán exentas de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas.

En cuanto a los aranceles notariales y registrales se tomará como base la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente, el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el nuevo; a título de ejemplo, si el interés era de 14 por 100 y ahora se baja al 9 por 100, la diferencia entre ambos será de cinco puntos del 5 por 100; en este ejemplo sobre la responsabilidad hipotecaria vigente, se calcula ese 5 por 100, y sobre esa cantidad se aplica el arancel. Aquí también hay que tener en cuenta el acuerdo de la Junta de Decanos sobre la reducción al 75 por 100 de la cuota que nos diera después de los cálculos practicados.

Creo que esta novación modificativa será la vía más rápida y eficaz para conseguir lo que el legislador se ha propuesto, y pienso que será la que más éxito y viabilidad tenga en la práctica con la seguridad y eficacia *erga omnes* que tienen la escritura pública de un lado, y el acceso al Registro de la misma en vez de simples bajadas realizadas fuera de la fehaciencia y legitimidad que otorga el documento notarial; la simple comunicación por carta u otro documento similar no otorga esa constatación y fuerza probatoria, que sí da la escritura pública (arts. 1.216 y sigs. del CC).

El artículo 144 de la LH establece que entre otros, los pactos de modificación de obligaciones hipotecarias deben tener acceso al Registro para su oponibilidad a terceros. Esa reducción en el tipo de interés no puede quedar oculta en una simple carta o en otro documento que no va a tener acceso al Registro. No podemos olvidar que aquí los terceros a los que puede afectar esa variación son múltiples, desde el punto de vista civil e hipotecario. Cualquier tercero que adquiera un derecho, derivado o consignado en el préstamo hipotecario inscrito, lo seguirá conservando y en muchos casos en perjuicio del deudor prestatario, aunque se operará la variación de intereses antes de la adquisición de ese derecho, ya que no constaría en el Registro de la Propiedad. De ahí la importancia de la escritura pública; por ello, para acceder al Registro la novación modificativa, la única vía documental es la escritura (art. 3 LH), sin que pueda utilizarse otro documento intervenido por un profesional distinto al notario.

En definitiva, ha sido el propio legislador el que ha plasmado la vía documental correcta, como no podría haber sido de otra manera. Además con el acicate del beneficio fiscal y un muy favorable tratamiento arancelario. Está claro que el legislador quiere transparencia, «luz y taquígrafos», seguridad jurídica y eficacia frente a todos. Ello sólo se consigue con la intervención notarial a través de la escritura pública y el posterior acceso al Registro de la Propiedad.

C) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. OTRAS CUESTIONES

Hago un especial hincapié en reseñar por separado la disposición adicional primera por la trascendencia que tiene. No se encontraba en el texto remitido por el Gobierno, y literalmente dice:

«En los préstamos hipotecarios a interés variable, a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de amortización anticipada no subrogatoria más del 1 por 100 del capital que se amortiza, aunque estuviese pactada una comisión mayor».

El texto remitido por el Gobierno sólo hacía mención a la comisión por amortización anticipada y su correspondiente limitación cuando se diese la subrogación regulada en su artículo 2; en cambio, ahora se abre una puerta y una gran expectativa. Se sigue ciñiendo a los préstamos a interés variable, pero ya sin necesidad de que se establezca la subrogación.

Del tenor literal de la norma, creemos se aplica a todos los préstamos hipotecarios, tanto los ya constituidos como los que se constituyan en el futuro y estén dentro del ámbito subjetivo y objetivo a que la Ley hace referencia.

Este beneficio no podría quedar limitado a los ya constituidos, sino que como norma favorable de un espíritu claramente provechoso para el consumidor, así debe entenderse. Creo que en las hipotecas que se hagan a partir de la entrada en vigor de esta Ley, deberemos hacer mención a los otorgantes de la misma, y no estaría de más hacer dentro de las reservas y advertencias legales la de la Ley de 30 de marzo de 1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

La disposición adicional segunda hace referencia a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, añadiendo apartados al artículo 48.2 de dicha Ley; la tercera, a la necesaria modificación del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en relación a las exenciones establecidas en la Ley de subrogación.

Y la disposición adicional cuarta, por la que se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la debida aplicación de esta Ley; quizá, estas disposiciones puedan al menos paliar en algo las dudas aquí expuestas.

Por último, decir que la Ley entró en vigor el día de su publicación en el *BOE* que fue el 4 de abril.

CONCLUSION

Hemos señalado y apuntado una serie de cuestiones con la inmediatez que el tema requería. No ha habido mucho tiempo para la reflexión, no ya sólo por la cercanía de la entrada en vigor de la Ley con este estudio, sino sobre todo, porque esta Ley como todas, deben irse puliendo con la práctica, ir buscando soluciones a los temas planteados, y que cada vez más nos demanda la sociedad. Esperemos que pronto vayan surgiendo otros trabajos que encaucen con más fortuna estas humildes líneas. Por otra parte, no quiero dejar de agradecer la colaboración que he tenido para que este trabajo viera la luz, de mis compañeros Alfonso Rubio Vázquez, notario de Sevilla, y de Julián Peinado Ruano, notario de Granada.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS
Notario de Alora (Málaga)
Profesor Asociado de Derecho Civil
en la Universidad de Málaga

Régimen general de la modificación de estatutos sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (estudio especial de las enmiendas al articulado presentadas en el Congreso de los Diputados)

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS SOCIALES.—2. REQUISITOS PARA LA MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS SOCIALES: 2.1. ORGANÓ COMPETENTE: 2.1.1. *Régimen general*. 2.1.2. *Excepciones*. 2.1.3. *Supresión del sistema de adopción de acuerdos por procedimiento escrito y sin reunión*. 2.2. CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL: 2.2.1. *Requisitos formales y antelación de la convocatoria*. 2.2.2. *Contenido de la convocatoria: exigencia de la «debida claridad»*. 2.3. PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS SOCIOS DEL TEXTO ÍNTEGRO DE LA MODIFICACIÓN PROPUESTA: 2.3.1. *No exigencia de informe escrito justificando la propuesta*. 2.3.2. *Acceso de los socios al texto íntegro de la modificación propuesta*. 2.3.3. *Modificación propuesta y modificación acordada*. 2.4. REQUISITOS DEL ACUERDO: 2.4.1. *Mayoría necesaria para adoptar el acuerdo*. 2.4.2. *Número de convocatorias*—3. FORMALIZACIÓN Y PUBLICIDAD: 3.1. CONSTANCIA EN ESCRITURA PÚBLICA. 3.2. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL. 3.3. PUBLICACIÓN EN EL BORME. 3.4. PUBLICIDAD COMPLEMENTARIA: 3.4.1. *No exigencia de la misma como regla general*. 3.4.2. *Régimen especial de las modificaciones estatutarias que dan lugar al derecho de separación de los socios*. 3.5. COMUNICACIÓN A LOS DEMÁS REGISTROS.—4. LÍMITES AL PODER DE LA MAYORÍA: 4.1. SENTIDO DE ESTAS LIMITACIONES. 4.2. EXIGENCIA DE ACUERDO UNÁNIME: 4.2.1. *La unanimidad en el Proyecto*. 4.2.2. *La inmodificabilidad de los estatutos sociales*. 4.3. EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO INDIVIDUAL DEL SOCIO AFECTADO: 4.3.1. *Diferencias entre consentimiento individual y consentimiento de todos los socios*. 4.3.2. *Especial referencia al supuesto de hecho de la norma*. 4.3.3. *Régimen de las prestaciones accesorias*

4.3.4. *Modificaciones estatutarias que afectan a derechos de terceros.* 4.4. DERECHO DE SEPARACIÓN: 4.4.1. *Función del derecho de separación en el tipo SRL.* 4.4.2. *Breve referencia a las causas de separación que consisten en una modificación de los estatutos sociales:* 4.4.2.1. Consideraciones previas. 4.4.2.2. Sustitución del objeto social. 4.4.2.3. Traslado del domicilio social al extranjero. 4.4.2.4. Modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales. 4.4.2.5. Prórroga de la sociedad. 4.4.2.6. Creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias. 4.4.2.7. Causas estatutarias. 4.5. MECANISMOS DE TUTELA NO PREVISTOS EN EL PROYECTO.—5. BREVE REFERENCIA A SUPUESTOS ESPECIFICOS DE MODIFICACION ESTATUTARIA: 5.1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 5.2. MODIFICACIONES QUE AFECTEN A LA DENOMINACIÓN SOCIAL. 5.3. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL DOMICILIO SOCIAL. 5.4. MODIFICACIONES QUE AFECTEN A LA JUNTA GENERAL. 5.5. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. 5.6. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL ESTATUTO DEL SOCIO. 5.7. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES. 5.8. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. 5.9. AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL. 5.10. REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL. 5.11. SUPUESTO ESPECIAL DE LA REDUCCIÓN Y AUMENTO SIMULTÁNEOS DEL CAPITAL SOCIAL.—6. VALORACION CRITICA.

1. CONCEPTO DE MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS SOCIALES

Constituyen los Estatutos el conjunto de normas que regulan los aspectos básicos de la organización social. Según el artículo 12 PLSRL, son una parte de la escritura de constitución y sobre ellos se proyecta la voluntad de todos los socios fundadores.

No vamos a entrar ahora en el examen detenido de la distinción entre escritura y estatutos. Señalar, únicamente, que tal distinción nos parece menos cargada de consecuencias prácticas, de lo que un sector de la doctrina española ha pretendido deducir de ella.

Si se presta atención a todo aquello que en sentido estricto forma parte de la escritura de constitución, resulta que se trata de cláusulas puramente contractuales. Así la identificación de los socios o de sus aportaciones, o la determinación de quienes se encarguen de la administración social, o la plasmación de la voluntad de constituir una SRL.

La SRL se configura como un ente dotado de personalidad jurídica, pero que tiene su origen en un contrato. Los elementos esenciales de ese contrato (es decir: consentimiento, objeto, causa) aparecen recogidos en la escritura de constitución, pero fuera de los estatutos; esto es así, porque tales elementos carecen de pretensión normativa alguna (en rigor, el consentimiento se proyecta sobre el conjunto de normas que son los estatutos). Plasman lo que fue en un momento dado (el acto fundacional), pero nada más. Los socios están llamados a cambiar, y de sus primitivas aportaciones, lo único que

quedará es la expresión numérica de su valor nominal, embebida en el capital como cifra de retención. Otro tanto cabe decir de la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación social, o de la determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en caso de que los estatutos prevean diferentes alternativas; aquí no hay previsión normativa alguna, sino, al revés, ejecución de una norma estatutaria previa. En el futuro, cuando la sociedad esté en funcionamiento normal, será un acuerdo de la Junta General el que decida estas cuestiones; en el acto fundacional, y para evitar que la sociedad pueda entrar en la vida del tráfico (aunque sea como sociedad en formación) sin órgano de administración, se exige su determinación en la misma escritura de constitución por todos los socios fundadores.

Respecto de la voluntad de constituir una SRL, una vez inscrita ésta, para ser socio, bastará con adquirir o asumir participaciones sociales, sin necesidad de renovar expresamente el primitivo consentimiento contractual.

Por ello nos sorprende tanto el empeño de algunos autores en establecer diferencias de carácter sustantivo entre la modificación de los estatutos sociales y la (pretendida) modificación de la escritura social, diferencias que descansarían, nada menos, que en la inmodificabilidad de esta última o en la exigencia de unanimidad para hacerlo (así VICENT, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1991, I-2.º, 736-737). Pero, ¿acaso se requiere tal unanimidad para cambiar la persona de un socio fundador, o para destituir al administrador nombrado en el acto fundacional? Es claro que las cláusulas contractuales agotan sus efectos en el momento de la celebración del contrato; todas las restantes cláusulas que regulen aspectos de la vida corporativa de la sociedad son cláusulas estatutarias, cualquiera que sea su ubicación en el documento notarial o el nombre que se les quiera dar. Con gran acierto lo expresa, al estudiar el Proyecto, el Profesor SÁNCHEZ CALERO: «Los estatutos por tanto ha de estimarse que se vinculan directamente del [*sic*] contrato de sociedad, que es un contrato de organización, lo que implica que éste, aparte de servir de instrumento necesario para hacer nacer una persona jurídica y una relación societaria entre ella y sus socios, ha de contener unas normas que han de regir su organización. Normas que derivan del contrato y que se agrupan por medio de la mención que llamamos estatutos, que en cuanto disciplina convencional, sirve para regir el funcionamiento de la vida social. De ahí que la Ley, al dedicar un artículo específico a los estatutos sociales, no pretende desvincular los estatutos de las demás menciones del contrato que ha de contener la escritura, sino precisar el contenido mínimo que, al margen de las normas legales, ha de tener el contrato respecto a la organización de la sociedad. Por lo que ha de entenderse que los estatutos son una mención necesaria impuesta por la Ley para exponer de forma ordenada y con un contenido

mínimo las normas de funcionamiento de la sociedad» («Escritura y estatutos sociales», en *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, AA.VV., Madrid, 1994, 136).

Iguales conclusiones pueden mantenerse en la actualidad, a pesar de que el artículo 7 LSRL de 1953 no establece separación alguna entre escritura social y estatutos sociales, pero con mayor razón en el futuro, de prosperar el texto del Proyecto, a la vista de sus artículos 12 y 13.

A lo anterior no es óbice que el artículo 12.3 PLSRL, al establecer el principio de autonomía de la voluntad, aluda a la «escritura» y no a los estatutos. Tal distinción no es relevante, pues todo pacto que se refiera a la organización de la sociedad, o que establezca o concrete derechos u obligaciones de los socios, tendrá el carácter de cláusula estatutaria y habrá de someterse a su régimen jurídico, también en cuanto a su modificación, cualquiera que sea el nombre que se le quiera dar.

Tampoco lo es que al lado de las típicas cláusulas estatutarias los estatutos puedan recoger normas que no se refieran directamente a las relaciones sociales, sino a relaciones extrasocietarias con terceros. Ha destacado DUQUE que los derechos que fundan estas cláusulas a favor de terceros poseen carácter obligacional distinto al carácter corporativo o social de las auténticas cláusulas estatutarias («Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas», en *Derecho de Sociedades Anónimas*, AA.VV., Madrid, 1991, I, 65); esta circunstancia quizá pueda fundar alguna especialidad de régimen jurídico, sobre todo en cuanto a su modificabilidad, pero no les priva de su carácter estatutario (v. arts. 229.2 y 248 LSA). Buena prueba de ello son las ventajas particulares atribuidas a los fundadores y promotores en la SA, que ahora aparecen incluidas entre las menciones de los estatutos (crítico con este proceder se muestra ALONSO ESPINOSA, «Modificación de estatutos y aumento y reducción del capital», en *CDC*, 1990, 60, al entender que se trata de menciones relativas al contrato de sociedad que debieran haber sido incluidas entre las menciones de la escritura).

Con todo esto, sólo hemos querido poner en cuestión la pretendida sustantividad, como categoría autónoma, de la llamada modificación de la escritura; aquellas cláusulas de la escritura, que no sean estatutarias, limitan su eficacia al momento fundacional, y por eso no tiene sentido hablar de su modificabilidad. Como ha destacado DUQUE, en referencia a la SA, pero con argumentos que pueden hacerse extensivos a la SRL, en aquella forma social, «por su personalización e institucionalización, no se consideran modificaciones los cambios de las personas que figuran como socios fundadores ni, en general, de los socios durante la vida social» (72). Todavía con mayor razón podrá decirse lo mismo de los administradores nombrados en la escritura fundacional; en el Proyecto no disfrutaban de una estabilidad

superior a la que puedan tener los nombrados después, y en la legalidad vigente, sólo se exige una mayoría reforzada, cuando así se hubiera dispuesto en la escritura (art. 174.15.inc. 2.º RRM).

Cuestión distinta es que al hablar de modificación de la escritura, en realidad se estén persiguiendo objetivos legítimos, pero que pueden alcanzarse de otro modo, sin tener que abandonar el terreno de las puras modificaciones estatutarias. Como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, el régimen jurídico de las modificaciones estatutarias no es uniforme; las exigencias procedimentales mínimas del Proyecto, pueden resultar insuficientes para llevar a cabo según qué reformas de los estatutos. Y así, aunque el Proyecto proscribiera la unanimidad como sistema general de formación de la voluntad social, no tiene después reparo alguno en exigirla expresamente para llevar a cabo determinadas modificaciones estatutarias. Esto prueba que no es necesario acudir al circunloquio de hablar de modificación de pactos escriturarios, para fundar la exigencia de la unanimidad (o de otros requisitos especiales); en este error creemos incurre CACHÓN BLANCO, cuando considera que el artículo 74.1.2 PLSRL se refiere a este tipo de modificaciones de la escritura, siendo así que la norma forma parte de un artículo que lleva por rúbrica «Modificaciones de los estatutos», y que objetivamente no dejamos de estar ante una modificación de esta naturaleza, a pesar de que se exija el consentimiento de los interesados («Modificación de estatutos sociales. Aumento y reducción del capital», en *La Reforma.* , 629; igual sucede con ALONSO ESPINOSA, pues toda su reflexión anterior sólo lleva a entender que dichos derechos «no pueden ser alterados por virtud de una decisión corporativa *ex* artículo 144 LSA si no media el consentimiento expreso de sus titulares», 61).

Una vez aclarado qué debe entenderse por cláusulas estatutarias, el siguiente paso es señalar que toda modificación de las mismas constituye una modificación de los estatutos. Insistimos en el empleo del adjetivo «todo»: habrá reforma de los estatutos, bien sea por la adición o supresión de una cláusula, bien por el cambio de su contenido, independientemente de su alcance, y aunque sólo afecte a cuestiones de mera redacción o de estilo (ALONSO ESPINOSA, «cualquier alteración del contenido de los estatutos sociales, ya afecte a su fondo, ya afecte solamente a su redacción», 59).

Junto a las modificaciones estatutarias *strictu sensu*, hay que referirse a otros tres posibles supuestos.

En primer lugar, a las llamadas modificaciones estructurales, centradas especialmente en las figuras de la transformación, fusión, escisión, disolución y la cesión global del activo y del pasivo (al no ser posible en la SRL, según el Proyecto, la emisión de obligaciones). Estas medidas tienen un alcance general, que no se limita a aspectos singulares de los estatutos sociales; unas veces afectarán al propio régimen jurídico de la sociedad

según su tipo (transformación), otras implicarán un proceso con participación de otras sociedades (ALONSO ESPINOSA, 59; GARCÍA TUÑÓN, «Supuestos especiales de modificación estatutaria: modificaciones perjudiciales a determinadas clases de acciones, restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y cambio de domicilio social», en *Derecho de...*, III-1, 85; EMBID, «Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1991, 295).

En segundo lugar, a lo que podemos llamar especificación de disposiciones estatutarias. El ejemplo más claro nos lo ofrece la posibilidad de establecer en los estatutos distintos modos de organizar la administración social, atribuyendo a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria (art. 60.2 y 3 PLSRL); la opción por uno u otro sistema no constituye reforma de los estatutos (al estar ya previstos), sino una mera especificación o concreción de los mismos. De todas formas, por la evidente trascendencia del acuerdo (quizá, el más trascendente para los terceros que se relacionan con la sociedad), el mismo art. 60.3 PLSRL dispone que «todo acuerdo de modificación del modo de organizar la administración de la sociedad, *constituya o no modificación de los estatutos* [el subrayado es nuestro], se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil». Al no tratarse de una modificación estatutaria, sin embargo, el acuerdo se adoptará por mayoría ordinaria (es decir, la del art. 56.1 PLSRL, no la del art. 56.2 PLSRL).

En tercer y último lugar, hay que referirse a las modificaciones de hecho. Las define QUIJANO como aquellas «que se realizan sin ninguna apoyatura formal en un acuerdo y, por tanto, al margen de los requisitos legales» («La modificación de estatutos: requisitos y límites generales», en *Derecho de...*, III-1, 68); no obstante, el autor también incluye aquellas reformas en las que existe un acuerdo, pero que no pueden producir sus efectos normales, bien por tomarse el acuerdo por órgano incompetente, o al margen del procedimiento, o con grave desconocimiento de requisitos legales, entre otras irregularidades. Respecto de ellas, hay que hablar de mecanismos de reacción del o de los socios; cuando exista un acuerdo, éste será susceptible de impugnación (pequeño detalle que parece olvidar GARCÍA TUÑÓN, 96); en su caso, la impugnación podrá referirse a un negocio jurídico concreto (p. ej., cuando de hecho suponga un cambio de objeto social; v., no obstante, sobre las dificultades para admitir la impugnación por parte de los mismos socios, GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1990, 278); siempre, la acción de responsabilidad contra los administradores. Para el especialísimo supuesto de la sustitución de hecho del objeto social, GARCÍA DE ALBIZU llega a admitir el ejercicio del

derecho de separación, aunque advierte que «parece lógico pensar que a tal efecto será necesaria una resolución judicial en la que se reconozca que se ha producido una modificación que, por sus características, lleva aparejada el derecho de separación y que, por tanto, habilite al socio reclamante para hacer uso del mismo» (324). De todas formas, la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social (aunque se desarrollen otras, lo que de hecho supondría un cambio de objeto; v. BELTRÁN, «La extinción de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *La Reforma...*, 856) durante dos años consecutivos, constituye causa de disolución en la normativa propuesta (art. 105.1.d) PLSRL); en cualquier caso, parece que respecto del objeto social estatutario, la inactividad ha de ser total.

2. REQUISITOS PARA LA MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS SOCIALES

Como norma «constitucional» reguladora de los aspectos básicos de la organización social, los estatutos han de ser susceptibles de adaptación a las cambiantes necesidades de la sociedad. A su vez, esa adaptación, en sociedades estructuradas corporativamente sometidas al principio de la mayoría, no requiere, como regla general, el acuerdo unánime de los socios. No obstante, para que la voluntad de la mayoría valga como voluntad social, es necesario que el acuerdo se adopte con arreglo a un procedimiento riguroso. En general, y para toda clase de acuerdos sociales, ese procedimiento descansa en dos postulados básicos: asegurar a los socios una adecuada información sobre los acuerdos a adoptar; y garantizar una adhesión suficiente de los socios a los acuerdos adoptados. Estos dos postulados se traducirán después, para cada tipo de sociedad y según la trascendencia del acuerdo, en las oportunas normas sobre convocatoria, constitución, debate y votación en el órgano de que se trate.

En materia de modificación de los estatutos sociales, el artículo 74 PLSRL establece una serie de normas específicas de procedimiento, que se apartan (en cuanto más rigurosas) del régimen general. De todas formas, ni cabe desconocer que el régimen general se sigue aplicando directamente en muchos aspectos, ni que tampoco otros artículos del Proyecto recogen también normas a propósito de la modificación de los estatutos sociales, bien sean de carácter general (así, la mayoría necesaria para tomar el acuerdo, art. 56 PLSRL), bien como propias de algunos supuestos de reforma (así, en materia de aumento y de reducción del capital social).

El texto del artículo 74 propuesto sigue en gran medida el de su modelo, el artículo 144 LSA, pero introduce significativos cambios.

2.1. ORGANISMO COMPETENTE

2.1.1. Régimen general

El artículo 74.1.1, inc. 1.º PLSRL reafirma, con mayor rotundidad si cabe, el principio que ya había establecido antes el artículo 47.d) PLSRL de la competencia exclusiva de la Junta, al señalar ahora que deberá ser acordada por este órgano social «cualquier» modificación de los estatutos.

2.1.2. Excepciones

La única excepción que el Proyecto establece al principio de competencia exclusiva de la Junta (coincidente, además, con la dispuesta en el art. 149.1.1 LSA, aunque la redacción no sea idéntica), consiste en el cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal.

Por tal ha de entenderse el traslado material de la sede social. En cuanto al concepto de término municipal, el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, lo define como «el territorio en que el Ayuntamiento ejerce su competencia».

El órgano de administración tomará el acuerdo de traslado del domicilio en función de su estructura y régimen de funcionamiento (aunque tratándose de administradores solidarios, resulta exagerado que uno sólo de ellos esté en condiciones de tomar una decisión de tanta trascendencia, de espaldas a los demás).

Nos parece más correcta la redacción propuesta que la de su modelo el artículo 149.1 LSA, al suprimir la referencia expresa a la constancia en escritura pública y a su inscripción registral. Esto último constituye una obviedad innecesaria, pues el hecho de que cambie el órgano competente para la adopción del acuerdo, no significa que dejemos de estar ante una modificación estatutaria, y como toda modificación de este tipo, *en lo demás*, habrá de someterse a su régimen jurídico propio (advuértase que la DGRN no parece entenderlo así; en Res. de 9 de marzo de 1994, considera que el traslado del domicilio dentro del mismo término municipal no constituye propiamente una modificación estatutaria, y que por eso precisamente se exige de manera expresa en el artículo 149 LSA la constancia en escritura pública e inscripción, «exigencia esta que sería superflua de considerar tal acuerdo como una modificación estatutaria ordinaria al venir ya impuesta, en tal caso, por el artículo 144.2 de la misma Ley»).

Igual que en la LSA, se deja a salvo la posibilidad de una disposición estatutaria en contrario (que también podría serlo en cuanto al funcionamiento del órgano de administración, p. ej., exigiendo una mayo-

ría reforzada de Consejeros, o el acuerdo de todos los administradores solidarios).

La excepción del cambio de domicilio social en el mismo término municipal plantea la cuestión de si son posibles otras excepciones a la regla general de la competencia exclusiva de la Junta de socios para decidir la reforma de los estatutos. Es claro que, en principio, la respuesta ha de ser negativa. La competencia de la Junta General no es disponible, y no podría establecerse en los estatutos sociales una suerte de cesión de soberanía a favor del órgano de administración. Sin embargo, en el ámbito de la SA, y como un supuesto de delegación de facultades (la Ley 19/1989, puso fin a la idea de que se trataba de una distribución estatutaria de competencias), el órgano de administración, dentro de ciertos límites, puede decidir el aumento del capital social (capital autorizado). Sin perjuicio de que el tema merezca una reflexión más profunda, creemos que tal y como ha quedado redactado el Proyecto, esta delegación de facultades no va a ser posible en la SRL, ni siquiera con el apoyo de una pretendida habilitación estatutaria expresa, pues se trataría de una disposición de los estatutos claramente *contra legem*, al chocar con el principio general de competencia exclusiva de la Junta, sin otra excepción que el cambio de domicilio en el mismo término municipal.

Cuestión distinta es si tal delegación debería contemplarse en el texto de la futura nueva LSRL; téngase en cuenta que la SRL no va a tener (según el texto propuesto, claro está) tope alguno por arriba (al desaparecer el límite de los 50 socios), y que tipológicamente es una forma social volcada hacia la autofinanciación (al tener vedada la emisión de obligaciones; v. art. 9 PLSRL), de ahí que todo aquello que suponga facilitarle la obtención de fondos propios, vía aumento del capital social, haya de contemplarse con agrado. Ciertamente, el régimen de funcionamiento de la Junta General es más sencillo que el de la SA (o podrá serlo, pues sorprendentemente el régimen supletorio de convocatoria es público, mediante anuncios), pero ello no enmienda la utilidad en la práctica de un procedimiento como el del capital autorizado, también cuando se trata de la SRL. Como mucho, y de cara a establecer algunas diferencias con el régimen de la SA (la gran obsesión de los redactores del Proyecto), podría exigirse en la SRL una previa habilitación estatutaria para que, en su día, la Junta delegue tal facultad en el órgano de administración (no confundir con la delegación estatutaria).

De todas formas, si no de la facultad de aumentar el capital social, sí que puede hablarse en el Proyecto de la facultad del órgano de administración de dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales relativo al capital social, en dos supuestos concretos: cuando efectuado el reembolso de las participaciones o consignado su importe, en los casos de separación

o exclusión de socios, los administradores, «sin necesidad de acuerdo específico de la Junta General» (art. 103.1 PLSRL), otorguen escritura pública de reducción del capital social; y en los supuestos de aumento incompleto, cuando el capital quede aumentado en la cuantía desembolsada, pues los administradores, en la escritura que documente la ejecución, constatarán la cuantía efectivamente desembolsada y darán nueva redacción al correspondiente artículo de los estatutos sociales, sin necesidad de un nuevo acuerdo de la Junta General. En ambos casos los administradores se limitan a constatar un hecho, trasladando el resultado de esa constatación al texto de los estatutos sociales; no hay margen alguno de libre actuación, por ello ha de admitirse tal posibilidad sin dificultad, también respecto del aumento, y a pesar de que en esta materia no contiene el Proyecto una norma equivalente a la del artículo 153.2 LSA («Por el hecho de la delegación los administradores quedan facultados para dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales relativo al capital social, una vez acordado y ejecutado el aumento»). Esta última es la consecuencia lógica de haber establecido como regla general en el artículo 80 PLSRL la divisibilidad de los aumentos del capital; cualquier otra solución obligaría a tener que convocar una nueva Junta limitada a constatar la cifra definitiva del aumento, contrariando claramente la finalidad del precepto.

Del mismo modo, y aunque nada diga el Proyecto, nos parece evidente que la Junta General que decide el aumento del capital social ha de poder delegar en los administradores la facultad de fijar las condiciones accidentales del mismo. Nuevamente la especial importancia que en la SRL va a tener la cifra de capital como medio de financiación de la sociedad, nos ha de llevar a facilitar, en la medida de lo posible, la realización práctica de dicha operación. La SRL podrá ser una sociedad «esencialmente cerrada», y más flexible que la SA, pero no necesariamente más pequeña; además, nada nos autoriza a pensar que esta delegación de facultades sólo tiene sentido en los casos de suscripción pública (recuérdese que el mismo Proyecto, en su art. 78.4.inc. 3.º, contempla expresamente que los administradores puedan adjudicar las participaciones no asumidas a personas extrañas a la sociedad). Fuera del contenido mínimo esencial (a decidir *siempre* por la Junta, al no ser posible el capital autorizado), los administradores han de poder fijar las meras condiciones accidentales del aumento (fecha de apertura y cierre de la asunción, respetando los plazos legales; lugar y forma en que deben hacerse los desembolsos; quizá, la prima de asunción). Por eso nos parece conveniente que tal delegación (junto con la anterior del capital autorizado) se lleve al texto de la futura nueva Ley de una manera expresa; de paso, se podría aprovechar para recuperar el viejo adjetivo «accidentales», mucho más clarificador que el actual inciso «en todo lo no previsto en el acuerdo de la Junta General» del artículo 153.1.a) LSA, pues hay

condiciones esenciales, cuya ausencia en el acuerdo de la Junta determina no su delegabilidad, sino la nulidad del acuerdo. También se podría resolver definitivamente la cuestión de si es delegable en el órgano de administración la facultad de fijar la prima de asunción.

2.1.3. *Supresión del sistema de adopción de acuerdos por procedimiento escrito y sin reunión*

Como novedad, quizá no muy digna de encomio, el Proyecto ha puesto fin a la posibilidad de adoptar acuerdos sociales por este procedimiento. Resulta así ocioso discutir, como se hace en la actualidad, sobre su aplicabilidad a la modificación de los estatutos sociales.

No perdemos la esperanza de que prospere alguna de las enmiendas que proponen su recuperación; así la número 348 del Grupo Popular, que considera válida la adopción de acuerdos por cualquier medio que garantice la concurrencia expresa de la voluntad de todos los socios (aunque la justificación de la enmienda habla de unanimidad, creemos que se trata de un error; basta con garantizar al socio la concurrencia de su voluntad, aunque ésta se manifieste en contra del acuerdo). Como ha destacado GALÁN CORONA, comentando la ausencia de toda referencia a la adopción de acuerdos por escrito en el Proyecto, «no se ve la razón para eliminar de raíz esta forma de adopción de acuerdos, máxime en un tipo social que predica como postulado de su régimen jurídico la flexibilidad del mismo» («La Junta General», en *La Reforma...*, 522). A favor de que la SRL deba tener vía estatutaria la posibilidad de introducir el régimen de adopción de acuerdos sin Junta General, se ha pronunciado el Profesor ESTEBAN («Estructura orgánica de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *RS*, 1994, 403).

2.2. CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL

2.2.1. *Requisitos formales y antelación de la convocatoria*

La convocatoria habrá de ajustarse a los requisitos de forma y a la antelación prevista en el artículo 49 PLSRL. Este precepto establece el régimen legal supletorio en cuanto a la forma (anuncio en el *BORME* y en un diario de los de mayor circulación en el término municipal), dejando a los estatutos en libertad para establecer un régimen distinto, pero sólo bajo determinadas condiciones.

En cuanto a la antelación, se establece un plazo mínimo de quince días. Iguales requisitos habrán de observarse en la modificación de los esta-

tutos, sin perjuicio de que estos últimos puedan establecer también requisitos especiales para los supuestos de reforma estatutaria (sobre el tema, v. nuestro trabajo «Comentario de urgencia del borrador de anteproyecto de LSRL», en *BIM*, 16, 148-151).

2.2.2. *Contenido de la convocatoria: exigencia de la «debida claridad»*

Como requisito específico de la modificación de los estatutos, el artículo 74.1.1, inc. 2.º PLSRL dispone que «en la convocatoria se expresarán, con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse».

Llama la atención que en la todavía vigente LSRL de 1953, igual exigencia de «debida claridad» aparezca referida en el artículo 15.1, inc. 1.º, a toda clase de Juntas y no sólo a las que tienen por objeto decidir sobre la reforma de los estatutos sociales; en contraste con el régimen de la LSA, que limita el requisito de la «debida claridad» a los supuestos de modificación de los estatutos sociales (art. 144.1.b), conformándose en los demás con que el anuncio expresa «todos los asuntos que han de tratarse» (art. 97.2 LSA).

El cambio que respecto de la legalidad vigente propone el Proyecto, quizá sólo presente un interés anecdótico, pues no creemos pueda colegirse de él exigencia alguna de menor rigor en la convocatoria de aquellas Juntas que no tengan por objeto decidir una modificación estatutaria (aunque no ocultamos nuestras simpatías por la forma más rotunda de expresarse del art. 97.2 LSA, al señalar que el orden del día contendrá «todos» los asuntos a tratar).

En realidad, con la redacción propuesta del artículo 74.1.1 PLSRL, lo único que se persigue es trasladar al ámbito de la SRL, iguales o parecidas conclusiones a las que se han alcanzado en la interpretación y aplicación del artículo 144.1.b) LSA (y su precedente, el art. 84 LSA de 1951); en este último sentido también se ha pronunciado CORONADO («La reducción del capital social en el Proyecto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *RGD*, 1.994, 5.526).

Sin pretender ahora un estudio detenido de esta materia, sí conviene recordar que según la opinión más generalizada, no basta con decir en la convocatoria que la Junta va a tratar de la modificación de los estatutos sociales, sino que es preciso indicar los artículos que van a ser objeto de reforma. No es necesario, en cambio, especificar el sentido o contenido de la reforma, «por ser ésta una cuestión a deliberar y decidir en la Junta» (STS de 10 de enero de 1973), interpretación que se ve avalada en el texto del Proyecto, por la exigencia de poner a disposición de los socios el texto íntegro de la modificación propuesta. Con la noticia suma-

ria de la modificación que los socios tendrán por la convocatoria, podrán completar después su conocimiento mediante la utilización en forma adecuada de su derecho de información, ahora convenientemente reforzado por la posibilidad que se les concede de examinar previamente el texto de la reforma propuesta.

2.3. PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS SOCIOS DEL TEXTO ÍNTEGRO DE LA MODIFICACIÓN PROPUESTA

2.3.1. *No exigencia de informe escrito justificando la propuesta*

En claro paralelismo con el texto del artículo 144 LSA, el artículo 74.1.1, inc. 3.º PLSRL prescribe la puesta a disposición de los socios del texto íntegro de la modificación propuesta. Sin embargo, falta en el Proyecto toda referencia a la elaboración y puesta a disposición de los socios de un informe escrito justificando la reforma.

Es de suponer que en la misma reunión de la Junta General, y antes de proceder a la votación, los autores de la propuesta de reforma (por lo normal, los administradores), habrán de ofrecer la oportuna justificación, en su caso, en polémica con los eventuales opositores a la misma (todo esto sin perjuicio del derecho de información que corresponde a los socios según el art. 54 PLSRL). La novedad que supuso la Ley 19/1989 consistió en la exigencia de una justificación previa a la reunión y por escrito.

Nunca hemos creído, de todas formas, que la trascendencia de este informe deba ser sobrevalorada en la SA; es indudable que para los socios constituye una valiosa información adicional, pero no se erige en requisito material del acuerdo mismo de reforma. Basta con una motivación o exposición sucinta de los argumentos a favor de la misma, sin que haga falta, como ha destacado QUIJANO, una «justificación objetiva» en el sentido más estricto del término (41). Más aún, creemos que una justificación insuficiente, errónea, o, incluso, falsa en nada vicia al acuerdo de reforma ni legitima al socio disidente para impugnarlo. Recordemos al respecto que los acuerdos tomados en Junta son impugnables por su contrariedad con la Ley, los estatutos o por lesionar en beneficio de uno o varios socios o de terceros, los intereses de la sociedad (art. 115.1 LSA al que remite el art. 59 PLSRL), *pero nunca por defecto de motivación*. Obviamente, un informe que desde un punto de vista objetivo nada justifique, podrá facilitar la prueba del carácter lesivo del acuerdo o del beneficio particular, pero *per se* no constituye causa bastante para impugnarlo. Ni siquiera creemos que suponga una inversión del *onus probandi* como sucede, en cambio, con ciertos acuerdos que sí requieren una justificación teleológica específica (es

el caso de la exclusión del derecho de asunción preferente, al disponerse en el art. 79 PLSRL que el interés social así lo exija).

La no inclusión de este requisito en el Proyecto (pues no puede hablarse de supresión, al no ser exigible en la actualidad en la SRL), se ha justificado por ESPÍN en aras a la simplicidad del procedimiento («Modificación de estatutos», en *RS*, 1994, 470). Quizá sea así, pero tampoco nos parece una complicación excesiva que los autores de la propuesta tengan que justificarla por escrito antes de la reunión; aunque su función informativa sea muy limitada, siempre podrá constituir un buen indicativo del camino a seguir en una eventual impugnación posterior del acuerdo, y al menos serviría para poner en aprietos a su autor, si las razones alegadas son manifiestamente erróneas o falsas.

2.3.2. *Acceso de los socios al texto íntegro de la modificación propuesta*

Como complemento de la información sucinta que proporciona el orden del día de la convocatoria, el artículo 74.1.1, inc. 3.º PLSRL dispone que «los socios tienen derecho a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta». Es de suponer que este texto se presentará por los autores de la propuesta de modificación (administradores o socios en el porcentaje legalmente establecido), pero no aclara el Proyecto, ni cuando deben hacerlo, ni desde cuándo ha de estar a disposición de los socios. En la LSA, implícitamente, se da a entender que es a partir de la fecha de la convocatoria, pues tal derecho de los socios ha de constar en el correspondiente anuncio; aunque nada dice el Proyecto, parece la solución más lógica que también a partir de la convocatoria de la Junta (cualquiera que sea el procedimiento utilizado), los socios puedan ya examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta.

Comparando el texto del proyecto con el de su modelo, el artículo 144.1.c) LSA, dos diferencias entre ambos llaman poderosamente la atención.

La primera, que el socio tiene derecho a «examinar» dicho texto en el domicilio social, pero nada se dice sobre la posibilidad de pedir su entrega (entiéndase de una copia), o, incluso, su envío gratuito (al domicilio que como suyo figure en el libro registro de socios). Para ESPÍN esta circunstancia no puede explicarse por razones económicas o de complejidad administrativa, máxime cuando el texto propuesto ni siquiera habla de «entrega» (470). Creemos que se trata de un simple olvido de los redactores del Proyecto, y, como tal, carente de toda justificación.

Además, y en segundo lugar, nada se dice sobre la mención de este derecho en el texto de la convocatoria (contrástese con el artícu-

lo 144.1.c) LSA; incluso el artículo 158.1.4.º RRM, prescribe que en la escritura correspondiente se ha de indicar que en el anuncio de convocatoria se hizo constar tal derecho). Este silencio quizá debe interpretarse en el sentido de reputar suficiente la mera existencia de la norma legal, para que los socios tengan conocimiento de su derecho a exigir el examen (que no entrega) de este documento, una vez hecha la convocatoria. Tal omisión es merecedora de un juicio positivo, en cuanto que suprime un requisito que, más que de formal, peca de «formalista» (pues el derecho se tiene, y como tal es posible su ejercicio, con independencia de que se haga constar o no en el anuncio de convocatoria), por los devastadores efectos que la infracción de este requisito podría tener sobre lo acordado en la Junta (al respecto, v. la Res. de 19 de agosto de 1993). Pero tampoco acabamos de ver qué razón puede haber para el mantenimiento de este recordatorio en la SA y no exigirlo, en cambio, en la SRL; quizá deba buscarse en el carácter esencialmente cerrado de esta última, que permitiría fundar la presunción de una mayor injerencia del socio en los asuntos sociales y, se supone, un mejor conocimiento de sus derechos como socio, frente al típico accionista inversor de una SA, que sólo busca una rentable colocación para sus ahorros, y que por su probable desconocimiento de la materia estaría más necesitado de una información adicional (aunque, insistimos, sólo reiterativa de un precepto legal). De ser así, los redactores del proyecto no escaparían a la crítica de haber operado con modelos excesivamente preconcebidos.

Por último, hay que preguntarse por el contenido de dicho documento. Para nosotros la respuesta es obvia: el tenor literal de aquellos artículos de los estatutos sociales objeto de la modificación proyectada; no otro ha de ser su contenido, sin perjuicio de que puedan incluirse justificaciones o aclaraciones no pedidas por el precepto legal. Como ha destacado ROJO («La propuesta de modificación de los Estatutos de las Sociedades Anónimas», en *RGD*, 1993, 11.842), la propuesta ha de ser completa («texto íntegro»), aunque no debe haber inconveniente para formular varias propuestas alternativas o subsidiarias (pero todas ellas «completas»).

2.3.3. *Modificación propuesta y modificación acordada*

Supuesto que una vez hecha la convocatoria los socios tienen a su disposición en el domicilio social, para su examen, el texto íntegro de la modificación propuesta, forzoso es preguntarse si después es posible adoptar un acuerdo de modificación de los estatutos sociales, cuyo contenido no coincida con el de la propuesta. Como acertadamente ha puesto de manifiesto ROJO, se trata de determinar si la propuesta de modificación constituye o no un límite a la competencia de la Junta General; sin perjuicio de

que puedan admitirse pequeñas diferencias secundarias (en la práctica, es frecuente admitir desviaciones no superiores al 10 por 100, en más o en menos, en los aumentos de capital), la respuesta ha de ser negativa, pues no tendría sentido atribuir al socio este derecho, si después la Junta pudiera adoptar un acuerdo diferente («de ahí que la propuesta de modificación predetermine el contenido del posible acuerdo: podrá existir o no acuerdo de modificación, pero si existe tiene que coincidir con el formal y anticipadamente propuesto», 11.645).

2.4. REQUISITOS DEL ACUERDO

2.4.1. *Mayoría necesaria para adoptar el acuerdo*

Esta materia aparece regulada en un artículo que forma parte de otro capítulo del Proyecto (el V), al cual ni siquiera se hace una remisión expresa (contrástese con el art. 144.1.d) LSA; de todas formas, no reputamos imprescindible hacer tal remisión).

Según el artículo 56.2.a) PLSRL, la modificación de los estatutos sociales, requerirá el voto favorable de más (no «al menos») de la mitad del capital social (total, no del presente o representado en la Junta). A diferencia de lo que constituye la regla general del artículo 56.1 PLSRL, nada se dice sobre la mayoría de los votos válidamente emitidos, pues tal exigencia aparece subsumida en el requisito del voto a favor de la mitad del capital social.

El texto propuesto no sólo rebaja la mayoría necesaria para adoptar este tipo de acuerdos, sino que, además, pone fin a un sistema que en la actualidad se revela como altamente perturbador (el artículo 17 LSRL de 1953, al exigir igual mayoría de capital en ambas convocatorias, y prescindir sólo de la mayoría de personas en la segunda, provoca serios problemas de interpretación cuando los socios inferiores en número pero mayoritarios en capital, fuerzan la segunda convocatoria, no acudiendo a la primera; v. STS de 6 de mayo de 1991).

El mismo artículo 56 PLSRL establece mayorías reforzadas para supuestos especiales (en particular, la supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital mediante creación de nuevas participaciones), y deja a salvo la posibilidad de exigir una proporción superior de capital, o el voto favorable de un determinado número de socios en los estatutos, con el límite expreso de la prohibición de la unanimidad. Más adelante volveremos sobre este último tema; ahora remitimos para un estudio detenido de la problemática del principio mayoritario en el proyecto, a nuestro ya citado comentario de urgencia (157-162).

2.4.2. *Número de convocatorias*

El proyecto pone fin a la especialidad que representa la modificación de la escritura social (junto con otros acuerdos) en el actual artículo 17 LSRL de 1957, al eliminar con carácter general la necesidad de una doble convocatoria de la Junta. La pregunta que entonces nos hemos de hacer es si puede reimplantarse en los estatutos sociales, al menos para el caso de modificación de estos últimos. Para nosotros, siempre que en la segunda convocatoria se respeten los mínimos legales imperativos en cuanto a la mayoría decisoria, no habrá inconveniente en establecer una primera, aunque necesariamente con un *quorum* de presencia superior. De todas formas, el tema es más complejo, atendida la posibilidad de que el *quorum* de presencia pueda fijarse también indirectamente por referencia a la base de cálculo de la mayoría decisoria; nuevamente remitimos a nuestro trabajo antes citado.

3. FORMALIZACION Y PUBLICIDAD

3.1. CONSTANCIA EN ESCRITURA PÚBLICA

El artículo 74.2 PLSRL mantiene que la modificación se ha de hacer constar en escritura pública. Apenas dos diferencias con el texto del artículo 144.2 LSA, que además afectan a puras cuestiones de detalle.

La primera, que habla de modificación, y no de acuerdo, la cual cosa nos parece acertada, ya que en la escritura pueden recogerse otras circunstancias, o incorporarse otros documentos, además de la certificación del acta o del acuerdo (p. ej., los que acrediten su ejecución, como los certificados de desembolso en los aumentos de capital; anuncios de convocatoria; determinados informes, balances, etc); conforme con esta interpretación CORONADO (5.527).

La segunda, que se ha suprimido el inciso «en todo caso»; probablemente, los redactores de la LSA, al mantener este inciso que ya venía del texto original de 1951, estaban pensando en aquellas modificaciones estatutarias respecto de las cuales no se hubiera cumplido alguno de los requisitos que el mismo precepto establecía en los párrafos anteriores (así, una reforma decidida por el órgano de administración, cuando posible; o la acordada en una Junta de carácter universal, sin previa convocatoria); por eso, sentían la necesidad de recordar que también en esos casos, sería exigible la escritura pública. Con acierto, los redactores del Proyecto se pronuncian en términos generales respecto a la exigencia de escritura pública («la modificación se hará constar...»), sin perjuicio de que el artículo siguiente, *pero*

sólo en cuanto al órgano competente, establezca una excepción en favor del órgano de administración (de ahí que comience diciendo, «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior»); habiendo reforma de los estatutos, es necesaria la escritura pública, sin que deba añadirse nada más.

Aunque con seguridad la entrada en vigor de la futura nueva LSRL, llevará consigo una reforma del RRM, nos parece de interés señalar qué circunstancias de las que ahora menciona el artículo 158 RRM, con relación a la LSA, podrían entenderse aplicables también a la SRL, según el texto del Proyecto. Es claro que la escritura deberá contener la transcripción literal de la propuesta en modificación, de los puntos del orden del día de la Junta general relativos a la modificación y la nueva redacción de los artículos de los estatutos sociales que se hayan visto afectados por la misma; no, en cambio, la manifestación de los otorgantes de que ha sido emitido el preceptivo informe justificando la modificación y su fecha (pues tal informe no se exige en el Proyecto), ni la indicación de que en la convocatoria se ha hecho constar el derecho de los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta (de otra opinión parece ser CACHÓN BLANCO, 649).

3.2. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

La modificación (expresión más amplia que «el acuerdo», según acabamos de ver) se inscribirá en el Registro Mercantil. No vamos a entrar ahora en el detalle de las circunstancias de la inscripción, aunque parece que podrá subsistir el artículo 164 RRM, al expresarse en términos muy generales.

Nada dice el proyecto sobre el espinoso tema de los efectos de la inscripción de la modificación estatutaria. No creemos que este silencio suponga cambio alguno en la doctrina hoy mayoritaria que niega carácter constitutivo a la inscripción (así ESPÍN, 471), interpretación que además vendría confirmada por el claro pronunciamiento en sentido contrario a propósito de la transformación (el art. 92.1.2 PLSRL). De todas formas, y en relación a las variaciones del capital social, sobre todo, de su aumento, la cuestión resulta más compleja, pues dejando aparte la significación del capital frente a terceros, es indudable que también en el plano interno la inscripción del aumento deviene un hito fundamental, hasta el punto de que sólo después de esa inscripción parece que se puede hablar de socio con plenitud de derechos sociales (de ahí que antes no puedan transmitirse las participaciones sociales; v. art. 28 PLSRL). Esto deja en penumbra la situación de quienes han asumido las nuevas participaciones procedentes de un aumento del capital, antes de que éste se haya inscrito en el Registro

Mercantil, pues, sin negar la indudable trascendencia de la inscripción, tampoco creemos que se les pueda considerar sin más extraños a la sociedad, y faltos de todo remedio en caso de demora en la inscripción, salvo la vía de escape de exigir la restitución de las aportaciones sociales una vez transcurrido cierto período de tiempo. Téngase en cuenta que el Proyecto pudo haber seguido las indicaciones de prestigiosos autores en el sentido de establecer claramente el carácter constitutivo de la inscripción en estos casos (también en los de reducción del capital social), pero no lo ha hecho así (PAU, «La publicidad registral de la Sociedad Anónima», en *AAMN*, XXX-2, «como el carácter constitutivo deriva, en última instancia, de la decisión del legislador, es inútil plantearse si tiene o no ese carácter la inscripción de otros actos... Para VICENT CHULIÀ... tienen la misma naturaleza [constitutiva] las inscripciones de modificaciones estatutarias y de disolución. Pero en realidad sólo cabe plantear si sería conveniente o fundado reconocer, de *lege ferenda*, el carácter constitutivo a determinados actos; y a mi juicio cabría incluir ahí los aumentos y reducciones de capital», 75).

3.3. PUBLICACIÓN EN EL BORME

La modificación se publicará en el *BORME*. Nada hay que añadir a lo que es doctrina general en la materia.

3.4. PUBLICIDAD COMPLEMENTARIA

3.4.1. *No exigencia de la misma como regla general*

Frente al artículo 150 LSA, que para determinadas modificaciones estatutarias (cambio de denominación, de domicilio o del objeto social) exige la publicación de anuncios en dos periódicos de gran circulación en la provincia o provincias respectivas, como requisito para su inscripción (así el último inciso del art. 150.1 LSA, y con más rotundidad el art. 163.1 RRM), el Proyecto, fuera del supuesto que examinamos a continuación, mantiene el criterio, que hoy día también se considera aplicable a la SRL (v. BOLÁS, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1992, 191), de no exigir publicidad complementaria alguna. Como ha destacado ESPÍN, es una manifestación de la preocupación expresada por la Exposición de Motivos por alcanzar un régimen jurídico flexible y a la vez más sencillo y menos costoso que el de la SA (471).

3.4.2. Régimen especial de las modificaciones estatutarias que dan lugar al derecho de separación de los socios

Según el artículo 98.1.1, inc. 1.º PLSRL, «los acuerdos que dan lugar al derecho de separación se publicarán en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*» (sin perjuicio de que también sea posible una comunicación escrita). Para nosotros se trata de una publicación previa a la inscripción, que no debe confundirse con la publicación oficial del extracto de la inscripción (es decir, de las publicaciones previstas en el art. 387 y no en el art. 353 ambos, del RRM). Destaca AGUILERA RAMOS («El derecho de separación del socio», en *RS*, 1994, 356) que por este camino se introduce la obligatoriedad de publicar en el *BORME* este tipo de acuerdos; por su parte ESPÍN da claramente a entender que se trata de un mero anuncio previo a su inscripción, «pues de otra manera no podría entenderse que el plazo para ejercer el derecho cuente desde la publicación... y que para la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura que documenta el acuerdo, sea necesario que en la misma o en otra posterior se contenga la reducción del capital o la declaración de los administradores de que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación» (471).

3.5. COMUNICACIÓN A LOS DEMÁS REGISTROS

Del mismo modo que a propósito de los anuncios, tampoco se recoge en el Proyecto la exigencia del artículo 150.2 LSA de que el cambio de denominación social se haga constar en los demás Registros por medio de notas marginales.

4. LIMITES AL PODER DE LA MAYORIA

4.1. SENTIDO DE ESTAS LIMITACIONES

Según hemos visto anteriormente, el acuerdo de modificación de los estatutos sociales se ha de tomar por más de la mitad del capital social; es decir, por mayoría. Si esa mayoría se ha formado según el procedimiento legal (o estatutariamente) establecido, será, además, expresión de la voluntad social, y, por tanto, obligatoria para todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión (art. 46.1 PLSRL). No obstante, el poder de la mayoría no puede ser ilimitado. Quien entra a formar parte de una sociedad, lo hace en contemplación de ciertas características de la misma; es evidente que el derecho no puede entrar a valorar

los motivos personales de cada uno de los socios, pero sí que puede presumir la esencialidad de alguna de dichas características, en cuyo caso la mayoría no disfrutará de una libertad absoluta para cambiarlas. A este propósito respondían el viejo dogma de las bases esenciales y la doctrina de los derechos individuales del socio.

En la actualidad, los límites se han objetivado, abandonándose toda tentación de subjetivismo. Es en el régimen jurídico de cada específica forma social donde han de buscarse los límites al poder de la mayoría. Estos límites consisten en diferentes técnicas de tutela, que van desde la solución más extrema de requerir siempre el consentimiento unánime de los socios para determinados acuerdos de modificación de los estatutos sociales, hasta la más atenuada de establecer simples plazos de *vacatio*, pasando por fórmulas intermedias como el reconocimiento del derecho de separación de los socios que no votaron a favor o la exigencia de acuerdos separados, en el caso de existir varias categorías de socios.

En relación con estos mecanismos de tutela dos ideas han de quedar muy claras. La primera de ellas, que la opción del legislador por uno u otro no es (o no debería ser) arbitraria, sino que ha de estar en función de los rasgos tipológicos de cada forma social. Y así, si el tipo legal de la SRL no admite la existencia de diferentes clases de participaciones, no tendría sentido exigir el acuerdo separado de la clase o clases afectadas. Tampoco puede regularse del mismo modo el derecho de separación en una sociedad que se ha configurado como esencialmente abierta (SA), que en otra que lo ha sido como cerrada (SRL); en esta última falta la existencia de un mercado secundario de las cuotas o participaciones sociales que haga posible su fácil negociabilidad, posibilitando la baja voluntaria del socio mediante la simple venta de sus acciones, cuotas o participaciones. Y a la inversa, el mecanismo de la *vacatio* o suspensión temporal del acuerdo, sólo tendrá sentido cuando exista una posibilidad cierta de transmitir las cuotas o participaciones sociales.

Pero, además, y esto como segunda idea fundamental, tales mecanismos de tutela no son intercambiables. No es lo mismo conceder al socio un derecho de veto sobre la operación en su conjunto, que exigir sólo su aquiescencia o consentimiento individual para que el acuerdo le afecte; del mismo modo que tampoco lo es permitir que liquide voluntariamente su cuota de participación en el patrimonio social (derecho de separación), que simplemente concederle un plazo para que intente la transmisión de sus participaciones. Para la sociedad no representa el mismo coste una solución que otra; ni al socio, obviamente, se le conceden las mismas facilidades para impedir el acuerdo o abandonar la sociedad. Respecto de este último, es claro que en la práctica el socio podrá comportarse estratégicamente, según el tipo de limitación que se emplee, dando lugar a soluciones ineficientes.

Todo esto debe tenerse muy en cuenta por el legislador a la hora de diseñar los mecanismos de protección del socio y de la minoría en cada forma social. Se ha de evitar que el empleo arbitrario de dichos mecanismos acabe conduciendo a una sobreprotección del socio en unos casos, o a su infraprotección en otros. A su vez, se ha de valorar también el coste que para la sociedad, e incluso para terceros que se relacionan con ella (piénsese en aquellos procedimientos que se resuelven en la amortización de la cuota social y la consiguiente reducción del capital), va a suponer el empleo de uno u otro, y si dicho coste está justificado desde la perspectiva de la defensa del socio.

Como tal justificación no puede estar basada en la valoración subjetiva y *a posteriori* que el socio haga del supuesto perjuicio que se le cause, será inevitable siempre un cierto grado de apriorismo por parte del legislador. Este último, teniendo en cuenta los elementos tipificantes de cada forma social, hará una valoración previa de lo que es y no es esencial, fijando los oportunos mecanismos de tutela; después, según el margen de autonomía que se quiera reconocer a los particulares, los estatutos podrán establecer otros mecanismos adicionales o modificar el régimen de los ya previstos. Pero obsérvese que es fundamental prestar atención al modelo ideal de sociedad para juzgar sobre el acierto de los mecanismos establecidos. Es esta una materia en la que es exigible la máxima coherencia; todos los mecanismos de protección han de responder a un objetivo preciso, y éste, a su vez, corresponderse plenamente con los rasgos típicos de la sociedad. Si en general siempre se ha de exigir coherencia al legislador, aquí debe hacerse en mayor medida, ya que se ve afectada una esfera demasiado íntima de la sociedad; nada menos que el principio mayoritario, rasgo esencial de las sociedades estructuradas corporativamente, que puede acabar convirtiéndose de regla general en excepción, si una atribución demasiado generosa de prerrogativas al socio o a la minoría, acaba por dejar sin fuerza vinculante a los acuerdos de la Junta.

Nuestro propósito en las páginas que siguen es pasar revista a estos mecanismos de protección, pero sólo en cuanto representen un límite al poder de la mayoría para modificar los estatutos sociales.

4.2. EXIGENCIA DE ACUERDO UNÁNIME

4.2.1. *La unanimidad en el Proyecto*

El mecanismo de tutela más efectivo es sin duda alguna la exigencia de un acuerdo unánime. Cada socio se erige en titular de un derecho de veto, pues la oposición de uno sólo de ellos imposibilitaría la modificación (su-

ponemos, obviamente, que la unanimidad se refiere al conjunto de los socios y no a los presentes en determinada reunión). Quizá no pueda hablarse entonces ni siquiera de acuerdo social, sino de una suerte de renovación del consentimiento contractual.

En relación con el tema de la unanimidad el Proyecto sigue una doble orientación.

En primer lugar, prohíbe la exigencia de la unanimidad en los estatutos sociales. Así lo establece con claridad el artículo 56.3 PLSRL, al señalar que «para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir el voto favorable de una proporción del capital superior a la establecida por la ley, sin que pueda llegar a ser exigida la unanimidad». La prohibición tiene carácter general y no se limita a los acuerdos de reforma estatutaria. No obstante, puede ocurrir que en la práctica, teniendo en cuenta la distribución de participaciones sociales entre los socios, la exigencia de la mayoría legal o de la estatutaria pueda suponer, de hecho, la de un acuerdo unánime (piénsese en una sociedad de sólo dos socios, con igual número de participaciones); situación que todavía se dará con más facilidad, si se hace uso de la posibilidad prevista en dicho artículo, de exigir el voto favorable de un determinado número de socios (siempre en términos relativos, nunca absolutos). En nuestra opinión, en estos casos la exigencia de acuerdo unánime sería una consecuencia de la forma en que están distribuidas las participaciones sociales, pero no un efecto directo de la norma (sea legal o estatutaria), y por ello tal eventualidad debe admitirse sin dificultad.

Pero junto a la prohibición de la unanimidad en los estatutos, el mismo Proyecto la exige después en determinados casos; éstos son:

— «Cuando el aumento [del capital] haya de realizarse elevando el valor nominal de las participaciones sociales será preciso el consentimiento de todos los socios, salvo en el caso que se haga íntegramente con cargo a reservas o beneficios de la sociedad» (art. 77.1 PLSRL). No ha de sorprender que en este supuesto se exija el consentimiento de todos los socios y no baste el individual de cada uno de los interesados; es decir, que sea posible aumentar el valor de unas participaciones (las de aquellos socios que voluntariamente consientan el aumento), pero no el de otras (las restantes). La razón es obvia; según el art. 5.1 PLSRL, las participaciones han de ser «iguales» y, por tanto, de igual valor nominal. De todas formas, conviene ir un poco más lejos, y preguntarse por la razón de que se exija igual consentimiento en la SA, donde no opera el límite (en gran medida, rigurosamente formal), de que las acciones hayan de tener igual valor nominal. ¿Por qué se requiere también en este caso el consentimiento de todos los socios y no sólo el consentimiento individual?, a primera vista no parece violentar principio alguno de la SA que unos socios aporten más de lo que

aportaron inicialmente, pero que otros no lo hicieran; los primeros ven incrementado el valor nominal de sus acciones, mientras que los segundos mantienen el valor antiguo, pasando a coexistir en dicha sociedad varias series de acciones. Pero tampoco el socio disidente queda indemne con este proceder. En los aumentos mediante emisión de nuevas acciones, el socio que no desee suscribir y desembolsar las que le correspondan, puede resarcirse en parte del perjuicio que le supondrá la merma de su participación en el capital social, mediante la venta de los correspondientes derechos de suscripción preferente; y si este derecho ha sido excluido válidamente por la Junta General para un aumento concreto, al menos le queda la compensación de que el valor nominal de las nuevas acciones más, en su caso, la prima de emisión, se habrá de corresponder con el valor real de las antiguas. Nada de esto ocurrirá en un aumento por elevación del valor nominal de las acciones, donde el socio que no quiera efectuar nuevos desembolsos, queda sin compensación alguna (ni siquiera la indirecta del mantenimiento del valor real de sus acciones). Se explica así, con una razón más material que la de la mera igualdad, la exigencia de que el aumento deba ser consentido por todos los socios (aunque tratándose de la SA, nada obsta para que después sólo algunos desembolsen, creando varias series), requisito que se presenta como un presupuesto de eficacia de la operación misma (así lo da a entender también ALONSO ESPINOSA, al afirmar que «en su fondo, este tipo de aumento equivale a una renuncia implícita del derecho de suscripción preferente por parte de los titulares de las acciones no favorecidas por el aumento», 74).

Tema singularmente complejo en estos casos, es el de la ejecución del aumento; para que el capital se pueda entender válidamente aumentado, no basta el consentimiento de los socios, es necesario, además, que efectúen los correspondientes desembolsos. Cuando el aumento de capital se lleva a cabo mediante la creación de nuevas participaciones, si el aumento no se hubiera desembolsado dentro del plazo fijado, el capital quedará aumentado sólo en la cuantía desembolsada, salvo que otra cosa se hubiera previsto en el acuerdo. Tal solución no es posible en el otro procedimiento de aumento del capital; ni pueden quedar participaciones con un valor nominal inferior, ni es posible admitir en la SRL la efectividad de un aumento en el quede una parte pendiente de desembolsar. Por eso miramos no sin simpatía la enmienda presentada por el Grupo Popular (núm. 395), en el sentido de añadir un nuevo artículo 80 bis, que establecería un plazo para hacer el desembolso, y como consecuencia, caso de no haberse desembolsado en el plazo establecido, que el acuerdo quedara sin efecto y que se proceda a la restitución de las aportaciones realizadas en la forma señalada en el artículo 80. De aceptarse esta enmienda (cosa que aplaudiríamos), se habría de proceder simultáneamente a la supresión del artículo 77.1 PLSRL, pues ya

no tiene sentido exigir el consentimiento de «todos» los socios; basta con que efectivamente «todos» efectúen el desembolso (que implícitamente equivale a prestar su consentimiento) dentro del plazo previsto, aunque el acuerdo social se adoptara sólo por mayoría.

— «Cuando la reducción no afecte por igual a todas las participaciones será preciso el consentimiento de todos los socios» (art. 82.2 PLSRL). El texto propuesto mejora la redacción del artículo 19.3 LSRL de 1.953, pero aplica la misma regla. En este último precepto se hace referencia a la devolución de capital que no sea «a prorrata de las respectivas participaciones sociales», mientras que el Proyecto lo hace a la reducción de capital que «no afecte por igual a todas las participaciones». Para saber de qué forma la reducción afecta a las participaciones sociales, es necesario prestar atención previamente a los procedimientos de reducción del capital. Aunque no aparecen mencionados en el Proyecto suelen admitirse tres posibles sistemas: la disminución del valor nominal; la amortización, y la agrupación. De los tres, el primero es claro que afecta por igual a todas las participaciones (nuevamente el principio de igualdad, veda que se pueda disminuir el valor de unas y mantener el de otras); a la inversa, y fuera de supuestos límite como el de anulación de todas las participaciones por reducción del capital a cero o de anulación a prorrata de las respectivas participaciones en el capital, el procedimiento conocido como amortización, al afectar sólo a aquéllas concretas participaciones que se anulen, se presenta como un procedimiento esencialmente discriminatorio (dejamos de lado el tema de si es posible una amortización de participaciones por sorteo que afecte a todas ellas por igual). Por tal motivo el procedimiento de reducción del capital consistente en la amortización de participaciones constituirá el ámbito propio de aplicación de la norma que ahora comentamos. En la LSA, para igual supuesto de hecho (que la reducción no afecte por igual a todas las acciones), sólo se exige el acuerdo de la mayoría (no unanimidad) de los accionistas interesados, y se ordena que la reducción por pérdidas afecte a todas las acciones en proporción a su valor nominal (art. 164.3 y 4 LSA).

En el Proyecto igual exigencia de unanimidad ha de hacerse extensiva a la adquisición de acciones con reducción del capital (pues no deja de haber amortización, aunque sea voluntaria al ser el socio quien transmite sus participaciones a la sociedad), ya se trate de una adquisición en ejercicio de un derecho de adquisición preferente (art. 31.4 PLSRL), ya de una adquisición instrumental a la ejecución de la reducción (art. 43.1.b PLSRL). Distinta parece ser la opinión de CORONADO, al entender que «en el caso que nos ocupa, el acuerdo ha de referirse necesariamente sólo a las participaciones ofrecidas y, por ello, el acuerdo de reducción ha de realizarse con las mayorías precisas para las modificaciones estatutarias, sin que pueda pretenderse la unanimidad porque en ningún caso el acuerdo puede *afectar*

a otras participaciones» (5.541). Excepcionalmente, si la compra se ofrece en idénticas condiciones a todos los socios (de forma análoga a lo establecido en el art. 171 LSA), quizá pudiera entenderse que la reducción afecta a todas las participaciones por igual.

Distinta es la situación en los casos de amortización de participaciones por consecuencia de la separación o exclusión de socios; aquí no se requiere el consentimiento de todos los socios, ni para el acuerdo que de lugar al derecho de separación (y no se olvide que puede no tratarse de un acuerdo) ni para acordar la exclusión.

El tercer y último procedimiento de reducción es la agrupación; consiste en mantener el valor nominal de las participaciones, aunque disminuyendo el número de éstas, al reunir varias participaciones antiguas en una nueva (p. ej. 2 x 1). El procedimiento afecta a todas las participaciones por igual, pero puede no ocurrir lo mismo con los socios, si alguno de ellos no es titular de unidades completas de cambio. No es fácil dar una respuesta concluyente al tema de la admisibilidad de este procedimiento de reducción del capital en la SRL; el hecho de que el Proyecto sólo se refiera a las participaciones parece favorecer la respuesta afirmativa, pero también es cierto que el Proyecto no menciona este sistema (a diferencia del art. 163.2 LSA) y que, además, su puesta en práctica choca con el claro inconveniente de que en la SRL no hay títulos (así BOLÁS, 212, para la ley vigente, y CORONADO, 5.5.30, para el Proyecto); en la SA las acciones se agrupan para su canje, operación que se ve enormemente facilitada por el procedimiento de sustitución de títulos del artículo 59 LSA (para TORRES, «La reducción de capital para compensar pérdidas», en *Derecho de...*, III-2, 962, norma adjetiva que «no añadiría nada a la licitud del acuerdo»); en cambio, en la SRL la agrupación operaría en un terreno puramente ideal y sin la presencia de mecanismo alguno para anular aquellas participaciones, que por no haberse agrupado con otras, no hayan formado una unidad completa de cambio. En tal caso la única solución pasa por exigir la unanimidad de los socios y convenir anticipadamente el canje de todas las participaciones (sobre el tema no obstante, volveremos después).

Mas para entender la exigencia de unanimidad en estos casos, no basta con la determinación del supuesto de hecho de la norma; es necesario, además, prestar atención a su *ratio*. A primera vista, parece que habría de bastar con el consentimiento individual del socio afectado por la reducción (es decir, de aquel socio cuyas participaciones van a ser anuladas); sin embargo, cuando la reducción del capital tenga por finalidad la restitución de aportaciones, es evidente que incluso los socios no afectados tienen interés en evitar que la reducción se convierta en un derecho de separación en beneficio de los socios mayoritarios (y al respecto conviene no olvidar que nada obliga a hacer el reembolso de las participaciones amortizadas por

el nominal); piénsese, p. ej., en una situación tan característica como la adquisición de participaciones prevista en el artículo 31.4 PLSRL, cuando tenga lugar por el precio convenido (y que curiosamente no aparece en la relación de supuestos que da lugar al deber de abstención del art. 55 PLSRL, aunque pueda tener cabida en la cláusula general). Se explica así que en estos casos se exija el consentimiento de todos los socios (y nuestra discrepancia con CORONADO al tratar del art. 31.4 PLSRL); pero, en cambio, y por la misma razón, no alcanzamos a ver su justificación cuando la finalidad de la reducción sea el reestablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio contable de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas. Si un socio ofrece la amortización de algunas de sus participaciones con ese fin, ¿qué sentido tiene exigir el consentimiento de todos los demás?; en estos casos debería bastar con el consentimiento individual de los socios afectados, además, lógicamente, del correspondiente acuerdo de reforma adoptado por mayoría.

— «Los estatutos podrán establecer otras causas de separación... Para la incorporación a los estatutos de estas causas de separación será necesario el consentimiento de todos los socios» (art. 97.2 PLSRL).

— «Con el consentimiento de todos los socios podrán incorporarse a los estatutos otras causas de exclusión» (art. 99.2 PLSRL).

— Aunque no se trata de un supuesto de modificación de los estatutos: «Salvo acuerdo unánime de los socios, éstos tendrán derecho a percibir en dinero la cuota de liquidación» (art. 120.1 PLSRL).

El hecho de que expresamente se establezcan algunos supuestos que requieren el acuerdo unánime, plantea inevitablemente el tema de su posible extensión a otros análogos. La analogía es un instrumento que en este caso ha de emplearse con gran cautela, por el carácter excepcional de la norma (la SRL es una sociedad de estructura corporativa, cuyo gobierno descansa en el principio mayoritario); pero, en ocasiones, es necesario acudir a ella para salvar los olvidos del legislador (eufemísticamente, «lagunas»).

La situación no es nueva; tenemos en la actualidad el ejemplo de la transformación de SRL en sociedad colectiva o comanditaria (de no admitirse la también aplicación analógica del derecho de separación), o de la modificación de la estructura social para excluir el derecho de preferencia (distinta es la opinión de BOLÁS, 206). También el Proyecto nos ofrece algunos ejemplos de esto. Así, el ya citado artículo 120.1 PLSRL exige el acuerdo unánime de los socios para que éstos tengan derecho a la liquidación *in natura*; por otro lado, el artículo 120.2 PLSRL dispone que los estatutos podrán establecer en favor de alguno o varios socios el derecho a la restitución de los bienes aportados u otras formas de liquidación *in natura*. Nos parece indudable que esta última disposición estatutaria podrá ser el resultado de una expresa modificación de los estatutos, pero, para

hacerlo ¿basta la mayoría? La respuesta afirmativa pondría en contradicción entre sí a los dos apartados del mismo artículo, de ahí que no quede otra solución que exigir también la unanimidad.

Otro tanto cabe decir de los artículos 97.2, inc. 3.º y 99.2 PLSRL, al disponer que para la incorporación a los estatutos de nuevas causas de separación o exclusión será necesario el consentimiento de todos los socios. ¿*Quid* para su supresión o modificación?, creemos que por identidad de razón, también ha de exigirse la unanimidad. En este mismo sentido se pronuncian algunas de las enmiendas presentadas al articulado; así la número 40 del grupo mixto PAR o la número 190 del grupo socialista.

Pero así como el requisito de la unanimidad parece indisponible por los estatutos sociales cuando se trata de incorporar nuevas causas de separación o exclusión (no obstante, sobre este tema volveremos *infra*), en los otros supuestos quizá fuera posible sustituir la unanimidad por la concesión de un derecho estatutario de separación; esta última solución se recoge también en la enmienda número 424 del grupo Popular (pero se ha de tener en cuenta que la enmienda número 425 del mismo grupo admite la exclusión de cualesquiera causas de exclusión; no sólo de las estatutarias).

La exigencia de unanimidad siempre provoca la duda de si el acuerdo de Junta General ha de ser unánime, o si basta con el consentimiento de todos los socios, aunque se muestre por la adhesión posterior al acuerdo de quienes no tomaron parte en la Junta. Tras la supresión del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito, parece que en la SRL (según el Proyecto) los acuerdos no se van a poder tomar por adhesión individual a una propuesta, sino por votación en el seno de la Junta General. El acuerdo unánime se identificaría así con el acuerdo de todos los socios presentes, siendo éstos, además, los representantes de la totalidad del capital social. Pero también es cierto que las exigencias y requisitos del procedimiento de adopción de acuerdos sociales sólo tienen sentido cuando se decide por mayoría; si se exige la unanimidad, resultan ociosas todas las normas sobre convocatoria, constitución, debate y votación, pues cada socio deviene titular de un derecho de veto (que no de voto). Prestigiosos autores destacan entonces que el socio actúa *uti singuli*, no *uti socii*. Esta última circunstancia quizá justifique el intento de cambiar el sentido de la interpretación.

El acuerdo social siempre será necesario, pues el artículo 74.1.1, inc. 1.º PLSRL requiere acuerdo de la Junta General; éste, a su vez, deberá ser unánime de los asistentes, pues un sólo voto en contra imposibilitaría la modificación, pero es suficiente con que representen más de la mitad del capital social. Respecto de los ausentes, reputamos suficiente su adhesión individual al acuerdo de reforma, dentro del plazo que al efecto se señale por la Junta; por supuesto, esta adhesión habrá de ser expresa y no valdría que al silencio del socio se le diera un efecto positivo. Este sistema, por otra

parte, tampoco carece de precedentes en nuestro derecho; piénsese en la especial configuración del derecho de separación en el artículo 225 LSA, basado en que los accionistas disidentes o ausentes quedan separados de la sociedad cuando en un plazo determinado «no se adhieran por escrito al acuerdo de transformación» (de ahí que se hable por algunos autores de «derecho de adhesión»). Del mismo modo, cuando se requiera el consentimiento unánime de los socios (y al respecto conviene recordar que los arts. antes citados del Proyecto no hablan de «acuerdo» unánime sino de «consentimiento de todos los socios»; incluso, en contraste con el actual artículo 19.3 LSRL de 1953, que sí habla de acuerdo), bastará que al acuerdo (éste sí, unánime) de los asistentes, se adhieran después todos los socios que no participaron en la reunión.

En ocasiones esta adhesión habrá de plasmarse en un comportamiento determinado; así en el aumento de capital mediante el incremento del valor nominal de las participaciones, el consentimiento sólo tiene una forma de manifestarse: mediante el desembolso de las nuevas aportaciones. En tal caso el acuerdo se adoptará por mayoría siempre que desembolsen todos (con las especiales consecuencias que *supra* se han examinado a propósito del desembolso incompleto).

El problema que entonces se planteará es de prueba, sobre todo en su vertiente registral. Para probar que dicha adhesión se ha producido, bastará, igual que en el supuesto del artículo 225 LSA, la adhesión por escrito al acuerdo de reforma. Sin embargo, también es necesario acreditar ante el Registrador Mercantil que se ha obtenido el consentimiento de todos los socios. Cuando así resulte del acta de la Junta, porque el acuerdo ha sido unánime, deberá consignarse en la certificación que se expida, al tratarse de una circunstancia necesaria para calificar la regularidad y validez del acuerdo adoptado. Cuando algunos socios se hubieran adherido después, la cuestión se torna más problemática. ¿Bastará con la manifestación en tal sentido de quienes otorguen la consiguiente escritura pública?, a favor de la respuesta afirmativa quizá milite la dicción literal del artículo 166.3 RRM, al señalar que si el aumento del capital social se realiza por el aumento del valor de las acciones, «se expresará en la escritura pública que todos los accionistas han prestado su consentimiento a esta modalidad de aumento» (cuando esta circunstancia, de exigirse el acuerdo unánime, habría de resultar por sí sola del documento que haya servido de base para la elevación a público del acuerdo, haciendo entonces innecesaria tal manifestación).

En contra, sin embargo, puede invocarse el precepto que sirve de desarrollo reglamentario a la regulación legal de la transformación de SA en sociedad colectiva o comanditaria; según el artículo 187.1 RRM, «para su inscripción, la transformación de una sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada en sociedad colectiva o comanditaria, se hará constar

en escritura pública otorgada por la sociedad y por todos los socios que pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales». Para nosotros este es un precepto aberrante; el socio que pasa a responder ilimitadamente de las deudas sociales, lo hace porque ha votado a favor del acuerdo de transformación o porque se ha adherido al mismo después. A partir de ese momento no puede dar marcha atrás, so pena de desmontar el entramado mismo que sirve de base a la eficacia vinculante de los acuerdos sociales. La exigencia de que estos mismos socios deban después otorgar la escritura pública de transformación, equivale a demandar la colaboración individual de quien ya está obligado por el acuerdo. Lo que en realidad late en el fondo de esta norma es una muestra de desconfianza hacia los representantes de la sociedad, unida a la idea de que en este supuesto de transformación es necesaria una suerte de renovación del consentimiento contractual (lo cual contradice las bases mismas del instituto de la transformación, caracterizado porque no hay constitución de una nueva sociedad, en el sentido de un nuevo sujeto de derecho, sino un mero cambio de forma). A pesar de que este precepto reglamentario podría llevar a la conclusión de que no es suficiente la mera manifestación de los otorgantes de la escritura (entendiendo por tal los representantes de la sociedad) para acreditar que se ha obtenido el consentimiento de todos los socios, creemos que la especialidad del supuesto (transformación en tipos sociales donde los socios responden personalmente de las deudas sociales), y su falta de coordinación con el resto del sistema, obligan a no extraer de él conclusiones de valor general. Por ello nos inclinamos por entender que siempre que se exija el consentimiento de todos los socios, cuando el acuerdo de la Junta se hubiera completado con la adhesión individual de algunos de ellos, bastará con expresarlo así en la escritura pública.

Para poner punto final a nuestras reflexiones sobre la unanimidad en el Proyecto, hay que determinar hasta qué punto este requisito es disponible por los estatutos sociales. Parece que tratándose de un mecanismo de tutela del socio (pues se le confiere individualmente cualquiera que sea su participación en el capital social), y además de tan radicales efectos, la respuesta ha de ser negativa. Pero también es cierto que los supuestos legales en que se exige tampoco son idénticos entre sí, y por ello han de examinarse por separado.

Respecto de la incorporación a los estatutos de otras causas de separación o exclusión (o su modificación o supresión, según hemos indicado), la cuestión que se plantea es si en los estatutos fundacionales o en una reforma posterior (esta sí, con el consentimiento de todos los socios), puede excluirse para tales actos la exigencia del consentimiento unánime. Con seguridad su supresión, sin más, no será posible; pero, ¿y su sustitución por un mecanismo de protección diferente?, estamos pensando básicamente en la

concesión en los estatutos del derecho de separación a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo. Como hemos destacado anteriormente los mecanismos de tutela del socio o de la minoría, no son intercambiables; no es lo mismo conceder a cada socio un derecho de veto sobre toda la operación, por insignificante que sea su participación, que ofrecerle simplemente la posibilidad de abandonar la sociedad, aunque sea recobrando el valor real de sus participaciones. Si el Proyecto, a pesar de abjurar de la unanimidad como regla general para la formación de la voluntad social, se decide por imponerla en determinados supuestos, se ha de pensar que razones muy poderosas le asisten para hacerlo. Esto supuesto, la respuesta al anterior interrogante habrá de ser forzosamente negativa. Pero uno no deja de tener la sensación de que quizá esta conclusión, por muy justificada que esté desde la letra de la ley, resulta un tanto exagerada; la incorporación (o supresión) de una causa estatutaria de separación o exclusión, no parece constituir un evento que haga tambalearse los postulados básicos de la SRL (como sucedería en la exigencia de una nueva aportación), o que ponga en grave peligro el principio de igualdad de trato entre los socios (como parece suceder en los casos de reducción del capital). En un terreno puramente valorativo, haciendo abstracción de la letra de la ley, nada habría que objetar a que la tutela del socio disidente se articulara en estos casos a través del derecho de separación. Nuevamente el argumento de que para un supuesto aparentemente más grave, como es la transformación de SRL en SA (y que supondrá la aplicación del régimen de separación y exclusión de socios previsto para esta última), baste el acuerdo mayoritario y no se haya previsto mecanismo alguno de tutela del socio, pone de manifiesto que en esta materia quizá al Proyecto se le haya ido un poco la mano. Por este motivo, creemos debe reivindicarse un mayor espacio para la autonomía de la voluntad, en el sentido de mantener en la ley el consentimiento de todos los socios para incorporar (modificar o suprimir) otras causas de separación o exclusión, sólo en el caso de que, a su vez, esta modificación no se hubiera previsto en los mismos estatutos como causa de separación.

Más problemático se presenta el aumento mediante elevación del valor nominal de las participaciones sociales. El tema se ha venido planteando a propósito de una eventual cláusula estatutaria que estableciera la obligación de todos los socios de realizar las correspondientes aportaciones, si el aumento se decide por mayoría y con sólo los requisitos ordinarios de toda modificación de los estatutos. Una cláusula así podría entrar en conflicto con el principio de responsabilidad del socio limitada a su aportación, ya que por la vía de sucesivos aumentos se podría incrementar su exposición al riesgo; por eso los pocos autores que se han ocupado del tema, consideran que tal cláusula sólo sería válida si se fija un tope, reputándola nula en caso contrario (RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1964, 64).

Aunque resultara admisible en esas condiciones, siempre nos toparíamos en la práctica con el inconveniente de que el socio, en última instancia, ha de verificar el correspondiente desembolso; ni aún con el apoyo de una cláusula estatutaria vinculante, estaríamos en condiciones de poder prescindir de la colaboración individual de los socios afectados. En la LSA disponemos del mecanismo de los dividendos pasivos para obligar al socio a efectuar el desembolso, a lo que se une que el desembolso mínimo del 25 por 100 puede referirse a los desembolsos anteriores, permitiendo la ejecución del aumento aunque voluntariamente nada se hubiera desembolsado por algún socio. Además, de admitirse esta cláusula, el argumento *a fortiori* (*ad maiori ad minus*) también permitiría cambiar el mecanismo de tutela, sustituyendo el consentimiento de todos, por el meramente individual, aunque ello pudiera suponer la formación de varias series de acciones. En la SRL la situación se complica, pues el desembolso ha de ser íntegro, y no son posibles los dividendos pasivos; falta un mecanismo para hacer que el socio cumpla su obligación, pues, simplemente, si no hay desembolso, no puede haber aumento del capital. Esta circunstancia priva de todo sentido a dichas cláusulas en la SRL; del mismo modo, y teniendo en cuenta que en esta forma social todas las participaciones han de tener igual valor nominal, tampoco sería posible sustituir la exigencia del consentimiento de todos los socios, por la mera aquiescencia individual de los socios afectados.

Por último, y en cuanto a la reducción del capital que no afecte por igual a todas las participaciones, tampoco parece que los estatutos puedan prescindir de este requisito. En particular, no resulta fácil en relación al procedimiento de agrupación, pues falta en el Proyecto una norma que permita solucionar el problema de los restos, cuando voluntariamente los socios no agrupen sus participaciones para completar las unidades de cambio; la única solución pasaría por decretar la amortización de aquellas participaciones que no se hubieran agrupado, pero como en cualquier amortización, resultará ineludible entonces el consentimiento de todos los socios. De todas formas, y aun reconociendo la escasa fuerza de convicción del argumento, siempre es dable argüir que si los estatutos pueden establecer otras causas de exclusión, por qué no van a poder establecer como causa de anulación de las participaciones (exclusión, si afecta a todas las de un socio), el incumplimiento de la obligación de colaborar en la ejecución de la reducción del capital mediante agrupación de las participaciones. De admitirse esta solución, quizá tendríamos una vía para aplicar el procedimiento de agrupación en la SRL, sin tener que exigir el consentimiento de todos los socios. En realidad, y atendiendo a sus resultados prácticos, estaríamos legitimando un supuesto de amortización de participaciones, que por afectar formalmente a todas las participaciones por igual (pero, quizá, no a los socios), es susceptible de decidirse por mayoría.

4.2.2. *La inmodificabilidad de los estatutos sociales*

¿Puede establecerse en los estatutos la inmodificabilidad de todas o de algunas de sus cláusulas?, ante todo se ha de tener en cuenta que la inmodificabilidad no significa que los estatutos no puedan ser modificados, sino, como ha destacado DUQUE, «que el acuerdo para alterar el contenido normativo de dicha cláusula debe tomarse con unanimidad de votos» (79). De admitirse, habrá de establecerse expresamente en los propios estatutos, nunca deducirse por vía interpretativa (lo que supondría tanto como resucitar el viejo dogma de las bases esenciales).

Al existir una proscripción general de la unanimidad en el proyecto, no parece fácil que pueda admitirse la inmodificabilidad de las cláusulas estatutarias, pues supondría tanto como colar por la puerta falsa el requisito de la unanimidad.

Pero quizá no fuera equivocado admitir este pacto de inmodificabilidad durante un determinado período de tiempo. En este sentido la enmienda número 383 del grupo Popular propone la adición de un nuevo apartado al artículo 74 PLSRL, que diga así: «Será válido el acuerdo de no modificar, total o parcialmente los estatutos por plazo determinado que no exceda de cinco años». Aunque no especifica el término inicial, parece que ha de tratarse del acto fundacional, en cuyo caso la justificación será la misma que la del artículo 32.2, inc. 2.º PLSRL cuando admite el pacto que prohíba la transmisión voluntaria de las participaciones durante los cinco primeros años de vida de la sociedad. En ambos casos se trata de mantener incólumes las condiciones que sirvieron de base a la constitución de la sociedad; en uno, en relación a la identidad de los socios, en otro, en cuanto al contenido normativo de los estatutos.

4.3. EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO INDIVIDUAL DEL SOCIO AFECTADO

4.3.1. *Diferencias entre consentimiento individual y consentimiento de todos los socios*

Según el artículo 74.1.2 PLSRL, «cuando la modificación implique nuevas obligaciones para los socios deberá adoptarse con el consentimiento de los interesados». Obsérvese que el precepto exige «el consentimiento de los interesados» («aquiescencia» en el art. 145.1 LSA), no de «todos» los socios, ¿qué consecuencias es dable deducir de este distinto modo de expresarse?

Para nosotros una cosa es el consentimiento unánime (de «todos los socios»), de modo que faltando el consentimiento de uno solo de ellos la

modificación ya no es posible, y otra muy distinta el consentimiento individual de los interesados. En este último supuesto, el acuerdo se adopta por mayoría, pero el socio afectado por dicho acuerdo («interesado»), sólo quedará obligado en tanto en cuanto lo consienta; ahora bien, de no hacerlo, hace inoponible el acuerdo frente a él, pero no frente a los restantes socios que sí lo hubieran consentido. En suma, el socio queda libre de la obligación, pero pierde todo derecho de veto sobre la operación en su conjunto.

Quede claro que esta es una posible interpretación de dicho requisito (en parecidos términos ESPÍN, al señalar que «puede estimarse que se requiere la unanimidad de los socios o en cambio entender, como es nuestra opinión, que para ser exigible, además del acuerdo de modificación válidamente adoptado por la mayoría, será necesario el consentimiento de los interesados», 476). Otros autores prefieren identificar ambos supuestos; así QUIJANO (siguiendo a GISPERT, «El nuevo régimen de modificación de estatutos de la sociedad anónima», en *Derecho Mercantil...*, 500), y en relación con la norma análoga del artículo 145.1 LSA, afirma «que de los términos del art. 145 se deduce que la aquiescencia de los interesados (de cada interesado) es presupuesto de eficacia del acuerdo en su conjunto ya que dice que la modificación deberá *adoptarse* con ese requisito... Tal interpretación conduce directamente a una conclusión terminante: la oposición de los accionistas afectados (de cualquiera de ellos, incluso de uno sólo) impide la modificación, pues la aquiescencia individual funciona como requisito de la propia adopción del acuerdo en los términos del 145.1» (57). Creemos, sin embargo, que tanto el texto de la LSA como el Proyecto, ofrecen base suficiente para distinguir entre el consentimiento de «todos los socios», y la mera aquiescencia o consentimiento de los interesados: entre otras razones, porque si la falta de consentimiento individual lleva a que el acuerdo no sea oponible al socio, automáticamente deja de ser «interesado» a estos efectos, y su consentimiento ya no ha de ser necesario para obligar a los restantes socios. El razonamiento de QUIJANO y GISPERT incurre en el vicio de la circularidad, ya que reputan necesario el consentimiento de todos los interesados, pero sólo serán «interesados» si efectivamente lo consienten (y QUIJANO deja muy claro que se requiere la aquiescencia «de cada interesado», pero sólo de ellos). De este círculo se podría salir (aparentemente) dando una interpretación amplia al término interesado, que englobe tanto a los que deseen asumir nuevas obligaciones como a los que no lo hagan, pero, de ser así, ¿por qué no se exige directamente el consentimiento de todos los socios, como se ha hecho en otros preceptos tanto de la LSA como del Proyecto? La única forma de salir realmente de este círculo es cambiando el sentido del requisito mismo, y entender que se trata de un presupuesto de exigibilidad referido a cada interesado, y no de un presupuesto de eficacia del acuerdo en su conjunto. En consecuencia, quien no quiera resultar

obligado, podrá evitarlo simplemente no prestando su consentimiento, pero no impedirá que otros se obliguen si así lo desean.

Esta separación entre acuerdo unánime y consentimiento individual hace posible además el arrepentimiento eficaz de aquel socio, que a pesar de haber votado en contra, decide después prestar su consentimiento; adoptado el acuerdo por mayoría, para su repercusión en la esfera individual de los socios basta su consentimiento, que no puede venir condicionado por el sentido de su voto (sería absurdo argumentar con la doctrina de los actos propios, al tratarse de una decisión que sólo perjudica al socio; como ya destacara el profesor Díez PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, «la inadmisibilidad de *venire contra factum* no impide, pues, de una manera general, los cambios de parecer de una persona dentro de una situación jurídica»; esto ha de ser así, especialmente, cuando el sujeto pasivo de dicha conducta no se ve perjudicado por el cambio de parecer).

El consentimiento individual podrá prestarse durante el mismo *iter* de formación del acuerdo, mediante el correspondiente voto a favor, o bien después a través de una expresa adhesión individual al mismo (sobre el voto a favor, puntualiza QUIJANO: «No es lo mismo un acuerdo genérico de exigencia de nuevas obligaciones que un acuerdo con destinatarios identificados. En este caso sí cabría entender que si los socios destinatarios están presentes en la Junta y votan a favor han expresado su aquiescencia al asumir las nuevas obligaciones por hechos concluyentes», 58). La posibilidad de una adhesión posterior ha de admitirse a pesar de la defectuosa redacción del precepto, que refiere el consentimiento de los interesados a la adopción del acuerdo.

4.3.2. Especial referencia al supuesto de hecho de la norma

La interpretación del artículo 74.2 PLSRL descansa en la de dos conceptos: «modificación» y «obligaciones».

Al hablar de modificación, el precepto pone de manifiesto que sólo está pensando en aquellas obligaciones que sean el fruto de una modificación estatutaria. Si el texto de los estatutos sociales no se ve afectado por el acuerdo (aunque hipotéticamente pretendiera el establecimiento de nuevas obligaciones), esta especial norma de tutela no entraría en acción. Sin embargo, la interpretación del segundo de los conceptos indicados nos llevará a tener que cambiar esta conclusión.

¿Qué se ha de entender por obligación?, si prestamos atención al precepto que le ha servido de modelo (el art. 145.1 LSA), comprobaremos cómo algunos autores han mantenido una interpretación extraordinariamente amplia de dicho concepto, equiparándolo a cualquier carga, que de

manera directa o indirecta, se impusiera al socio. Y así, han considerado que este precepto era aplicable en los casos de reducción del capital a cero y simultáneo aumento del mismo, en la convicción de que se impone al socio la carga (obligación) de tener que suscribir nuevas acciones para poder continuar en la sociedad (GARCÍA LUENGO-SOTO, *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Granada, 1991, 749); incluso, se ha trasladado igual argumento a la reducción del capital mediante agrupación de acciones, respecto de aquellos socios que no posean unidades completas de cambio (PÉREZ DE LA CRUZ, *La reducción del capital en Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Zaragoza, 1973, 153). Para QUIJANO, debe entenderse que están también incluidos supuestos que, sin implicar estrictamente nuevas obligaciones, consisten en alterar obligaciones ya existentes, al menos si se trata de alteraciones de algún extremo esencial de tales obligaciones («cabe pensar entonces que la obligación modificada es, a estos efectos, una nueva obligación cuya eficacia necesita la aquiescencia de los interesados», 58); específicamente habla de la modificación de ciertas condiciones de la obligación de desembolsar los dividendos pasivos (plazo, cuantía de las entregas fraccionadas de dividendos, devengo de intereses no previstos, prestación de garantías no exigidas inicialmente...

Para nosotros el término obligación, en este precepto, ha de ser objeto de interpretación estricta, entendiendo por tal la imposición de una nueva prestación de dar, hacer o de no hacer. No hay obligación en la asunción de nuevas acciones o participaciones en un aumento simultáneo a una reducción a cero, pues el socio no está obligado a ello; lo mismo cabe decir respecto de la carga de tener que completar las unidades de cambio en la agrupación, para mantener igual cuota de participación en el capital social. El socio puede no hacerlo, del mismo modo que puede no asumir nuevas participaciones en un aumento ordinario del capital; si no lo hace, *sibi imputet*, sin que las consecuencias negativas que para él pueda tener tal actitud pasiva, y que quizá permitan hablar de una cierta presión indirecta, constituyan una auténtica obligación (la Ley se conforma con dar al socio la posibilidad de hacerlo; el art. 85.1.2 PLSRL es un buen ejemplo de lo que estamos diciendo).

Circunscrito el supuesto de hecho de la norma a la exigencia de nuevas prestaciones, es claro que en el ámbito de la SRL éstas vienen limitadas a la aportación social y a las prestaciones accesorias (al no existir los dividendos pasivos, no se pueden incluir los ejemplos puestos por QUIJANO, que de todas formas guardan también relación con la aportación social). El problema que entonces se nos plantea, es que ambos supuestos ya son objeto de una regulación específica. En cuanto a la aportación a título de capital, el artículo 77.1 PLSRL exige el consentimiento de todos los socios cuando el aumento haya de realizarse elevando el valor nominal de las

participaciones (consentimiento de todos los socios, no la mera aquiescencia de los interesados), y para las prestaciones accesorias, el art. 25 PLSRL también requiere el consentimiento individual de los obligados para su creación, modificación y extinción.

No es fácil detectar en el texto del Proyecto otras posibles modificaciones estatutarias que supongan nuevas obligaciones para los socios. Sin embargo, en nuestro derecho de sociedades son posibles las aportaciones no imputadas a capital, al margen de la obligación de realizar las prestaciones accesorias; se trata de las llamadas aportaciones de mero patrimonio o *en dehors* del capital social. Al no afectar a la cifra de capital nominal, estas entregas no dan lugar a una reforma de los estatutos sociales, pero eso no significa que un acuerdo de la Junta general no sea posible. En tal caso, si la Junta general toma el acuerdo de que por los socios se realicen nuevas aportaciones a fondo perdido (con la finalidad que sea: compensar pérdidas, dotar reservas...), dicho acuerdo, ¿obligará a los socios que no hubieran votado a favor del mismo? La respuesta ha de ser negativa, precisamente porque no pueden imponerse al socio nuevas obligaciones (*rectius*: aportaciones, aunque no se imputen a capital) sin su consentimiento. Un acuerdo social en tal sentido, será siempre conveniente para fijar con claridad la naturaleza de tales aportaciones (frente a la clásica discusión en torno a su naturaleza *donandi causa* o *causa societatis*), pero en ningún caso permitiría fundar su carácter obligatorio para el socio.

Esto nos lleva a la conclusión de que tanto la redacción como la ubicación del actual artículo 74.2 PLSRL (e iguales críticas pueden hacerse al art. 145.1 LSA), quizá no sean las más acertadas. En primer lugar, porque al referirse a la adopción del acuerdo («adoptarse») lleva a confundir la exigencia de consentimiento individual con el requisito del acuerdo unánime. Pero, además, no tiene sentido limitar el supuesto de hecho de la norma, sólo a los casos de modificación estatutaria. El precepto debe redactarse en términos más amplios, p. ej., «no podrán imponerse nuevas obligaciones al socio sin su consentimiento», eliminando la estrecha (y perturbadora) alusión exclusiva a la modificación de los estatutos; incluso, debería llevarse a otra Sección del Proyecto, bien sea la dedicada a las aportaciones sociales (quizá al art. 18 PLSRL), bien a las disposiciones generales (pues tal es su carácter).

Cuestión distinta, en la que ahora no podemos entrar, es si puede establecerse el deber de realizar aportaciones suplementarias (singularmente, en dinero) como prestación accesorias.

4.3.3. *Régimen de las prestaciones accesorias*

Como ya hemos destacado, las prestaciones accesorias son objeto de una regulación específica en el artículo 25 PLSRL, al disponer que «la creación, la modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias deberá acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos y requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados». A esto debe añadirse el deber de abstención del socio en aquella Junta en que se le libere de una obligación o se le conceda un derecho (art. 55.1.2 PLSRL), así como el derecho de separación de los socios que no votaron a favor del acuerdo (art. 97.1.f) PLSRL).

El precepto no se limita a una aplicación del principio general de que nadie puede ser obligado sin su consentimiento, pues también incluye la modificación (no sólo en más, sino también en algo distinto) y la extinción anticipada. Esto último ha de ponerse en relación con el posible carácter retribuido de la prestación; por eso algunos autores estiman suficiente el acuerdo adoptado con los requisitos generales, sin necesidad de consentimiento específico, en caso de extinción anticipada de prestaciones accesorias gratuitas.

A diferencia del artículo 145.2 LSA, el Proyecto habla de «obligados», en lugar de «interesados». En el ámbito de la SA, este último término provoca serias dudas interpretativas. El supuesto más problemático es el de creación de prestaciones accesorias retribuidas, sobre todo cuando la retribución consiste en una participación en los beneficios; en tal caso, entre los interesados, ¿deberán incluirse también los socios no obligados, en cuanto excluidos de la contraprestación? Para no pocos autores, todos aquellos socios cuya posición jurídica se pueda ver afectada por el cambio, aun no siendo los obligados, se han de reputar «interesados» a estos efectos.

La situación cambia en el texto del Proyecto, pues juntamente con el acuerdo de la mayoría (con abstención, en su caso, del socio directamente afectado), se exige el consentimiento individual, pero sólo del socio obligado (tanto si la prestación se crea, modifica o extingue). Destaca Espín la paradoja de que se imponga simultáneamente el deber de abstención y el consentimiento individual (477); en realidad no hay tal paradoja, pues el acuerdo social es presupuesto de cualquier reforma estatutaria (y ésta lo es; v. art. 22 PLSRL), y por eso el Proyecto quiere que se abstenga en la votación el socio afectado y que su participación se deduzca de la base de cálculo de la mayoría. Adoptado el acuerdo de reforma, sin su intervención, el consentimiento del obligado constituye un presupuesto de eficacia de dicho acuerdo, pero sólo en cuanto al sujeto obligado. La conclusión nos parece clara: no será necesaria la prestación individual del consentimiento si antes los restantes socios no votan a favor de la modificación propuesta,

y, a la inversa, aun habiendo acuerdo de dichos socios, no obligará al afectado si éste no lo consiente.

Queremos insistir, una vez más, en que el precepto no exige la unanimidad (*rectius*: consentimiento de todos los socios), sino el consentimiento individual del socio. El socio disconforme no quedará obligado, pero no podrá impedir que los demás asuman la nueva obligación. A la vista de la interpretación que hemos hecho del artículo 74.1.2 PLSRL, no hay aquí especialidad alguna de las prestaciones accesorias. Distinta es la opinión de autores como QUIJANO o GISPERT, que basándose en la expresión «adoptarse», mantienen para el artículo 145.1 LSA (equivalente del art. 74.1.2 PLSRL) la exigencia de unanimidad, lo que les obliga a calificar de manera distinta dicho régimen y el previsto para las prestaciones accesorias (a pesar del adverbio «igualmente» empleado en el precepto).

Para los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, está el derecho de separación. Cuando sólo sea un socio el obligado, no disfrutará de tal derecho, pues su negativa a prestar el consentimiento hace inviable la modificación. Cuando sean varios los socios afectados, cada uno de ellos disfrutará de tal derecho, siempre que por algún otro se preste el consentimiento necesario para poder llevar a cabo la reforma (pues su situación no difiere de la de cualquier otro socio no afectado). Cuando la obligación afecte a varios socios, pero no a todos, quizá deban practicarse tantas votaciones como afectados, con deber de abstención sólo en la votación correspondiente a uno mismo (será el sentido de su voto en las restantes votaciones el que determinará el posible ejercicio del derecho de separación). Cuando, en cambio, afecte a todos los socios, no habrá deber de abstención ni votaciones separadas, pero sí acuerdo mayoritario (no porque afecte a todos pasaría a exigirse la unanimidad) y necesidad del consentimiento individual. Ahora bien, cualquiera que haya sido su voto, si lo hubiera consentido individualmente, no tendrá derecho de separación; aunque esta conclusión resulta obvia, la enmienda número 213 del Grupo parlamentario de Coalición Canaria, propone que se recoja expresamente en el texto de la Ley, al añadir al precepto el siguiente párrafo: «Tampoco tendrá derecho de separación el socio que, aun no habiendo votado a favor del acuerdo correspondiente, resultando obligado, lo hubiera consentido individualmente»; quizá no estuviera de más añadir este recordatorio.

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento, cabe cualquiera de las modalidades generales de prestación, incluso por hechos concluyentes, como el cumplimiento de la obligación (no por el mero silencio del interesado). Por supuesto, el voto a favor equivaldría a la prestación de dicho consentimiento (no hay la posibilidad de un arrepentimiento eficaz, al entrar en jugo la doctrina de los actos propios; ahora sí que puede decirse que el cambio de parecer se produce en daño de otro y acudir a la regla de

PAPINIANO *nemo potest mutare consilium suum in alterius injurie*). Téngase en cuenta que respecto de la obligación de realizar prestaciones accesorias, no se plantean los mismos problemas que a propósito del desembolso de la aportación; aquí si es posible el incumplimiento, del mismo que se imponen sanciones por el hecho de incumplir tal obligación.

4.3.4. *Modificaciones estatutarias que afectan a derechos de terceros*

Habla DUQUE de cláusulas estatutarias que lo son en sentido formal por venir recogidas en los estatutos, pero que no lo son materialmente porque no se refieren a relaciones sociales sino a relaciones extrasocietarias con terceros, en las que predomina el contenido contractual (v. *supra*); el autor se refiere expresamente a los administradores en relación con la remuneración y a los fundadores y promotores en caso de ventajas particulares (téngase en cuenta que la posibilidad de pactar estas últimas no ha pasado al texto del Proyecto). No se aplicará entonces el régimen propio de la modificación de estatutos, sino el de la modificación contractual aplicable a la relación socio-sociedad. El tema, sin embargo, es complejo y así respecto de la retribución de los administradores, no faltan autores que consideran que lo único que se ha querido hacer, es exigir iguales requisitos que para la modificación estatutaria, pero en ningún caso el consentimiento individual de los afectados.

4.4. DERECHO DE SEPARACIÓN

4.4.1. *Función del derecho de separación en el tipo SRL*

Se ha hablado recientemente por el profesor DUQUE del derecho de separación, como la pieza de cierre del sistema de protección del socio («Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», en *Derecho de...* II-1, 68).

Históricamente este derecho aparece vinculado a la institución de la denuncia; se trataba de ofrecer al socio la oportunidad de liberarse de una vinculación indefinida (v. art. 224 CCo), sin tener que acudir a la disolución de la sociedad (así, el art. 225 CCo, según la interpretación más difundida). Incluso, en las sociedades constituidas por tiempo determinado, llegó también a admitirse este derecho por algunos autores, pero sólo si mediaba justa causa.

En las sociedades de estructura corporativa, la función de este derecho es otra, pues no se trata de hacer un trueque que cambie la disolución total por la parcial (con el fundamento dogmático del contrato plurilateral, por

el cual las vicisitudes de una relación socio-sociedad, no han de resolverse en la disolución de la sociedad), sino de articular un mecanismo de protección del socio, disidente de trascendentales acuerdos adoptados por la mayoría (en las sociedades personalistas o estructuradas contractualmente, el hecho de tener que contar con el consentimiento de todos los socios, ya constituye mecanismo de tutela bastante).

El socio disidente siempre puede causar baja en la sociedad mediante la transmisión de sus participaciones. Más aún, el hecho de que la baja del socio pueda producirse sin que se vea alterado el patrimonio social, constituye según DUQUE uno de los elementos que sociológicamente, junto con la limitación de responsabilidad, más han contribuido al éxito de las formas sociales corporativas para la gestión de las empresas (68). Pero lógicamente la baja del socio por transmisión de sus participaciones no depende sólo de quien está interesado en abandonar la sociedad. Dejando aparte las eventuales limitaciones a su libre transmisibilidad, es claro que para vender, antes hay que encontrar a alguien dispuesto a comprar, y que las condiciones de dicha transmisión no vendrán impuestas por una parte, sino pactadas por ambas. El resultado final puede ser que el socio disidente no encuentre a nadie dispuesto a adquirir sus participaciones.

Para evitar la situación antes descrita, se concede a esos socios el derecho de separación. Su configuración como derecho del socio implica que se activa por la sola voluntad del interesado, siempre que concurra el supuesto de hecho previsto en la norma. El socio no ha de buscar a alguien que le saque de la sociedad, sino que simplemente ha de hacer uso de su derecho a abandonarla. Esta disolución parcial, sólo en cuanto a una relación socio-sociedad, comporta a su vez una liquidación parcial, ya que el socio recibirá la parte que le corresponda en el patrimonio social. No sólo no ha de buscar un adquirente; además, tampoco ha de discutir con él sobre el precio.

Siendo así, la amplitud con que se reconozca este derecho, forzosamente habrá de estar en función de la mayor o menor facilidad que tenga el socio para transmitir sus participaciones. En principio, este es un dato que emana de la realidad práctica, y, por tanto, sólo constatable *a posteriori*. Fuera de los casos en que existe un mercado secundario oficial, las acciones de una SA pueden transmitirse con tanta o menor facilidad que las participaciones de una SRL. No obstante, los redactores del Proyecto han diseñado artificialmente un modelo de SRL, que han contrapuesto a otro modelo, no menos artificial, de SA. Según estos modelos, la SRL se presenta como una sociedad esencialmente cerrada, mientras que la SA lo es esencialmente abierta. La constatación de esta diferencia, además de plasmarse en el distinto régimen de transmisión de acciones y participaciones (aunque buena parte de dichas diferencias puedan desvanecerse después haciendo uso de

la autonomía estatutaria), lo hace, sobre todo, en el diferente reconocimiento del derecho de separación en una y otra forma social. No nos resistimos a transcribir íntegramente la siguiente reflexión de BERCOVITZ: «El resto de las sociedades anónimas que no cotizan en Bolsa, no son de hecho verdaderas sociedades abiertas. En primer lugar, muchas de ellas tienen restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones tan drásticas como las que pueden existir en una sociedad de responsabilidad limitada. Y aunque no existan esas limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, de hecho en las sociedades que no cotizan en Bolsa el accionista muy difícilmente encuentra adquirente de sus acciones, especialmente cuando es un accionista minoritario. En esos casos, de sociedades que no cotizan en Bolsa, la situación normal consiste en que el accionista minoritario se encuentra preso de la sociedad; y el accionista mayoritario cuando trasmite sus acciones lo hace después de que el adquirente haya realizado un estudio exhaustivo de la contabilidad y del negocio social. No es, pues, realista en absoluto considerar que la sociedad anónima es un tipo de sociedad capitalista abierta. Sólo son sociedades capitalistas abiertas las que cotizan en Bolsa» («Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad limitada», en *La Reforma...*, 107).

Sin entrar en las cuestiones de procedimiento, parcamente reguladas en la LSA, es al tratar de las causas de separación donde mejor se detecta el relieve tipificante del derecho de separación en la SRL, en contraste con la SA. Se mantienen las mismas causas legales de separación que en la SA (de carácter inderogable), pero se añaden otras; en particular, se sustituye la técnica de *vacatio* empleada en la LSA para un determinado supuesto de reforma de los estatutos, por la concesión de este derecho (en términos, además, de extraordinaria amplitud). Pero, sobre todo, se zanja un tema polémico en la SA, como el de la posibilidad de establecer causas estatutarias de separación, en un sentido resueltamente afirmativo.

La conclusión que cabe extraer de todo esto es el mayor relieve institucional del derecho de separación en la SRL (según el Proyecto, claro está), como pieza clave del sistema de protección del socio. Con gran acierto lo ha puesto de manifiesto BISBAL, al señalar que la ausencia de un mercado organizado requiere un tratamiento jurídico particular dirigido a paliar los efectos perjudiciales para los socios; «puede afirmarse que ese tratamiento particular consiste en el establecimiento de un régimen jurídico mediante el cual la Sociedad de Responsabilidad Limitada aparezca institucionalmente como la *market maker* de sus participaciones. En otros términos, la ausencia *esencial* de un mercado organizado para las participaciones se suple mediante una disciplina que *tipológicamente* trata de compensar esa desventaja» («Los derechos económicos del socio», en *La Reforma...*, 256). Por eso el autor considera que no es casual que se «con-

figure un sólido derecho de separación del socio tanto en el sentido de los supuestos en que se desencadena como en lo que se refiere a la determinación de su contenido».

4.4.2. *Breve referencia a las causas de separación que consisten en una modificación de los estatutos sociales*

4.4.2.1. Consideraciones previas

Ya hemos indicado que el Proyecto amplía el elenco de causas legales de separación. No es nuestro propósito llevar a cabo un estudio detenido de todas ellas, si no sólo de las que guardan relación con el régimen general de la modificación de los estatutos sociales. Por ello ahora dejamos de lado las causas de separación que no presupongan tal reforma estatutaria.

La primera de esas causas de separación cuyo estudio omitiremos es la reactivación de la sociedad disuelta. Aunque el artículo 107.1, inc. 2.º PLSRL dispone que el acuerdo de reactivación se adoptará con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos, no se trata de una modificación estatutaria. Esto no quita que, en ocasiones, para que desaparezca la causa de disolución, sea necesario reformar los estatutos sociales; así el cambio de objeto, si la disolución se ha producido por conclusión de la empresa que constituía el objeto social. Normalmente, ambos acuerdos aparecerán fundidos en uno sólo, pero conceptualmente será necesario mantenerlos separados.

El otro supuesto es el de transformación en sociedad civil cooperativa, colectiva o comanditaria, simple o por acciones. La transformación es algo más que una modificación estatutaria; es una modificación estructural. No se cambian singulares disposiciones del conjunto normativo privado que representan los estatutos sociales, sino que se cambia la forma social en su conjunto. Como consecuencia de este cambio, pasará a aplicarse el régimen jurídico correspondiente al nuevo tipo social, y con él todo su conjunto de normas de derecho necesario y de derecho dispositivo. No obstante, llama la atención que nada se establezca para el supuesto de transformación en SA. Nuevamente los redactores del Proyecto han operado con modelos demasiado apriorísticos, dando por supuesto que el régimen de transmisibilidad de las acciones será más flexible que el de las participaciones, por eso no han juzgado necesario establecer un mecanismo parecido al del artículo 226 LSA.

4.4.2.2. Sustitución del objeto social

Igual que en el artículo 147.1.1 LSA, el Proyecto habla de «sustitución» y no de «cambio» (como hacia el art. 85.4 LSA de 1951). Es de suponer que se reproducirán en relación al texto de la futura nueva LSRL, las mismas discusiones que se han desatado en el ámbito de la SA sobre el alcance que ha de tener la sustitución del objeto social para que se active el derecho de separación de los socios (v. por todos, RODRÍGUEZ ARTIGAS, «El cambio de objeto social. En particular, el derecho de separación del socio», en *Derecho de ...*, 147-194). En particular, el enfrentamiento entre una interpretación estricta del supuesto de hecho de la norma, que lo limita a la sustitución total del objeto, y una interpretación extensiva, que incluiría también los cambios sustanciales llevados a cabo mediante la ampliación o supresión de actividades integrantes del objeto social, pero sin reemplazar la definición de éste en su totalidad.

En el ámbito de la SRL probablemente puedan ofrecerse dos razones adicionales en favor de la interpretación extensiva. De un lado, la necesidad de proporcionar al socio minoritario una tutela más efectiva, y que constituye el *leit motiv* de la ampliación del derecho de separación en esta forma social; de ser así, resultaría congruente con la ampliación del elenco de causas de separación, una interpretación más flexible de las que ya se reconocen (de todas formas, nada obsta para que estos supuestos de sustitución parcial se establezcan como causa estatutaria de separación). Pero, además, falta en el texto del Proyecto el argumento literal para poder fundar una distinción tajante entre cambio y sustitución del objeto social; nos estamos refiriendo al artículo 150.1 LSA cuando alude a la «sustitución o cualquier modificación del objeto social», evidenciando con ello que no toda modificación implica sustitución.

En última instancia, sería conveniente que la futura nueva ley zanjara ya cualquier polémica sobre el particular, hablando claramente de sustitución «total», o de sustitución «total o parcial».

4.4.2.3. Traslado del domicilio social al extranjero

Se reconoce en los mismo términos que en el artículo 149.2 LSA.

4.4.2.4. Modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales

Constituye la más significativa de las causas legales de separación, pero también, sin ninguna duda, la de más difícil interpretación.

Para un supuesto análogo (aunque no idéntico) el artículo 146 LSA establece un sistema diferente, basado en la suspensión temporal de los efectos del acuerdo. El objetivo que con él se persigue no es mejorar la posición del accionista, dándole algo que antes no tenía, sino autorizarle para la transmisión de sus acciones según el sistema antiguo. Es claro que si no encuentra a alguien dispuesto a adquirirlas, de nada le habrá servido el plazo de *vacatio*.

Partiendo de la caracterización tipológica de la SRL como una sociedad esencialmente cerrada, los autores del Proyecto han entendido que establecer igual mecanismo de *vacatio*, de poco le iba a servir al socio. A esta supuesta constatación sobre su escasa utilidad práctica, se une la trascendencia (teórica) de las normas de los estatutos reguladoras de la transmisión de las participaciones sociales. Se considera (nuevamente un juicio apriorístico) que estas normas son para los socios de una especial importancia, y que por ello es necesario establecer para el evento de su reforma, una tutela más efectiva que la simple suspensión temporal de los efectos del acuerdo.

De resultas de todo ello, se concede a los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, el derecho a separarse de la sociedad, mediante el reembolso de las participaciones por su valor real.

Pero con ser importante el cambio operado respecto del mecanismo de tutela, más significativo resulta todavía el que afecta al supuesto de hecho de la norma, que pasa a ser, en términos de extraordinaria amplitud, la «modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales». Contrástese con lo dispuesto en el artículo 146 LSA, que lo limita a la modificación que consista en «restringir o condicionar» la transmisibilidad de las acciones nominativas; no cualquier cambio, sino sólo aquel que produzca como efecto una restricción del derecho de transmisión de las participaciones, dará lugar a esta suspensión temporal. Para la LSA, es claro que si la reforma va en el sentido de facilitar la transmisibilidad de las acciones, no ha lugar a la *vacatio*.

Distinto es el posicionamiento del Proyecto; la importancia del régimen de transmisión de las participaciones es tal, que cualquier cambio que se lleve a cabo en el mismo, legitima al socio disidente o ausente para separarse de la sociedad. No se presta atención al efecto que dicha modificación pueda tener en la efectiva transmisibilidad de las participaciones sociales. Piénsese, p. ej., en una reforma que tenga por objeto recuperar el ámbito de libre transmisibilidad de las participaciones que reconoce el artículo 30 PLSRL, derogando una norma estatutaria contraria al mismo; aunque la medida objetivamente favorece a los socios, también se activa el derecho de separación. El interés que el legislador pretende tutelar no es el del socio en transmitir sus participaciones, sino el del socio en que no se vea modi-

ficado algo tan esencial para él (se supone) como el régimen de transmisión de las participaciones, cualquiera que sea el sentido de la reforma. Todo esto, además, sin posibilidad de disposición estatutaria en contrario, pues se trata de una causa legal de separación, y, como tal, indelegable.

Nuevamente hemos de insistir en el apriorismo exagerado con que el Proyecto trata todo lo relativo a la transmisión de las participaciones; la idea de una SA esencialmente cerrada, frente a una SA abierta, como postulado básico para la caracterización tipológica de la figura, le lleva a suponer quizá demasiadas cosas. Situación que se agrava, porque estas suposiciones se imponen a los mismos socios, a quienes no se les ofrece la posibilidad de establecer un régimen estatutario diferente. Que una norma estatutaria sea o no esencial para el socio, es algo que éste debe valorar en el momento de entrar en la sociedad en contemplación de los estatutos sociales, y no *a posteriori*, mediante el ejercicio de un derecho que puede suponer un grave quebranto para la sociedad, y, por contra, un importante mecanismo de presión en sus manos. Entonces cualquier reforma, por insignificante que pueda parecer, será esencial para un socio que sólo esté interesado en abandonar la sociedad y en rentabilizar su inversión, a costa de la sociedad y los demás socios, y sin la carga de tener que buscar un adquirente para sus participaciones. Con gran acierto lo ha expresado BONARDELL: «Esta representación artificial, condicionante de las relaciones internas y caprichosamente restrictiva del juego de la autonomía de la voluntad en un aspecto irrelevante, en principio, para los intereses de terceros, se eleva a la categoría de elemento fundamental de la organización societaria, de tal forma que cualquier modificación de su concreto diseño concede a los socios que no votaron a favor el derecho a separarse de la sociedad, sin que a estos efectos importe que el sentido de la reforma sea el facilitar la transmisión o el de dificultarla. De esta forma, un elemento claramente incardinado en las relaciones internas, adquiere trascendencia respecto de terceros, tanto por la pérdida de garantías que puede significar para los acreedores sociales, como por el impedimento para la continuidad de la empresa que puede suponer el ejercicio de la separación» («Separación y exclusión de socios», en *La Reforma...* 794).

Para que nada falte, el supuesto de hecho pasa a ser sin más la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, y tan modificación es la sustitución de un sistema por otro (p. ej., el de consentimiento por el de adquisición preferente; o eliminando los supuestos de libre transmisibilidad), como el simple cambio en alguna de las condiciones del sistema que ya se ha previsto. A su vez, no todas las condiciones que pueden verse afectadas por tal modificación tienen la misma trascendencia. Relevante será la ampliación del elenco de causas que permitan denegar el

placet, o la supresión de la facultad de optar entre el precio convenido o el real (y obsérvese que en ninguno de ambos casos cambia el sistema previsto); no lo será (o no lo será tanto), el cambio en el plazo para conceder el *placet*, o en los requisitos de forma y materiales de la comunicación que ha de hacerse a la sociedad del proyecto de transmisión (extremos que deben ser regulados en los estatutos; v. art. 31.1 PLSRL).

El reconocimiento *tout court* del derecho de separación, nos parece, en cuanto a esas circunstancias meramente accidentales, claramente un exceso. No se olvide que este mecanismo de tutela conduce, de hecho, a una liquidación parcial de la sociedad, con reducción del capital. Con su habitual claridad lo pone de manifiesto BISBAL, al advertir que la necesidad de rentabilizar la inversión por medios internos, no puede llevar a que el derecho de separación sea tan absoluto que consienta al socio descapitalizar la sociedad en cualquier momento (257).

La obsesión del Proyecto por el régimen de transmisión de las participaciones sociales no deja de tener consecuencias paradójicas. Una vez más sobre la base de una representación apriorística, los autores del Proyecto se han decidido por no conceder al socio mecanismo alguno de tutela en los supuestos de transformación de SRL en SA. Resultará entonces, que el mismo socio que va a disfrutar del derecho de separación ante cualquier alteración, por insignificante que sea, del régimen de transmisión de las participaciones sociales, está obligado a soportar estoicamente que su sociedad cambie de forma, y que sus participaciones, hasta entonces sometidas a severas limitaciones en cuanto a su transmisibilidad, pasen a convertirse en acciones libremente transmisibles. El hecho de que esta última consecuencia aparezca embebida en las más amplias del cambio de forma, no reduce un ápice la paradoja.

Yendo al terreno de las propuestas concretas, coincidimos con BONARDELL en que la mejor solución pasa por remitir este tema a una posible cláusula estatutaria al efecto (795); para ello sería suficiente con incluir en el precepto la salvedad de una disposición contraria en los estatutos, del mismo modo que se hace en la letra *f*) del artículo, o con sacar este supuesto de la relación de causas legales de separación, dejando que se pueda pactar como causa estatutaria. En este último sentido parece orientarse la enmienda número 112 del Grupo mixto PAR, que propone limitar las causas legales a la sustitución del objeto social, el traslado del domicilio social al extranjero, la prórroga, la reactivación y ciertos supuestos de transformación. Más lejos llega la enmienda número 425 del Grupo Popular, que propone que los estatutos puedan excluir el derecho de separación con carácter general.

Si se considera que las anteriores propuestas son demasiado radicales, por hacer al socio de una SRL de peor condición que al accionista de una

SA (quien al menos disfruta del plazo de *vacatio*), podría mantenerse el carácter legal de esta causa de separación, pero limitándola a las modificaciones sustanciales o a la sustitución del régimen de transmisión de las participaciones sociales. En este sentido parece moverse la enmienda número 68 del Grupo parlamentario vasco, cuya justificación compartimos plenamente («no parece adecuado que cualquier modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales determine el derecho de separación del socio, cuando consista simplemente en modificaciones que no afecten a la propia sustancia del régimen de transmisión»).

4.4.2.5. Prórroga de la sociedad

Aunque lo normal es que las sociedades se constituyan por duración indefinida (y así lo presume el art. 14 PLSRL, salvo disposición contraria de los estatutos), nada obsta para que puedan serlo por tiempo determinado. En tal caso, el cumplimiento del término fijado en los estatutos dará lugar a la disolución de la sociedad, con apertura del período de liquidación (art. 105.1.a) PLSRL). La disolución por trascurso del término constituye además causa de disolución de pleno derecho.

El acuerdo de prórroga pasa necesariamente por una reforma de los estatutos sociales, bien sea pactando su duración indefinida, bien estableciendo un nuevo término final; no basta, pues, con acordar expresamente la prórroga, sino que es necesario cambiar el texto de los estatutos sociales. Esta modificación, además, tiene que haberse inscrito en el Registro Mercantil con anterioridad al vencimiento del plazo.

Los requisitos de la prórroga serán, por tanto, los generales de toda modificación estatutaria; es decir, acuerdo mayoritario, aunque por la mayoría reforzada del artículo 56.2.a) PLSRL. No obstante, y ante la trascendencia del acuerdo, se concede a los socios que no hubieran votado a favor del mismo, el derecho a separarse de la sociedad. Contrástese esta situación con la del accionista en la SA, que carece de mecanismo alguno de protección.

Dando por supuesto que son posibles las cláusulas de prórroga automática, forzoso será entender, como destaca BONARDELL (796), que la modificación estatutaria consistente en añadir una previsión de prórroga automática a una sociedad constituida a término, dará lugar también al derecho de separación.

4.4.2.6. Creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias

Es la única causa legal que tiene carácter disponible («salvo disposición contraria de los estatutos», empieza diciendo el texto propuesto), si bien la disponibilidad puede referirse a los tres supuestos, o sólo a uno de ellos (si se puede lo más, lógicamente se ha de poder lo menos).

De ella ya nos hemos ocupado con anterioridad. Recordar, únicamente, que se concede a todos los socios.

4.4.2.7. Causas estatutarias

Junto a la ampliación del elenco de causas legales de separación, el Proyecto se decide a admitir el establecimiento de otras causas en los estatutos sociales. En particular podrá establecerse como causa de separación, cualquier otra modificación de los estatutos sociales distinta de las previstas, sin limitación alguna. Como han destacado BONARDELL y AGUILERA RAMOS, este ámbito prácticamente ilimitado que se concede a la autonomía de la voluntad (y que no se ciñe a la reforma de los estatutos, sino que se extiende a cualquier clase de acuerdos sociales, e, incluso, a eventos que no sean acuerdos), puede acabar conduciendo a que la excepción al carácter vinculante de los acuerdos sociales se convierta en regla.

4.5. MECANISMOS DE TUTELA NO PREVISTOS EN EL PROYECTO

Si comparamos la regulación propuesta con la de la LSA, comprobaremos que dos mecanismos de tutela previstos en esta última no han pasado al Proyecto. Se trata de la suspensión temporal de los efectos del acuerdo (*vacatio*) y de la exigencia del acuerdo separado de la clase de acciones afectada por la modificación estatutaria.

Respecto del sistema de *vacatio*, éste se ha utilizado en la LSA sólo para el supuesto de la modificación estatutaria que consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas («no quedarán sometidas a él [el acuerdo] durante un plazo de tres meses», art. 146 LSA). Una aplicación limitada del mismo principio se encuentra en la transformación de SA en SRL, al señalar que durante determinado plazo, los accionistas que no votaron a favor del acuerdo, «no quedarán sometidos a lo dispuesto en el capítulo V de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada» (art. 226 LSA). Decimos que se trata de una aplicación limitada (a pesar del pomposo «la misma regla se aplicará» del

Proyecto de 1988), ya que no deja en suspenso los efectos de la transformación en SRL, sino sólo la aplicación de unas normas específicas de la LSRL. En última instancia, tanto en uno como en otro caso, el objetivo que se persigue es facilitar al accionista la transmisión de sus acciones, pero sólo durante un determinado lapso de tiempo. Es lógico que en una sociedad esencialmente cerrada como la SRL del Proyecto, tal mecanismo tenga una eficacia tuitiva muy escasa, y que por ello se haya prescindido de él.

En cuanto al acuerdo separado de la clase o clases afectadas, las razones para su no acogimiento en el Proyecto, no atienden ya a su mayor o menor efectividad práctica, sino a su radical incompatibilidad con la estructura misma de la SRL. Para hablar de acuerdo separado, antes hay que hablar de clases de acciones, o, al menos, de trato discriminatorio entre ellas (en este último sentido GARCÍA TUÑÓN, 104, al incluir en el supuesto aquellas modificaciones que operan sobre la única clase de acciones existente en la sociedad, si bien produciendo como efecto, además de la preceptiva lesión, una clase diferente de acciones). El acuerdo separado, en realidad, se presenta como un mecanismo legitimador de eventuales acuerdos perjudiciales para un grupo diferenciado de accionistas, sin necesidad de tener que recabar el consentimiento de todos o de cada uno de ellos; basta con un nuevo acuerdo adoptado por mayoría, aunque sea en el ámbito más reducido de la clase especial de acciones afectada.

Obviamente, en una forma social donde se proclama como dogma que las participaciones han de ser iguales (art. 5.1 PLSRL), difícilmente podrá entrar en juego el mecanismo del acuerdo separado; falta el presupuesto necesario para ello.

Más que las participaciones deban ser iguales, no significa que también deban serlo necesariamente los socios. Tanto la ley vigente, como el Proyecto, admiten la atribución no igualitaria de los derechos sociales de contenido económico, como compensación de la obligación de realizar prestaciones accesorias (incluso, en la actual ley, del derecho de asunción preferente). Pero, ¿qué consecuencia prácticas puede tener que las posibles diferencias sean subjetivas por referirse a la persona del socio, y no objetivas por serlo a la participación?; en esencia, que en tanto tengan carácter subjetivo, se insertarán en la relación personal socio-sociedad, lo que no permite hablar de clase ni, lo que es más importante, someter al socio disidente al acuerdo separado del grupo de que forma parte, cuando se trate de una modificación estatutaria que afecte a su *status*.

La situación se complica un poco más en el Proyecto, al dar cabida expresamente en su artículo 22.2 a la posibilidad de vincular la obligación de realizar prestaciones accesorias, a la titularidad de una o varias participaciones sociales concretamente determinadas (posibilidad que hoy día también ha de admitirse, pero por la tortuosa vía de las remisiones reglamen-

tarias). Aunque supone un principio de objetivación, tampoco creemos que sea definitivo. De un lado, porque respecto de las prestaciones accesorias, ni siquiera en la LSA opera el mecanismo del acuerdo separado (se sigue exigiendo el consentimiento individual de los «interesados» para todo lo que implique su creación, modificación o extinción anticipada). De otro lado, porque parece que la titularidad de las participaciones sólo se presenta como un medio identificador del sujeto obligado, pero la persona de éste continúa siendo el punto de referencia de la relación, y no la participación (significativo que el Proyecto hable de «vincular» la obligación a la titularidad de participaciones determinadas, mientras que la LSA lo haga de «acciones que lleven aparejada la obligación de realizarlas»).

En cualquier caso, y sobre todo después de la Res. de 1 de octubre de 1993, que parece limitar la exigencia de igualdad al aspecto cuantitativo del valor nominal, quizá sea llegado el momento de preguntarse qué sentido tiene el mantenimiento hoy en día del dogma de la igualdad. En particular, si no debería dejarse la puerta abierta al establecimiento de desigualdades entre los socios, al margen de la obligación de realizar prestaciones accesorias, y con ello, cuando estas desigualdades afecten a varias participaciones por igual, a hablar abiertamente de clases y de acuerdo separado (insistimos en que este último sirve de sustitutivo de mecanismos a tutela del socio más radicales y, por ende, entorpecedores del principio mayoritario).

Razones hay para pensar así, pues, como ha señalado BISBAL, reconocer estas desigualdades puede constituir una alternativa coherente en orden a facilitar políticas de dividendo diferenciadas a la vista de la inexistencia de mercados organizados en los que negociar las participaciones (268). En este sentido, varias enmiendas al articulado van derechamente contra el principio de la igualdad de las participaciones; así, la número 116 del Grupo Parlamentario Catalán, se refiere a la acumulación en series distintas de participaciones cuando atribuyan derechos y obligaciones especiales; la número 165 del Grupo Socialista, que admite excepciones establecidas en la ley a la exigencia de igualdad; y la más radical del Grupo Popular, número 222, que rompe también con la igualdad de valor nominal, y admite la atribución desigual de toda clase de derechos, incluido el de voto (cuya exclusión también admite). De todas formas, resulta curioso observar que ninguna de estas enmiendas propone el establecimiento simultáneo del mecanismo del acuerdo separado en los casos de modificación estatutaria perjudicial para una clase.

5. BREVE REFERENCIA A SUPUESTOS ESPECIFICOS DE MODIFICACION ESTATUTARIA

5.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Para concluir nuestro estudio sobre el régimen general de la modificación de los estatutos sociales en el Proyecto, conviene pasar de lo general a lo concreto, y prestar atención, siquiera sea brevemente, a ciertos supuestos de modificación estatutaria.

Es evidente que el marco de estas modificaciones viene definido previamente por el marco de los estatutos sociales. Todo lo que forma el contenido de estos últimos (art. 13 PLSRL), podrá ser objeto de la correspondiente reforma, cuyo régimen jurídico será el que se ha expuesto con anterioridad. Ahora no tendría sentido pasar revista a todos los posibles supuestos (pretensión además inviable, pues nos obligaría a anticiparnos a la imaginación, siempre versátil, de los operadores jurídicos), y por eso nos vamos a limitar a los que desde una perspectiva objetiva pueden considerarse más significativos. De todas formas, no están todos (p. ej., falta la sustitución del objeto social); de muchos de ellos ya nos hemos ocupado al estudiar el régimen general de la modificación de los estatutos sociales, y como ahora se trata sólo de dar cuenta de algunas especialidades, prescindimos de su examen. En particular, vamos a centrar nuestra atención en todos aquellos supuestos en los que el mismo Proyecto establece una normativa de carácter dispositivo, dejando a salvo la posibilidad de una previsión estatutaria distinta.

5.2. MODIFICACIONES QUE AFECTEN A LA DENOMINACIÓN SOCIAL

Frente a la SA, no presenta grandes especialidades el cambio de denominación en la SRL, ya que los artículos 363 a 373 RRM son comunes a ambas formas sociales. Destacar que el Proyecto recupera la indicación «Sociedad Limitada», que extrañamente no aparecía en el Borrador de Anteproyecto (pero sí su abreviatura); esto nos plantea una cuestión, que no por improbable, deja de ser significativa: ¿*quid* si el cambio se limita a la indicación de la forma social o a su abreviatura? Creemos que existe modificación estatutaria, aunque se trate de una pura cuestión de redacción (no vemos las consecuencias prácticas de hablar de SRL o de SL, o las mismas indicaciones en forma completa). No obstante, al afectar el cambio sólo a la forma social, no será necesario obtener una nueva certificación de la denominación (igual que en la transformación; v. art. 373.3 RRM). Tendente a simplificar las cosas, la enmienda número 216 del Grupo Po-

pular, propone el empleo exclusivo de la indicación «Sociedad Limitada» o su abreviatura «SL».

Sí que hay cambio de denominación *strictu sensu*, y, por tanto, necesidad de la correspondiente certificación, cuando cambie el idioma en que se expresa. Como las enmiendas número 1 (IU) y número 28 (Grupo Parlamentario Vasco) proponen el explícito reconocimiento de que también la indicación de la forma social puede expresarse en cualquiera de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas (ahora ningún problema en cuanto a la denominación), de aceptarse tales enmiendas, podrán traducirse las indicaciones mediante la oportuna reforma de los estatutos, pero sin necesidad de nueva certificación.

El cambio de denominación puede venir impuesto por el cambio de otras circunstancias. Común a la SA y a la SRL es el artículo 367.2 RRM, que establece que «en el caso de que la actividad que figura en la denominación social deje de estar incluida en el objeto social, no podrá inscribirse en el Registro Mercantil la modificación del mismo sin que se presente simultáneamente a inscripción la modificación de la denominación». En cambio, como especialidad del Proyecto, se establece en el artículo 128.1 que «en tanto subsista la situación de unipersonalidad, se añadirá a la denominación social la expresión *sociedad unipersonal*»; tratándose de unipersonalidad sobrevenida, ello requerirá una decisión formal (y hablamos de decisión en el sentido del art. 129 PLSRL) de modificación de los estatutos sociales (sin nueva certificación). Entendemos que este cambio en la denominación será requisito necesario para que la adquisición del carácter unipersonal se inscriba en el Registro Mercantil, y evitar así la desproporcionada sanción prevista en el artículo 131.2 PLSRL.

Con mejor criterio sistemático, la enmienda número 217 del Grupo Popular, propone trasladar el primer apartado del artículo 128 PLSRL, al artículo 2.1 PLSRL, relativo a la denominación social, añadiendo, además, como abreviatura la de «SLU».

Como ya destacamos en su momento no se ha incorporado al Proyecto la especialidad del artículo 150 LSA de la constancia del cambio de denominación de los demás Registros por medio de notas marginales; Espfn considera oportuna su inclusión (474).

5.3. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL DOMICILIO SOCIAL

La especialidad de esta modificación radica en los distintos procedimientos que engloba. Cuando el traslado tenga lugar dentro del mismo término municipal, será competente el órgano de administración; en otro caso, sólo será competente la Junta General, decidiendo por la mayoría

necesaria para cualquier acuerdo de reforma; si además, el domicilio se transfiere al extranjero, los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo tendrán derecho a separarse de la sociedad.

Puede ocurrir que sin cambiar físicamente el domicilio social, cambien las circunstancias identificadoras del mismo (nombre de la calle, número,...). Este cambio deberá hacerse constar en el Registro Mercantil, aunque no será necesario un acuerdo social de reforma de los estatutos (Res. de 2 de diciembre de 1993: «Frente al hecho cierto de que el cambio de la numeración de una calle no implica traslado del domicilio social, el cual físicamente continuaría en el mismo sitio, por lo que no pueden exigirse, a fin de reflejar en el Registro dicho cambio, los requisitos previstos por la ley para un efectivo traslado de sede social, se alza la conveniencia de la correcta constatación registral del domicilio de las sociedades... siendo la certificación municipal, en la que se hiciera explícita referencia a la numeración anterior y a su correspondiente actual, el modo más apropiado para hacerlo»).

5.4. MODIFICACIONES QUE AFECTEN A LA JUNTA GENERAL

La nueva regulación de la Junta General pretende hacer realidad el propósito manifestado en la Exposición de Motivos de dotar de gran flexibilidad al régimen jurídico de esta forma social, a fin de que la autonomía de la voluntad pueda adecuar el régimen jurídico a sus específicas necesidades y conveniencias; «al imprescindible mínimo imperativo, se añade así un amplio conjunto de normas supletorias de la voluntad privada, que los socios pueden derogar mediante las oportunas previsiones estatutarias».

Sin pretender una exposición completa, pueden señalarse las siguientes materias, dentro de la Sección dedicada a la Junta General, en las que se hace expresa salvedad de una disposición estatutaria:

- Asuntos competencia de la Junta (art. 47, *h*).
- Previsión de fechas o períodos en que ha de convocarse la Junta (art. 48.2.1).
- Forma y antelación de la convocatoria (art. 49.2).
- Lugar de celebración (art. 50).
- Representación en la Junta (art. 52.2).
- Mesa de la Junta General (art. 53).
- Principio mayoritario (art. 56.3).

La especialidad que presenta la modificación de todas estas previsiones estatutarias (y de cualesquiera otras que pudieran establecerse; p. ej., normas sobre el desarrollo de la sesión) es, precisamente, que no hay especia-

lidad alguna. Se aplica, sin más, el régimen general. Podrán introducirse cualesquiera modificaciones en estas materias, sin que entre en acción ninguno de los mecanismos de tutela del socio o de la minoría que se han examinado, ni se exigirá mayoría reforzada alguna. Incluso, aunque la reforma fuera tan trascendente como el establecimiento de la injerencia de la Junta en materia de gestión. Todo esto, claro está, a reserva de una disposición estatutaria en otro sentido (p. ej., que determinadas modificaciones del régimen de la Junta General se configurarían como causa de separación).

5.5. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Igual que en relación a la Junta General, son varios los preceptos del Proyecto que dejan a salvo la posibilidad de una previsión estatutaria específica:

- Número de Consejeros (art. 60.1.1).
- Reglas de organización y funcionamiento del Consejo de Administración (art. 60.1.2).
- Determinación del sistema de organización de la administración social (art. 60.2).
- Condiciones para ser nombrado administrador (art. 61.2).
- Régimen de los administradores suplentes (art. 62).
- Duración del cargo (art. 63).
- Distribución de facultades entre los administradores solidarios (art. 65.b).
- Atribución individual o conjunta del poder de representación en los casos de Consejo de administración (art. 65.b).
- Carácter retribuido del cargo, determinación del sistema de retribución y, en su caso, de la concreta participación en los beneficios (art. 69.1 y 2).

Igual que a propósito de la Junta General, y fuera de las excepciones que de inmediato se estudian, estas modificaciones no presentan ninguna especialidad. La afirmación, sin embargo, adquiere en relación a este tema un significado especial, pues en el ámbito de la SA, y cuando de Consejo de Administración se trata, se ha discutido sobre si la Junta general es libre para reducir el número de miembros del Consejo, o para pasar a un sistema de administración de naturaleza no colegiada; la cuestión se ha venido planteando por el derecho de la minoría a disfrutar de una representación proporcional en el Consejo, derecho que se vería burlado por el paso a un sistema distinto o la reducción del número de consejeros (v. SSTS de 20 de

abril de 1960, 29 de noviembre de 1969, 2 de marzo de 1977 y 30 de junio de 1981). No existiendo en el Proyecto tal derecho de representación, carece de sentido discutir sobre el particular.

Existen dos supuestos especiales en materia de modificaciones del órgano de administración. El primero, precisamente, por no serlo; nos referimos a la posibilidad de establecer en los estatutos distintos modos de organizar la administración social, ya que la opción por uno de ellos (no, si se opta por uno no previsto), no supondrá una modificación estatutaria. Hemos hablado al comienzo de este trabajo de especificación de disposición estatutaria para identificar este especial supuesto de hecho, ya que no existe reforma de los estatutos.

El segundo supuesto especial es la modificación del sistema de retribución de los administradores o de su carácter retribuido. Cuando la modificación se proyecte hacia el futuro; es decir, sobre ejercicios todavía no comenzados (pues también cuando la remuneración no consiste en una participación en los beneficios, será fijada para cada ejercicio), deberán bastar los requisitos generales (todo esto sin perjuicio de que el desempeño del cargo de administrador se hubiera configurado como prestación accesoria retribuida; entonces se aplicará el régimen especial de éstas). Ahora bien, si la modificación se pretende introducir durante el ejercicio, creemos que puede verse afectado un derecho del administrador como tercero, lo que hará necesario su consentimiento individual.

5.6. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL ESTATUTO DEL SOCIO

La igualdad de las participaciones sociales y el hecho de que toda posible desigualdad parece que deba ir referida a la compensación de la obligación de realizar prestaciones accesorias, hace que en materia de estatuto del socio, las disposiciones estatutarias tengan muy poco margen de maniobra. En cualquier caso, algunos preceptos relativos a la disponibilidad estatutaria de ciertos derechos del socio si que pueden encontrarse en el texto del Proyecto. Así, el artículo 55.2 PLSRL, al disponer que los estatutos podrán autorizar la representación en la Junta general por medio de persona que no sea socio (y, a la inversa, podrá suprimirse esta autorización); o la posibilidad de suprimir en los estatutos, tanto la segunda vuelta para la asunción de las nuevas participaciones (art. 78.4 PLSRL), como el derecho de examen de los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales (art. 88.2 PLSRL); el establecimiento del derecho a la restitución de aportaciones o a la liquidación *in natura* (art. 120. 2 PLSRL); o el ejercicio de determinados derechos en los casos de usufructo y prenda de participaciones (art. 39.1 y 40 PLSRL).

No creemos que en estos supuestos deban exigirse requisitos especiales para la modificación de los estatutos sociales, cualquiera que sea el sentido de la reforma (tanto si se concede como si se suprime o restringe un derecho). Quizá la única excepción estaría constituida por el artículo 120.2 PLSRL, por la necesidad de extender analógicamente la regla de unanimidad que se establece en su primer apartado (v. *supra*).

5.7. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES

Remitimos a todo lo que sobre el particular ya hemos expuesto anteriormente. Ahora sólo destacar que según el artículo 36 PLSRL, «el régimen de la transmisión de las participaciones sociales será el vigente en la fecha en que el socio hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir o, en su caso, en la fecha de fallecimiento del socio o en la de la adjudicación judicial o administrativa». De todas formas, no se olvide que la modificación del régimen de transmisión de las participaciones constituye causa de separación.

5.8. MODIFICACIONES QUE AFECTEN AL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

Con relación a la disolución y a la liquidación de la sociedad, el Proyecto indica que pueden establecerse causas estatutarias de disolución (art. 105.1.g) PLSRL), y que, salvo disposición contraria de los estatutos, el nombramiento de los liquidadores se efectuará en la forma prevista por la ley (art. 111 PLSRL), el ejercicio del cargo de liquidador será por tiempo indefinido (art. 112 PLSRL) y cada liquidador es titular del poder de representación de la sociedad (art. 113 PLSRL); de la cuota de liquidación ya nos hemos ocupado con anterioridad.

Cualquier modificación de los estatutos sociales que afecte a una de estas cláusulas, podrá llevarse a cabo sin más requisitos que los generales. En particular, podrán suprimirse causas estatutarias de disolución, sin que se active mecanismo alguno de defensa del socio o de la minoría (a salvo, claro está, su eventual previsión como causa estatutaria de separación); no puede hablarse de un abstracto derecho del socio a la cuota de liquidación que pudiera verse afectado por la desaparición de una causa estatutaria de disolución (como ha destacado BELTRÁN, 857 estas causas estatutarias de disolución estarán referidas normalmente en la SRL a las personas de los socios).

5.9. AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL

Por su importancia, la regulación del aumento del capital social en el Proyecto justificaría un estudio específico de mayor extensión que el presente. Destacar, únicamente, que el Proyecto propone una regulación completa de la materia (frente a la extraordinariamente parca de la LSRL de 1953; sobre el tema v. SÁNCHEZ RUS, «Aumento y reducción del capital en la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *ASN*, VII, 259-318), pero que quizá adolezca de excesivo seguidismo de la LSA. Esto último trasluce con especial claridad en la regulación del derecho de preferencia y de su exclusión (donde debería corregirse el error padecido en el artículo 79.c) PLSRL, de hablar de «contraprestación», en lugar de hacerlo de «valor real»; en este sentido las enmiendas número 143 del Grupo Parlamentario Catalán y número 60 del Grupo Parlamentario Vasco). Como novedad es destacable la segunda vuelta del derecho de preferencia, al que se une la inversión de la relación regla excepción en materia de aumento, al establecer como regla la divisibilidad (así lo destaca ROJO, «La Sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y de técnica legislativa», en *La Reforma...*, 68).

En cuanto a los requisitos del aumento, son destacables el control notarial de las aportaciones dinerarias y la no exigencia de informe de expertos independientes en las no dinerarias. En comparación con el régimen de la SA, se introducen también cambios significativos en la disciplina de algunas modalidades de aumento: exigencia de que los créditos a compensar habrán de ser totalmente líquidos y exigibles (frente al 25 % del art. 156.1.a LSA); la posibilidad de utilizar la totalidad de la reserva legal (frente al 10 % del art. 157.1 LSA).

Criticable nos parece que no se hayan solucionado los problemas interpretativos que suscita la facultad resolutoria del artículo 162.2 LSA, habiéndose limitado el Proyecto a reproducir su contenido en el art. 81.3 (sobre el tema, v. SACRISTÁN, «El aumento de capital: modalidades, requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias», en *El Derecho...*, III-1, 286-290).

5.10. REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Más radicales han sido los cambios introducidos en materia de capital social, a propósito de la otra modalidad de variación del mismo, la reducción del capital. De entrada, no se ha querido recoger la reducción del capital que tiene por finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias. Tampoco se hace referencia a los procedimientos de reducción, lo que puede plantear problemas en cuanto a la admisibilidad del procedimiento de agrupación (v. *supra*).

Para el supuesto de reducción del capital social por restitución de aportaciones, se ha sustituido el derecho de oposición de los acreedores sociales, por la responsabilidad solidaria, entre sí y con la sociedad, de los socios favorecidos, para el pago de las deudas anteriores. Para Rojo es una prueba de la sencillez de régimen que se persigue (68).

Llama también la atención que para determinados casos de reducción por pérdidas se exija que el balance que sirva de base a la operación, esté verificado por auditor de cuentas. En relación con el mismo supuesto de reducción, es de esperar que se acojan las enmiendas que proponen la supresión del artículo 84.3 PLSRL, que ha perdido todo su sentido al desaparecer la reducción para constituir o incrementar reservas (así la núm. 187 del Grupo Socialista, que también propone la supresión del apartado 4, y la núm. 407 del Grupo Popular; la justificación de esta última es clara y contundente: «Es imposible que el activo sea superior al pasivo como consecuencia de la reducción»); con acierto destaca CORONADO que responde a una precipitación de los redactores del Proyecto, «que no advirtieron que al suprimir de entre las finalidades posibles de la operación de reducción de capital, la constitución o incremento de la reserva legal, queda sin operatividad esta norma» (5.540).

5.11. SUPUESTO ESPECIAL DE LA REDUCCIÓN Y AUMENTO DEL CAPITAL SIMULTÁNEOS

El artículo 85 PLSRL se limita reproducir el contenido del artículo 169 LSA. Sin embargo, en otros artículos del Proyecto se han introducido otras normas que le afectan muy seriamente, sobre todo en cuanto a la tajante prohibición de reducir el capital social por debajo del mínimo legal. Nos estamos refiriendo al artículo 105.1.f) («la sociedad de responsabilidad limitada se disolverá:... Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, cuando sea consecuencia del incumplimiento de una ley») y el artículo 109 (específicamente dedicado a la disolución por reducción del capital por debajo del mínimo legal).

Del conjunto de dichos preceptos se desprende claramente que esta causa de disolución se refiere al capital nominal, y no al capital real (en contra, pero admitiendo como inevitable esta solución para el Proyecto Vicent CHULIÁ, «La disolución y liquidación de la Sociedad limitada en el Proyecto de Ley de 22 de diciembre de 1.993», en *RGD*, 1994, 5613-5616). Su virtualidad va en el sentido de establecer una excepción a la prohibición de reducción del capital por debajo del mínimo legal. Con gran acierto lo ha puesto de manifiesto BELTRÁN: «La norma proyectada merece una gran aprobación, porque flexibiliza el deber de capital mínimo, permitiendo su infracción cuando la reducción sea legalmente obligatoria y otorgando a la

sociedad un plazo para la reconstrucción del capital o la transformación de la sociedad. Con ello se elimina el error del derecho vigente consistente en acumular dos medidas rigurosas contradictorias: la que prohíbe todo acuerdo de reducción por debajo del mínimo legal (v. art. 169 LSA) y la que establece que la sociedad se disolverá si reduce el capital por debajo de ese mínimo (v. art. 260.1.5.º LSA)» (849). No obstante, y sin que ello suponga discrepar de este autor, la contradicción no parece que se dé entre la prohibición de reducción por debajo del mínimo legal y la disolución por dicha reducción, sino entre la primera prohibición, y la obligación de reducir el capital en determinados supuestos, *sin establecer límite por abajo*.

Si, como creemos, esto es así, será necesario modificar la redacción del artículo 85 PLSRL para establecer, expresamente, como excepción de la prohibición de reducir el capital por debajo del mínimo legal, aquellos casos en que tal reducción sea consecuencia del cumplimiento de una ley; p. ej., añadiendo al final del primer párrafo del apartado 1.º, un inciso del siguiente tenor: «Se exceptúa la reducción del capital social que sea consecuencia del cumplimiento de una ley, que se someterá a lo dispuesto en el art. 109».

Pero los problemas de la reducción por debajo del capital mínimo, no se resuelven llevando la excepción al ámbito que le es propio (es decir, el de la regla general prohibitiva). Surge un nuevo problema de coordinación con la causa de disolución prevista, que según el precepto antes citado, consiste en la reducción del capital social por debajo del mínimo legal, «cuando sea consecuencia del cumplimiento de una ley». A primera vista, parece que el precepto sólo está pensando en la reducción obligatoria; con razón señala BELTRÁN que el Proyecto distingue si la reducción tiene carácter voluntario u obligatorio para la sociedad: en el primer caso, la reducción es nula y no inscribible; en el segundo es válida e inscribible, pero se concede el plazo de un año para adoptar determinadas medidas (849). Sin embargo, no creemos que este modo de proceder sea correcto; por mucha nulidad que se proclame del acuerdo de reducción por debajo del mínimo legal (cuando sea voluntario), dicho acuerdo no es ontológicamente imposible (igual de insólita resultaría una escritura de constitución, *inscrita*, que no expresase las circunstancias del artículo 16.1.e) PLSRL, y no por eso deja de proclamarse como causa de nulidad de la sociedad). La causa de disolución consistente en la reducción del capital por debajo del mínimo legal, ha de constituir la norma de cierre del sistema de protección del capital social mínimo; es una exigencia de la propia lógica del sistema. Desde esta perspectiva, no es correcto, como hace el Proyecto, agotar el supuesto de hecho de la norma con los casos de reducción obligatoria; es necesario redactar la causa de disolución en términos generales, sin perjuicio de hacer la oportuna salvedad para los casos de reducción obligatoria.

Este último es el sentido de dos de las enmiendas presentadas al articulado; la número 154 del Grupo Parlamentario Catalán, que propone la

puesta en relación de este supuesto de hecho disolutorio con la hipótesis más específica de reducción por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, redactando el inciso final como sigue: «Cuando la reducción sea consecuencia del cumplimiento de una ley se estará a lo dispuesto en el artículo 109» (de todas formas, creemos que lo correcto sería puntuar con punto y coma, no con coma); y la número 437 del Grupo Popular que propone suprimir todo el inciso final, a partir de la coma con una justificación que compartimos plenamente: «La reducción voluntaria por debajo no cabe según el art. 85, y si a pesar de eso se hiciera hay que entender voluntad de disolución. Las demás reducciones son siempre por obligación establecida por la ley.»

6. VALORACION CRITICA

Si en pocas palabras intentáramos extraer de todo cuanto llevamos dicho una valoración final, ésta no se podría expresar como juicio analítico, sino en forma de mera impresión: uno tiene la sensación, leyendo los artículos que el Proyecto dedica a la modificación de los Estatutos sociales, de que la gran obsesión de sus redactores ha sido marcar las diferencias entre la SRL y la SA, *sólo para que efectivamente sean distintas*, sin parar a preguntarse por el sentido real de dichas diferencias. Y así, junto a inexplicables muestras de seguidismo de la LSA, hay violentos cortes con el régimen de esta última, sin más aparente justificación que la necesidad de acoplarse a un modelo ideal de SRL que se contraponen, abiertamente, a otro modelo, no menos ideal, de SA; el problema es que estos modelos ideales, que condicionan todo el desarrollo posterior de la regulación propuesta, más parecen a veces modelos puramente artificiales. Sorprende que la principal preocupación del Proyecto haya sido, precisamente, justificarse a sí mismo, marcando con claridad (no exenta de rigidez) los límites de la forma social SRL; y sorprende todavía más, cuando en algún país europeo ya se está hablando de la «pequeña sociedad por acciones» como alternativa a la SRL (v. PLANCK, «Kleine AG als Rechtsform-Alternative zur GmbH», en *GmbHRR*, 8/94, 501-505, con información sobre la *Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*).

RICARDO CABANAS TREJO
Notario Profesor asociado de Derecho Mercantil
de la Universidad de Barcelona

JOSÉ MANUEL CALAVIA MOLINERO
Abogado Profesor titular de Derecho Mercantil
de la Universidad de Barcelona

DICTAMENES Y NOTAS

Ultimos criterios sobre la afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores civiles y mercantiles

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACION

La Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) dictó el 29-12-1992 la Circular número 2-034, sobre *Régimen de afiliación a la Seguridad Social de socios de distintos tipos de Sociedades*, tanto civiles como mercantiles, que, de gran extensión y fuerte fundamentación jurisprudencial, trata de unificar las diferentes tendencias administrativas sostenidas hasta la fecha sobre dicho particular por las entidades gestoras, y que han producido en algunos casos inseguridad y desconcierto en los empresarios y administradores sociales, y que ya ha tratado la doctrina (1).

Efectivamente, se destaca la conveniencia de recoger en un solo texto y de forma esquemática los criterios actualmente vigentes, derivados de las resoluciones de diversos órganos competentes de la Administración de la Seguridad Social (Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ordenación Jurídica, TGSS y Entidades colaboradoras), y, en particular, la Resolución

(1) Entre otros trabajos, vid.: «Regímenes de encuadramiento en la Seguridad Social de aquellos socios que prestan sus servicios en los distintos tipos de sociedades», de DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, en *Actualidad Laboral*, 18/1993; «Consejeros-delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad», de PEDRAJAS MORENA, en *Actualidad Laboral*, 23/1993; «Problemática de inclusión de socios de sociedades de responsabilidad limitada», de ALCÁNTAR Y COLÓN, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 116, 1993; *Altos cargos laborales*, de BORRAJO DACRUZ, Edersa, Madrid, 1984; *Socios, administradores y altos cargos de la empresa Su situación laboral y respecto de la Seguridad Social*, de PUIGBO OROMI, Barcelona, 1993, *Régimen de afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores de las sociedades mercantiles y civiles*, obra colectiva editada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1994.

de 23-6-1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades colaboradoras de la Seguridad Social, sobre la inclusión en la Seguridad Social y régimen de encuadramiento de los socios que prestan servicios en distintos tipos de sociedades, así como de los miembros de órganos de administración de sociedades capitalistas y de los de comunidades de bienes, todo lo cual, según se señala en esta Circular, «indudablemente facilitará su localización, conocimiento y debida aplicación por parte de las correspondientes dependencias de esta Tesorería General».

Se parte, además, como antecedente de la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 17-5-1990, tras la cual se han venido produciendo determinados pronunciamientos jurisprudenciales que matizan y aclaran algunos aspectos, tanto respecto de los cometidos y del carácter de la relación que une a los administradores societarios con sus empresas, como de la naturaleza de la prestación de servicios de quienes ostentando la condición de socios mayoritarios en estas empresas que revisten forma jurídica de sociedad, desempeñan personalmente un trabajo en las mismas.

Como primera declaración, de acuerdo con dicha Resolución ahora integrada, se establece que la jurisdicción social considera, con carácter general, y siempre que haya realmente una típica relación laboral, que los socios de sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada que trabajan personalmente en las mismas tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena, dado que se realiza la actividad dentro del dispositivo de una sociedad de responsabilidad limitada, cuya personalidad civil y mercantil es independiente de la propia de cada uno de los socios que la integran, los cuales no quedan personal y solidariamente obligados con todos sus bienes (como en la sociedad regular colectiva) sino exclusivamente hasta el límite del capital aportado, quedando desligada así la sociedad de la responsabilidad y actividad de sus socios.

Y, de acuerdo con el Tribunal Supremo, el hermetismo producido por la utilización de formas societarias no alcanza valor absoluto, de modo que no basta la mera existencia de dos personalidades diferenciadas para admitir la *relación laboral*, en el sentido del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, sino que, en determinadas circunstancias, tal relación desaparece al no darse las notas básicas de ésta.

Dejando a un lado la nota de la remunerabilidad, en lo que se refiere a la *ajeneidad*, la misma desaparece cuando la aportación del trabajo de los socios es una aportación societaria, al constituir realmente un título para el reparto de las ganancias sociales, asumiéndose por tanto el riesgo de empresa (Sentencias del Tribunal Supremo de 20-10-1969 y 3-10-1988). Otras veces, la participación mayoritaria en el accionariado se toma como dato excluyente de la ajeneidad (Sentencias de 27-6-1989, 26-4-1991 y 25-5-1991). También,

según la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 9-3-1988, no existe esta nota cuando la entidad societaria capitalista es en su mayor parte de la titularidad del alto directivo. Respecto de la *dependencia* o sometimiento al círculo rector y organizativo del empresario, se pierde esta cualidad al ser precisamente el trabajador quien forma parte de dicho círculo, en su calidad de órgano de administración asumiendo la posición empresarial (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 30-9-1987 y 15-2-1988).

Hay igualmente en esta Circular de la TGSS una especial referencia, que aquí más interesa, al deslinde de la condición de miembro de los órganos de administración en las sociedades mercantiles respecto del *personal de alta dirección*, regido por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. En tal sentido, señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 27-1-1992 que no existe distinción entre los cometidos inherentes a los miembros de los órganos de administración de las sociedades y los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa que es lo que caracteriza el trabajo de alta dirección. Estos poderes comprenden las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la compañía (2).

Cuando se ejercen *funciones* típicamente *gerenciales*, la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino más bien a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que, en definitiva, se actúan directamente o mediante delegación interna, la relación no será laboral (Sentencia de 3-6-1991).

Las actividades gerenciales de la empresa, aparte de por el empresario físico o individual de la misma, pueden desempeñarse en virtud de dos títulos distintos: como gerente o alto cargo en virtud del apoderamiento correspondiente y sujeto a la relación laboral de carácter especial, y como miembro de los órganos de administración de aquellas empresas que revisitan la forma jurídica de sociedad.

Así, cuando el *empresario individual* desarrolla estas actividades en su empresa, o cualesquiera otras, de forma personal, habitual y directa, queda incluido en el régimen especial de autónomos, lo cual ha de hacerse extensivo a aquellos socios en cuya dedicación profesional a la empresa no pueda apreciarse la existencia de una típica relación laboral.

Por su parte, el *personal de alta dirección*, en cuanto trabajador por cuen-

(2) Sobre este personal especial, vid los estudios de BORRAIO: «Conservación de la relación de trabajo cuando el trabajador ocupe un puesto de alta dirección en la empresa», en *REDT*, núm. 1, 1980, págs. 7 y sigs.; «El personal de alta dirección en la empresa», en *REDT*, núm. 22, 1985, págs. 157 y sigs. También el artículo de MARZAL: «La protección del personal de alta dirección», en *Cuadernos Jurídicos*, 1993.

ta ajena, estará incluido en el régimen general o en el especial que corresponda según la actividad de la empresa, mientras que los miembros de los *órganos de administración* en tanto desarrollen en sus empresas funciones ejecutivas de gerencia y dirección a título lucrativo de forma personal, habitual y directa sin estar sujetos a contrato de trabajo, deben quedar incluidos en el régimen de autónomos, inclusión que no afectará, sin embargo, a quienes en su mera calidad de consejeros no desarrollan funciones ejecutivas sino que se limitan a las consultivas, que aparte de no ejercerse normalmente a título lucrativo, no constituyen actividad profesional relevante que pueda dar lugar a inclusión en este régimen o en cualquier otro.

II. CRITERIOS SUSTANTIVOS

En las *«instrucciones»* de la comentada Circular de la TGSS de 29-12-92, sobre régimen de afiliación a la Seguridad Social de Socios de distintos tipos de sociedades se recogen los *criterios* de la Administración al respecto, de forma muy casuística, y luego recogidos en un Anexo-Cuadro Resumen.

1. En primer lugar, en cuanto a los socios de las *compañías regulares colectivas* y los socios colectivos de las *comanditarias*, que trabajen en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa, se consideran incluidos en el régimen de autónomos.

2. Respecto de los socios capitalistas en las *sociedades anónima y limitada*, se distinguen los siguientes supuestos:

- a) *Cuando trabajen personalmente en la sociedad sin desempeñar funciones propias de los órganos de administración*, la regla general, y siempre que exista realmente entre el socio y la sociedad una auténtica relación laboral, es que tales socios tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena y, en consecuencia quedarán encuadrados en el régimen general o especial que corresponda en razón a la actividad desarrollada.

Sin embargo, y por excepción, quedarán incluidos en el régimen de autónomos cuando la actividad de socio no dé lugar a la percepción de un salario, sino que realmente le autorice para una participación específica en las ganancias, o también cuando el socio, a través de la titularidad de las acciones, posea un efectivo control de la empresa o la titularidad mayoritaria de su capital social.

- b) *Tratándose de socios que trabajen personalmente para la sociedad y desempeñen simultáneamente funciones propias de los órganos de administración*, se distinguen de nuevo, dos casos:

- Cuando el referido trabajo personal se constituya como *relación laboral común* con la sociedad, existirá un doble vínculo con ella, orgánico y laboral, de los que este último determinará la procedencia de incluir a los socios en el régimen general o especial de trabajadores por cuenta ajena, que corresponda por razón de la actividad. Todo ello, siempre que su actividad en el órgano de administración se reduzca a *deliberación* y consejo, pues, en otro caso (actividades de *dirección y gerencia*), faltando la nota de la dependencia, deberán constar en el régimen de autónomos.
 - Y en el caso de que el trabajo personal implique una *relación laboral especial de alta dirección*, solamente quedan incluidos en el régimen general o especial de trabajadores por cuenta ajena, cuando el trabajo se preste a título distinto de su condición de órgano de administración, reduciéndose la actividad desarrollada en cuanto tal miembro a las funciones de deliberación y consejo (autónomos, en otro caso, de acuerdo con la matización apuntada) (3).
- c) Tratándose de *socios que desempeñen solamente actividades propias de los órganos de administración* de la sociedad, como miembros de los mismos, realizando bajo esa condición las funciones ejecutivas de gerencia y dirección de la sociedad, a título lucrativo y de forma habitual y directa, sin estar sujetos a contrato de trabajo, quedan incluidos en el régimen de autónomos. Esto último no afectará a quienes, en su mera condición de consejeros, no desarrollen funciones ejecutivas y de dirección, sino que se limiten a las puramente consultivas, por cuanto estas últimas, *per se*, no constituyen una actividad profesional de relevancia que pueda dar lugar a encuadramiento en aquel régimen o en cualquier otro.

Por otro lado, a propósito de los *delegados de los órganos de administración* de la sociedad (Consejeros-Delegados, Directores Generales, Geren-

(3) A otros efectos, debe destacarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26-12-1993 que, pronunciándose sobre una cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declara que los miembros del personal de alta dirección no pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980 (sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados, en caso de insolvencia del empresario), añadiendo que dicho personal no tiene derecho a solicitar el pago de los créditos salariales a la institución de garantía creada por el Derecho nacional para las demás categorías de trabajadores asalariados y en el caso de que el Derecho nacional, incluso interpretado a la luz de dicha Directiva, no permitiera asegurar el goce de las garantías que la misma prevé al personal de dirección, éste tiene derecho a solicitar al Estado miembro de que se trate la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la Directiva.

tes), que normalmente desempeñan funciones de dirección y gerencia, pero subordinados al Consejo de Administración, cabe diferenciar:

- Si las funciones que llevan a cabo las realizan confundiéndose en el marco de una relación orgánica, por integración en el órgano de administración, no podrá considerarse la existencia de una auténtica relación laboral y, por ende, deberán incluirse en el régimen de autónomos.
- Por el contrario, si las referidas funciones las realizan sin integrarse en los órganos de administración social, subordinados a éstos y bajo una auténtica relación laboral especial de alta dirección, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, incluyéndose en el régimen general o especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente en razón a la actividad.

d) Finalmente, respecto de los *socios que sólo desempeñen funciones de alta dirección*, de acuerdo con el contrato especial formalizado por escrito, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, incluyéndose en el régimen general o especial por razón de la actividad. No obstante, no existiendo en puridad tal relación laboral especial de alta dirección sujeta al Real Decreto 1382/1985, y estando integrados en los órganos de administración, quedarán en el régimen de autónomos.

3. De conformidad con la Disposición Adicional Cuarta de la Ley General de Cooperativas de 1987, debe distinguirse respecto de este tipo de socios los siguientes supuestos:

- a) Los *socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado*, a opción de la respectiva cooperativa ejercitada en sus estatutos, pueden estar incluidos en el sistema de la Seguridad Social, bien como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el régimen general o en el especial de trabajadores por cuenta ajena, según la actividad, bien como trabajadores autónomos.
- b) Los *socios trabajadores de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra* están en todo caso asimilados a trabajadores por cuenta ajena, quedando incluidos como tales en el régimen que corresponda en razón a la actividad.
- c) *Los socios de trabajo de las restantes cooperativas de primer grado y de las de segundo o ulterior grado* son, en todo caso, asimilados a los trabajadores por cuenta ajena.

4. En relación a los *comuneros o socios de las comunidades de bienes y sociedades civiles irregulares que presten servicios en las mismas*, su

encuadramiento estará en función directa de las condiciones en que se realice la actividad, lo cual es a su vez, una cuestión de prueba que no permite una conclusión general, distinguiéndose:

- a) Si se acredita que los trabajadores ponen en común su trabajo o su trabajo y bienes, asumiendo la codirección de la empresa y el riesgo y ventura de ella, con responsabilidad ilimitada de todos sus bienes y con la finalidad de obtención de los beneficios, los mismos habrán de encuadrarse en el régimen de autónomos.
- b) No resultando acreditadas estas condiciones y, por el contrario, probándose la existencia de una auténtica relación laboral en la prestación de servicios de los comuneros o socios a la comunidad o sociedad, y más aún, si ésta realmente actúa en calidad de empresario, los mismos quedarán incluidos en el régimen general o especial de trabajadores por cuenta ajena que corresponda.
- c) Cuando se acredite que la aportación de los comuneros o socios consiste únicamente en bienes, sin participar en la dirección de la empresa ni poner en común su actividad y limitando su responsabilidad a los bienes aportados, no cabrá incluirlos en régimen alguno de Seguridad Social por esa concreta condición al no ejercer actividad profesional alguna.

III. ASPECTOS FORMALES

Tras esta detenida serie de situaciones a efectos de su encuadramiento administrativo, se establece en la Circular de la TGSS un *procedimiento para la inclusión de los socios en el régimen de la Seguridad Social correspondiente* por parte de la Dirección Provincial de la Tesorería General y las Administraciones de ellas dependientes, de acuerdo con las instrucciones precedentes, y en función de las circunstancias de hecho que resulten de la documentación aportada por los solicitantes, tramitando aquéllas la afiliación, en su caso, y el alta pertinente, todo ello reforzado a finales de 1993, según Resolución que figura al final de este trabajo.

En cualquier caso, una de las declaraciones de mayor interés de esta Circular, es que *«en aquellos supuestos en que proceda la inclusión en un régimen distinto a aquél en que se efectuó inicialmente el alta, ésta y las cotizaciones realizadas tienen plena validez para la acción protectora del régimen en que corresponda el encuadramiento»*.

Estas son las líneas básicas relativas a la justificación y contenido de la Circular de la TGSS sobre régimen de afiliación a la Seguridad Social de socios de distintas sociedades, que va a dar lugar a múltiples comentarios

y no pocos problemas para los comerciantes organizados en formas societarias, al generalizar su encuadramiento en el régimen de trabajadores por cuenta propia o autónomos, tal vez más económico que el general, pero sin la extensión de las prestaciones de éste (desempleo, hoy fundamental en época social tan difícil).

IV. REPERCUSIONES FISCALES

No entra esta disposición, objeto de comentario, en las consecuencias fiscales para estos socios o administradores en régimen de autónomos, habiendo aclarado la Administración Tributaria los siguientes criterios, por vía de consulta informativa del artículo 107 de la Ley General Tributaria:

1. En primer lugar, respecto del *Impuesto sobre Actividades Económicas*, y en cuanto a la determinación de si la actividad consistente en administrar una sociedad por parte del socio que ostenta la mayoría de las acciones/participaciones de la misma está o no sujeta a tributación, es decir, si se realiza o no el hecho imponible del impuesto citado, la Subdirección General de Tributos Locales ha considerado que la administración que de su propia empresa realice el socio mayoritario de la misma no constituye realización de actividad económica alguna a efectos del impuesto y por lo tanto no está sujeta a tributar por el mismo.

2. En cuanto al *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, la Administración Tributaria ha aclarado que si el socio-administrador obtiene alguna contraprestación derivada de su condición de miembro del Consejo de Administración, dicha retribución tendrá la naturaleza de rendimiento del trabajo sometido al porcentaje fijo de retención del 30 por 100, si retribuye la prestación de servicios personales y no puede considerarse rendimiento de actividad profesional o empresarial por no implicar la ordenación por cuenta propia de los medios de producción o distribución de bienes o servicios, sin que ello dependa del Régimen de Seguridad Social que le corresponda.

Por otro lado, y en cuanto al resto de las retribuciones que perciba como consecuencia de su integración en la estructura productiva de la sociedad, habrán de ser calificadas tributariamente de acuerdo con su verdadera naturaleza, prescindiendo asimismo del Régimen de Seguridad Social que le corresponda a su perceptor.

3. Finalmente, y al margen del Régimen de cotización a la Seguridad Social que les corresponda, los servicios que presten a la sociedad derivados exclusivamente de su condición de administradores no estarán sujetos al *Impuesto sobre el Valor Añadido* al no implicar dicha actividad la ordena-

ción por cuenta propia de factores de producción y prestarse en régimen de dependencia derivada de relaciones administrativas o laborales.

V. EFICACIA GENERAL

Esta Circular, como disposición administrativa inferior, sin efectos generales, no publicada en el *BOE*, va dirigida «para conocimiento y cumplimiento» de los servicios técnicos de inspección. Si bien el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha querido, por fin, que sus instrucciones básicas desplieguen plenos efectos jurídicos, de acuerdo con el artículo 50.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dictando al efecto la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, una Resolución de 14-12-1993 (*BOE* del día 17 siguiente) «sobre los efectos que derivan del cambio de encuadramiento en el ámbito de los regímenes que componen el Sistema de la Seguridad Social, de socios, trabajadores y miembros del órgano de administración de sociedades mercantiles capitalistas».

En primer lugar, su Exposición de Motivos resume la posición jurisprudencial última:

- «La prestación de servicios del socio en favor de la Sociedad puede reputarse laboral cuando concurren los requisitos legales establecidos, procediendo, en consecuencia, su inclusión en la Seguridad Social en su calidad de trabajador por cuenta ajena. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha entendido que la utilización de formas societarias no impide desconocer la realidad que se oculta tras ellas, considerando que no existe ajenidad en la prestación de servicios, bien cuando el socio tiene una participación mayoritaria en el capital, bien cuando la aportación de trabajo es un título para repartir ganancias sociales, pues en estos casos, se asume el riesgo de la empresa.
- Asimismo, ha señalado la jurisprudencia que entre los administradores o miembros de los órganos de administración y la sociedad existe una relación orgánica de naturaleza mercantil. Además, los cometidos inherentes al ejercicio de su función les integran en el círculo rector y organizativo del empresario, lo que implica, respecto de la posibilidad de apreciar la existencia de una relación laboral, la ausencia de la nota de dependencia» (4).

(4) Respecto de la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, el Magistrado CONDE MARTÍN DE MIJAS, a raíz de la importante Sentencia de la Sala 3.ª, de 14-6-1993, de la que es Ponente, señala que se avanza en una línea de

Tras ello, en la parte dispositiva, se resuelve:

«*Primero*.—Cuando, por aplicación de lo establecido en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 23 de junio de 1992, proceda practicar un cambio de encuadramiento en el ámbito de los regímenes que componen el sistema de la Seguridad Social, las cuotas de Seguridad Social abonadas por el interesado en el Régimen en el que estuviera incluido con anterioridad a dicho cambio, se considerarán debidamente ingresadas en el mismo. En consecuencia, estas cotizaciones se computarán por el nuevo Régimen para causar las prestaciones de la Seguridad Social que correspondan en el mismo, y, en su caso, servirán para el cálculo de la respectiva base reguladora de las pensiones, con aplicación, si ello fuera necesario, de las normas sobre cómputo recíproco de cuotas entre los regímenes de la Seguridad Social».

«*Segundo*.—En los casos en que, por aplicación de la aludida Resolución, proceda el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, los sujetos afectados podrán elegir su base de cotización de acuerdo con las normas aplicables en el citado régimen, u optar por mantener aquélla por la que vinieran cotizando, de ser ésta superior a la que le correspondería por razón de su edad. En este último supuesto, tendrán asimismo, en los ejercicios siguientes, la posibilidad de incrementar esta base, como máximo, en el mismo porcentaje en que haya aumentado la base máxima de cotización en este régimen».

Todos estos temas ligados al Derecho laboral y de la Seguridad Social, sobre la base de una sociedad mercantil o civil, deberán, en todo caso (y junto al Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el régimen especial de Autónomos), merecer una mayor atención por parte de aquellos que pretenden constituir una sociedad mercantil, o modificar su escritura de constitución, especialmente a la hora de concretar en los estatutos la forma, régimen y sistema único de administración y la retribución, en su caso, de los administradores (art. 124 del Reglamento del Registro Mercantil).

MANUEL LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

rectificación de la jurisprudencia anterior, y de aproximación a la de la Sala de lo Social, según la cual «la concretización de la relación desde la perspectiva del artículo 3.3.c) del ET no puede realizarse sobre la base de la objetividad de los trabajos, sino sobre la índole del vínculo» (A. L. 37/1993, pág. 2284)

ACTUALIDAD JURIDICA

I) X Congreso Internacional de Derecho Registral

Durante los días 5 al 8 de septiembre de 1994 ha tenido lugar en París la celebración del X Congreso Internacional de Derecho Registral, organizado por la Association des Conservateurs des Hypothèques de Francia (AMC) y la Secretaría General del Centro Internacional de Derecho Registral, CINDER.

Han participado en el Congreso 350 delegados representando a 35 países de tres continentes; Africa (2), América del Sur y Central (8), Europa occidental y oriental (11 y 14, respectivamente).

Los temas oficiales de trabajo propuestos por el CINDER (Tema 1) y la Entidad organizadora (AMC) (Tema 2) han sido:

Tema 1. PRIMERA COMISION: *Función de la hipoteca en el sistema registral* Ponente: Don Rafael Arnaiz Eguren (España).

Tema 2. SEGUNDA COMISION: *Principios fundamentales de la hipoteca*. Ponente: M. Gaston Fite (Francia).

El CINDER, de acuerdo con la Entidad organizadora del Congreso (AMC), estimó conveniente la admisión oficial de dos ponencias, una sobre cada tema, que se encargaron respectivamente a las delegaciones española y francesa.

A la vista del encargo, una primera Comisión formada por los siguientes Registradores españoles: don Carlos Hernández Crespo, don Rafael Arnaiz Eguren, don Juan Pablo Ruano Borrella, como Director del Centro de Estudios Registrales, y don Eugenio Fernández Cabaleiro, Secretario General del CINDER, redactó un primer anteproyecto de conclusiones que se difundió a todos los Institutos miembros del CINDER, como documento base de estudio y análisis y sobre el cual basar sus correspondientes propuestas ante el Congreso.

Posteriormente se formó un grupo de trabajo coordinado por don Rafael Arnaiz, y compuesto por los siguientes Registradores: don Jesús Camy Escobar, don Francisco Javier Gómez Gálligo, don Gabriel Gragera Ibáñez, don Fernando Méndez González, don Antonio Pau Pedrón y don Reynaldo Vázquez de Lapuerta, que se encargaron de la redacción de la definitiva

Ponencia española y de las observaciones que se estimó oportuno formular a la Ponencia francesa sobre el segundo tema.

Como resultado de toda la labor desarrollada por las Comisiones antes descritas, la aportación de trabajos al Congreso por parte del Colegio de Registradores fue:

Al *Tema 1*: Ponencia oficial y propuesta de conclusiones de la Delegación española.

Al *Tema 2*: Documento que incluía los trabajos elaborados por el grupo de trabajo antes citado, y cuyo contenido estaba formado por las contrapropuestas españolas a los puntos desarrollados en la Ponencia francesa.

Además de los trabajos antes descritos, el Colegio remitió a París ejemplares de cada una de las siguientes publicaciones para su distribución entre los participantes.

- *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*
- *La hipoteca. (Estudio registral de sus cláusulas).*
- *La causa del crédito hipotecario.*

En lo que a trabajos individuales de Registradores españoles se refiere, solamente hubo tres aportaciones al Congreso, las dos primeras asignadas al Tema 1 y la tercera al Tema 2:

- *Fiscalidad de los títulos hipotecarios.* Autor: J. Menéndez Hernández.
- *Créditos hipotecarios y su ejecución en bienes, afectos a residencias o servicios diplomáticos.* Autor: J. López Medel.
- *Control de la legalidad de los prestamos hipotecarios.* Autor: Francisco Javier Gómez Gálligo.

Mesa del Congreso Se constituyó con un representante de cada uno de los Institutos miembros del CINDER y un delegado o portavoz del resto de los países representados en el Congreso, bajo la Presidencia del Presidente de la AMC y del Congreso, y del Secretario General del CINDER.

Presidencia de las sesiones de trabajo:

La PRIMERA COMISION (Tema 1) estuvo presidida por el Decano del Colegio, don José Poveda Díaz, acompañado por los Conservadores de hipotecas franceses Sres. Springer y Tresarrieu como Secretarios.

En esta primera Comisión, la Ponencia española fue defendida por don Rafael Arnaiz y su exposición fue seguida de diferentes intervenciones de

representantes de otras delegaciones, de las que debe destacarse una muy interesante exposición de las diferencias existentes entre el crédito hipotecario y el crédito personal, en Francia. Las conclusiones definitivas de esta Comisión se redactaron con la intervención de dos Registradores españoles, don Rafael Arnaiz y don Gabriel Gragera.

La SEGUNDA COMISION (Tema 2) estuvo presidida por el señor don Paul Fremont, acompañado por el señor Leccia, como Secretario, ambos Conservadores de hipotecas franceses.

El debate de la segunda Comisión se centró en los principios esenciales del Derecho hipotecario, con numerosas intervenciones de las delegaciones asistentes y sus conclusiones se redactaron por un reducido grupo de trabajo, en el que participó don Fernando Méndez González.

En las mesas de ambas comisiones estuvieron también presentes por orden rotativo de las distintas sesiones representantes de los Institutos miembros del CINDER, así como los delegados o portavoces del resto de países representados en el Congreso.

La Sesión plenaria del último día estuvo presidida por el Presidente de la AMC y del Congreso, junto con el Secretario General del CINDER, y en la que también formaron parte de la Presidencia los miembros de la Mesa del Congreso. En esta Sesión los Presidentes de ambas Comisiones dieron puntual cuenta a los asistentes de los trabajos realizados en sus respectivas Comisiones, trabajos aportados, debates celebrados, etc., dando lectura a continuación de las conclusiones aprobadas en cada Comisión, sometiéndolas a la aprobación definitiva por parte de todos los asistentes al Plenario. Copia de dichas conclusiones se adjunta al presente escrito.

Sesiones protocolarias de Apertura y Clausura.

La Sesión de Apertura del Congreso tuvo lugar en la sede del Ministerio de Finanzas francés, y fue presidida por el Ministro del Presupuesto, señor don Nicolás Sarkozy, quien después de que el señor Lescure, Presidente de la AMC y del Congreso, en breve alocución, realizara la presentación de los congresistas, haciéndole entrega, a continuación, de la medalla del Congreso, dirigió la palabra a los asistentes, dándoles su más cordial bienvenida y deseando un gran éxito al Congreso.

La Sesión de Clausura, celebrada a continuación de la Sesión plenaria del Congreso, tuvo lugar en la sede del mismo y estuvo presidida por el Director General de los Impuestos, acompañado por el Presidente de la AMC y del Congreso y por el Secretario General del CINDER, junto con los componentes de la Mesa del Congreso. Finalizado el acto tuvo lugar un almuerzo al que asistió el Director General junto con las demás autoridades del Congreso.

Todas las sesiones de trabajo, de inmejorable organización, fueron celebradas en el Hotel Intercontinental de París, sede de celebración del X Congreso Internacional de Derecho Registral.

Para los acompañantes de los congresistas, inscritos al Congreso en relevante número, el Comité organizador francés preparó un sugestivo programa de visitas turísticas a los más destacados monumentos de París y alrededores, complementado con diversos actos sociales que fueron asimismo programados para los congresistas.

A) Asamblea General del CINDER

Durante la celebración del X Congreso tuvo lugar, previa convocatoria, la Asamblea General Ordinaria del Centro Internacional de Derecho Registral, CINDER, de la que se levantó la correspondiente acta:

En la ciudad de París (Francia), a las dieciocho horas del día 7 de septiembre de 1994 y conforme a la convocatoria efectuada por esta Secretaría General, se reúne en sesión ordinaria la Asamblea General del CINDER, bajo la presidencia del Secretario General, don Eugenio Fernández Cabaleiro, y con asistencia de los siguientes Institutos miembros:

- El *Centro de Estudios Registrales de España*, representado por don José Poveda Díaz, Decano del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- El *Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina*, representado por su Presidente, don Oscar Sarubo.
- La *Sección de Derecho Registral del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados*, representado por su Presidente, don Jorge H. Alterini.
- El *Instituto de Registro Inmobiliario do Brasil*, representado por doña Lea Emilia Braune Portugal.
- La *Asociación Centro Costarricense de Derecho Registral*, representada por doña Mónica Blanco Valverde.
- La *Association des Conservateurs des Hypothèques de France*, representada por su Presidente, don Guy Lescure.
- La *Associação Sindical de Conservadores de Registos de Portugal*, representada por don José Augusto Mouteira Guerreiro.
- La *Associazione Svizzera per il Diritto del Registro Fondiario*, representada por su Presidente, don Franco Cattaneo.
- La *Asociación de Escribanos del Uruguay*, representada por doña Susana Cambiasso.

Asimismo asistieron a la Asamblea, en calidad de invitados, los delegados de los siguientes países, asistentes al X Congreso:

- BELGICA: *Federation Royale des Conservateurs*, representada por M. Louis Hombroeckx.
- BIELORRUSIA: *Agencia de la Propiedad*, representada por su director, Mr. Dmitry Tchikounov.
- HUNGRÍA: *Ministerio de Finanzas*, representado por Mr. Arpad Király, Director del Mercado de Capitales.
- IRLANDA: *Land Registry-Central Office*, representado por Mrs. Catherine Treacy.
- MARRUECOS: *Direction de la Conservation Fonciere*, representado por M. Ahmed Amarti, Conservador Regional.
- REINO UNIDO: *H.M. Land Registry*, representado por Mr. Christopher West.
- RUSIA: *Comite Foncier de Saint-Petersbourg*, representado por su Presidente, Mr. Ilia Ioujanov.

Se abre la sesión por parte del Secretario General para desarrollar los temas incluidos en el Orden del Día.

Conforme al punto 1.º del mismo, el Secretario General informa de las actividades del CINDER, desde la celebración del IX Congreso, proceso seguido para la designación de la sede del X Congreso, colaboración prestada a la Entidad organizadora del mismo, así como de la creación del fichero de personas y entidades que han participado en los Congresos Internacionales y la elaboración de un índice alfabético de materias objeto de estudio en los Congresos Internacionales.

En el punto 2.º informó a la Asamblea de que la sede del CINDER en España ha sido dotada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España con un local digno y el equipamiento necesario para desarrollar su actividad, manifestando públicamente su agradecimiento al Colegio en la persona de su Decano, don José Poveda Díaz, quien ha brindado su inestimable apoyo y ayuda para la consecución de este fin.

Con respecto al punto 3.º se expuso la necesidad de ratificar el acuerdo adoptado en la Asamblea General de 28 de mayo de 1992, relativo a la creación de la Delegación del CINDER en el Area Territorial América, con sede en la República Argentina y a cargo de las Entidades de dicho país, miembros del CINDER; el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina y la Sección de Derecho Registral del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Esta propuesta resultó aprobada por unanimidad, quedando ratificado dicho acuerdo.

Se consideró también de extrema importancia el que en la República Argentina se proceda a la coordinación de actividades de las Entidades integradas en el CINDER, con las que no forman parte del mismo, por imperativo reglamentario, ya que se estimó erróneo el criterio de perseguir fines comunes con dispersión de actividades.

En el punto 4.º se adoptó el acuerdo de facilitar las solicitudes para la admisión de nuevos miembros de esta Organización. A tal fin, se hizo entrega a los asistentes a la Asamblea del modelo de «solicitud de ingreso en el CINDER», cuya copia se adjunta a la presente acta. Además esta Secretaría General remitirá a todos los delegados de las Entidades, Organismos e Instituciones, no miembros del CINDER, representadas en el X Congreso, un ejemplar de dicha solicitud, en su respectivo idioma.

Finalmente, y con respecto al punto 5.º, elección del lugar y sede del XI Congreso Internacional de Derecho Registral, se estableció el siguiente procedimiento:

- Los Institutos miembros del CINDER deberán presentar por escrito, antes del 31 de diciembre de 1994, propuestas fundadas para la organización de dicho evento. Realizado esto, la Secretaría General comunicará a las demás Entidades las propuestas formuladas, quienes a su vez deberán enviar por escrito su respuesta al Secretario General, quien en consecuencia designará la sede, levantando un acta a sus efectos, remitiendo copia de la misma a todos los Institutos miembros.

No habiendo más asuntos que tratar, se levantó la sesión a las diecinueve horas y treinta minutos, dando por concluida la Asamblea General ordinaria.

B) Conclusiones de la Primera Comisión: «Función de la Hipoteca en el Sistema Financiero»

Primera

- El X Congreso Internacional de Derecho Registral reitera y ratifica las Conclusiones y Recomendaciones de la Segunda Comisión del V Congreso, celebrado en Roma en noviembre de 1982 bajo el título «Aspectos financieros del derecho real de hipoteca. La movilización de activos hipotecarios», cuyos criterios se completan y amplían con las Recomendaciones que en este X Congreso se aprueban por las Delegaciones asistentes.

Segunda

— Con carácter general, los criterios que deben regir la regulación legal de la hipoteca deben adaptarse a las siguientes recomendaciones:

1. El bien inmueble objeto de la hipoteca y el derecho de dominio del hipotecante deben ser objeto de inscripción en los Registros Públicos, de acuerdo con los principios señalados por la Carta de Buenos Aires, especialmente los de especialidad, referido a la suficiente identificación del inmueble, de legalidad del título de constitución, contrastada mediante la calificación del Encargado del Registro, y de publicidad de los asientos registrales, según las especialidades de cada país.

2. En tales condiciones, el acceso al Registro del derecho de hipoteca dota a ésta de las ventajas fundamentales que para el acreedor, el propietario del bien hipotecado y los terceros señaló el V Congreso.

3. Por todo ello, es ineludible que la inscripción registral de la hipoteca tenga carácter esencial para la eficacia del derecho, de tal forma que no se reconozca otra modalidad de esta figura que la inscrita y publicada en el Registro Público Inmobiliario.

4. Asimismo, es esencial que el rango correspondiente a las hipotecas sobre una misma finca dependa exclusivamente de la fecha de su inscripción registral, con independencia de la que corresponda a la del título de formalización.

5. Dichos principios deberán ser considerados aplicables a otras modalidades configuradas por las respectivas legislaciones como de garantía real, tales como el embargo judicial de bienes o las condiciones suspensivas, resolutorias o de reserva de dominio.

Tercera

En el marco universalmente aceptado del principio de economía de mercado, la institución de la hipoteca cumple, entre otras, dos funciones esenciales:

1. Facilitar el desarrollo del mercado inmobiliario mediante la financiación de la actividad promotora y de la adquisición por el ciudadano de bienes de todo tipo, especialmente de los inmuebles destinados a vivienda.

2. Garantizar la cobertura financiera de la actividad de las empresas de producción y de servicios en todas sus modalidades, con la garantía de su patrimonio gravado.

Cuarta

La hipoteca, como institución jurídica de garantía crediticia, enmarcada en un sistema de Registro Público Inmobiliario, responde, con ventajas evidentes sobre otras modalidades de aseguramiento, a las exigencias actuales de la actividad financiera. Sin embargo, la doble función antes aludida hace conveniente:

1. Que se renueve el estudio de la distinción entre la hipoteca ordinaria o de tráfico y la hipoteca de seguridad, en sus distintas modalidades.
2. Que se simplifiquen y coordinen los medios de publicidad formal sobre los gravámenes que afectan a los bienes inmuebles mediante las nuevas técnicas preconizadas en los Congresos Internacionales de Derecho Registral, de tal forma que se procure el acceso fácil y simple a la información sobre los datos registrales, incluso entre ciudadanos de diferentes países, y que dicha información resulte plenamente fiable como consecuencia de su examen y contraste por el Encargado del Registro con sujeción a las exigencias previstas por cada legislación para el acceso a dicha información.

Quinta

Cuando la hipoteca tiene como función la financiación de la construcción y adquisición de inmuebles y la garantía de créditos para el consumo, reúne las siguientes ventajas:

1. La disminución de costos del tráfico inmobiliario, en cuanto supone la plena garantía del crédito. Por tanto, favorece el acceso a la propiedad de bienes inmuebles a las personas de condición modesta.
2. La fácil circulación y transmisión de los bienes inmuebles, lo que supone un elemento fundamental para el reforzamiento del sistema económico.
3. La posibilidad de que el promotor inmobiliario y sus adquirentes dispongan de créditos de larga duración, que puedan ser amortizados a costa de los ingresos ordinarios de los compradores.
4. La plena garantía de la devolución del capital prestado, como consecuencia de su aseguramiento con el inmueble construido o adquirido.
5. La moderación del interés del crédito, respecto del concedido sin garantía específica.
6. La adaptación de dicho interés a las características de la renta del comprador, de forma que no resulte especialmente gravoso para el deudor y permita, simultáneamente, una rentabilidad adecuada para la entidad financiera.

7. En este tipo de préstamos se recomienda que las legislaciones, por los medios que estimen convenientes, faciliten la sustitución del deudor originario por el adquirente del bien hipotecado.

8. Asimismo se recomienda que las legislaciones permitan la subrogación de un nuevo acreedor en la situación del anterior, a iniciativa del deudor, mediante la obtención de un nuevo crédito destinado al pago del anterior acreedor.

9. Igualmente se aconseja la ejecución rápida y simple del crédito hipotecario, en caso de incumplimiento por parte del deudor mediante procedimientos judiciales abreviados o extrajudiciales.

Sexta

En los créditos hipotecarios destinados a la financiación de la actividad empresarial se recomienda:

1. Que las legislaciones supriman o limiten estrictamente la preferencia de derechos y gravámenes ocultos que entren en colisión con la hipoteca.

2. Que se regule, asimismo, la irretroactividad de la declaración de insolvencia del deudor respecto de las hipotecas constituidas con anterioridad, de forma que la garantía establecida asegure con eficacia la financiación concedida, salvo los supuestos de fraude demostrado de los derechos legítimos del resto de los acreedores.

Séptima

La existencia de diferentes organizaciones de países vinculados por nexos de unión económica o política hace conveniente la consideración de modalidades nuevas de hipoteca que faciliten la garantía de las operaciones crediticias entre sus respectivos ciudadanos y entidades financieras y que se adapten a las siguientes características:

1. Que se trate de figuras hipotecarias alternativas a las admitidas por cada legislación nacional.

2. Que se constituyan de acuerdo con principios formales comunes, previamente admitidos por los distintos países, y, en todo caso, sujetas a inscripción en el Registro Inmobiliario que corresponda al inmueble sobre el que recae la garantía.

3. Que la titularidad de la garantía hipotecaria sea fácilmente transmisible, incluso mediante su incorporación a títulos valores.

4. Que su ejecución se someta a sistemas sencillos, con normas comunes, en cualquiera de los países en que sean aplicables.

Octava

Es conveniente la organización de mecanismos jurídicos adecuados para que la masa de activos garantizados con hipotecas de cualquier tipo puedan ser movilizados en operaciones de pasivo, respecto de las cuales sirvan de garantía indirecta los bienes inmuebles gravados. En este sentido, la creación o perfeccionamiento de este mercado secundario de préstamos hipotecarios, que ya preconizó el Congreso de Roma, debe adaptarse a las siguientes recomendaciones:

1. Que las hipotecas, cuyo capital se moviliza, contengan las exigencias necesarias para su utilización como base de mercados secundarios y que esa posible finalidad conste en el Registro, para su debido conocimiento por el deudor y por quienes resulten interesados en la adquisición del bien hipotecado.

2. Que la movilización efectiva de la hipoteca y su inclusión en una operación secundaria de pasivo se haga constar en el Registro mediante el asiento adecuado, según las características del sistema registral de cada país.

DISIDENCIA DE LA DELEGACION ARGENTINA

En relación a la segunda recomendación en sus puntos tercero y cuarto

La delegación argentina manifiesta su desacuerdo acerca del punto tercero, en relación a su contradicción con la segunda recomendación acápite tercero, realizada por el Congreso del CINDER y reitera la Recomendación II, apartado 12 de la Carta de Roma de 1982.

La delegación argentina manifiesta su desacuerdo acerca del punto cuarto, y reitera los términos de la Recomendación XI del Primer Congreso de Buenos Aires de 1972 (Carta de Buenos Aires) y de la Recomendación de la Comisión Tercera de la Carta de Madrid de 1974.

C) Conclusiones de la 2.^a Comisión: «Principios fundamentales de la hipoteca»

I. Una adecuada aplicación del régimen hipotecario requiere que se cumplan tres condiciones fundamentales:

a) Una clara identificación del bien objeto de gravamen, exigencia por la que se explica que el área tradicional de aplicación de la hipoteca suele quedar limitada al campo inmobiliario. La identificación se encuentra muy facilitada en los países que disponen de servicios encargados del establecimiento y de la tenencia actualizada de un plan catastral, de la identificación y de la descripción física de las propiedades inmobiliarias.

Existen mayores dificultades para la exacta identificación de los bienes muebles por lo que deben arbitrarse sistemas que faciliten la hipotecabilidad de tales bienes cuando sean susceptibles de identificación en un Registro público.

b) Un título indiscutible que comporte afección hipotecaria que, según los casos y países:

- Sea soportada pasivamente por el deudor, como es el caso para las seguridades hipotecarias previstas por la ley o para las que resultan de la aplicación de condenas o de medidas conservatorias autorizadas por los jueces.
- Sea aceptada contractualmente por el propietario deudor o el fiador, en cuyo caso debe ser reflejada en un documento en principio auténtico con las formalidades exigidas por cada legislación nacional.

c) Finalmente, la hipoteca debe ser publicada por un Registro público.

El Congreso recuerda que la reunión de las condiciones de identificación, de título y de publicación constituye un requisito previo indispensable para la seguridad de las operaciones hipotecarias y que debe ser cumplida de forma sistemática, cualquiera que sea la estructura de los servicios de publicidad registral (registro civil, registro hipotecario, fichero inmobiliario, catastro u otros). Se recomiendan todos los elementos que faciliten su aplicación.

- II. La función del servicio registral consiste en garantizar la recepción, el control de legalidad conforme a la legislación interna de cada país, la conservación y, a petición de los usuarios, la comunicación de la información solicitada

La integridad y fehaciencia de la información tiene como consecuencia la responsabilidad del autor de su difusión.

Sin manifestar una preferencia por una forma particular de publicidad registral, el Congreso expresa el deseo de que cada país haga todo lo posible para garantizar la seguridad de la información solicitada mediante la responsabilización de los difusores con la extensión que corresponda habida cuenta de las tradiciones y características de cada país.

- III. La reunión de las condiciones citadas no basta por sí sola para garantizar el buen funcionamiento de los créditos hipotecarios

El Congreso emite el deseo de que los actos sometidos a publicidad registral y, en especial, las hipotecas gocen de unos principios mínimos comunes aceptados internacionalmente con pleno respeto a las peculiaridades de cada país, con el fin de facilitar la informatización de la información registral, única solución capaz de proporcionar una respuesta rápida cuando no inmediata a las peticiones de los usuarios.

- IV. Modificación de la inscripción hipotecaria y medidas de ejecución

No hay crédito sin garantía porque las entidades financieras —incluso por disposiciones normativas— están obligadas a asegurar la inversión que la concesión de un crédito representa. A ello les obliga igualmente los buenos usos bancarios.

Por otro lado, dado que el capital es escaso y, por consiguiente, caro, es evidente que la solidez de las garantías que el prestatario pueda ofrecer es uno de los factores decisivos que inducirán al prestamista a asumir el riesgo de la inversión. La hipoteca reduce el riesgo y modera el coste de capital. Sin embargo, por mucha que sea la necesidad de capital de un individuo, empresa o nación, y en consecuencia su demanda de crédito lo cierto es que su capacidad de ofrecer garantías inmobiliarias es, siempre, limitada. Por ello, todo sistema de ordenación de la hipoteca debe ser especialmente eficiente, posibilitando que del patrimonio inmobiliario de un individuo, empresa o nación se pueda extraer todo el crédito que éstos pueden obtener. Y ello, con el menor coste posible.

Tal eficiencia está en función del grado de movilidad o flexibilidad que a la hipoteca confiera el ordenamiento. A mayor flexibilidad, mayor eficiencia, por lo que toda rigidez en este punto debe hallar sólidas justificaciones.

Llegados a este punto se puede sostener que el grado de flexibilidad de la hipoteca está en función directa de las posibilidades de proceder a la modificación o sustitución del crédito garantizado sin que la hipoteca vea postergado su rango.

Los límites de la flexibilidad sólo pueden justificarse por razones de orden público económico.

En concreto los límites deben ser:

1. Que las modificaciones no produzcan perjuicios para los titulares de derechos inscritos con posterioridad.
2. En aquellos sistemas en que la hipoteca es siempre accesoria de un crédito hay que entender que aquélla sirve a una concreta causa en sentido jurídico, más que a una concreta obligación.
3. Las modificaciones o sustituciones deben exigir además consentimiento de acreedor y de deudor y ser publicadas por el Registro.

Para que la hipoteca cumpla adecuadamente su función debe poder ser ejecutada sin dilaciones injustificadas.

El Congreso en relación con estos dos puntos expresa su deseo de que se llegue a una mayor flexibilización de los sistemas hipotecarios y a una mejora de las condiciones de realización judicial de los bienes hipotecados en el marco del respeto de cada una de las partes.

V. Cancelación de la garantía hipotecaria

En la medida en que la inscripción de la hipoteca en los Registros públicos ha sido realizada a petición de las partes, su desaparición antes de su vencimiento debe ser publicada por el Registro. En caso contrario, la inscripción subsistirá y será considerada vigente en las informaciones solicitadas.

Por este motivo y para evitar cualquier confusión en la documentación hipotecaria, el Congreso sugiere que la extinción de cada inscripción de hipoteca se efectúe, según los casos, por la vía de la caducidad cuando vence su plazo de validez, o por la vía de cancelación en todos los restantes casos.

II. Información legislativa

A) Acuerdos internacionales y Derecho comunitario

1. *Convención sobre conferencias marítimas.*—En el *BOE* del día 8 de julio se publica el Instrumento de adhesión a la Convención sobre un Código de Conducta a dichas conferencias, hecha en Ginebra en abril de 1974.

2. *Acuerdo con Israel sobre visados.*—En el *BOE* del 5 de julio se publica un canje de notas constitutivo de acuerdo entre España e Israel sobre supresión de esos visados.

3. *Directiva de la CEE sobre sistemas de garantía de depósitos.*—Recogemos los artículos 3 y siguientes como más importantes:

Artículo 3

1. Cada Estado miembro velará por la implantación y el reconocimiento oficial en su territorio de uno o más sistemas de garantía de depósitos. Excepto en los casos mencionados en el párrafo siguiente y en el apartado 4, ninguna de las entidades de crédito aprobadas en dicho Estado miembro con arreglo al artículo 3 de la Directiva 77/780/CEE podrá recibir depósitos a menos que sea miembro de uno de dichos sistemas.

No obstante, los Estados miembros podrán eximir a una entidad de crédito de pertenecer a un sistema de garantía de depósitos cuando la entidad de crédito pertenezca a un sistema que proteja a la propia entidad de crédito y garantice, en particular, su liquidez y solvencia, garantizando de este modo a los depositantes una protección al menos equivalente a la que ofrecen los sistemas de garantía de depósitos, y que, en opinión de las autoridades competentes, cumpla las condiciones siguientes:

- que el sistema exista y esté reconocido oficialmente en el momento de la adopción de la presente Directiva;
- que el sistema tenga como objetivo evitar que puedan quedar indisponibles los depósitos efectuados en las entidades de crédito incluidas en ese sistema y disponga de los medios necesarios para ello;
- que el sistema no consista en una garantía concedida a las entidades de crédito por el propio Estado miembro o por las autoridades locales o regionales de éste;
- que el sistema garantice a los depositantes información con arreglo a las modalidades y condiciones definidas en el artículo 9 de la presente Directiva.

Los Estados miembros que hagan uso de esa facultad informarán de ello a la Comisión; comunicarán, en particular, las características de los sistemas de protección y las entidades de crédito cubiertas por los sistemas, así como cualquier modificación posterior de la información transmitida. La Comisión informará de ello al Comité consultivo bancario.

2. Si una entidad de crédito no cumpliera las obligaciones que le incumben como miembro de un sistema de garantía de depósitos, se informará de ello a las autoridades competentes que hayan concedido la aprobación, las cuales, en colaboración con dicho sistema de garantía, tomarán las medidas necesarias, incluida la imposición de sanciones, para garantizar que la entidad de crédito de que se trate cumpla sus obligaciones.

3. Si con dichas medidas no se consiguiera garantizar que la entidad de crédito cumpla sus obligaciones, el sistema podrá, cuando la legislación nacional permita la exclusión de un miembro, con el acuerdo explícito de las autoridades competentes, notificar a la entidad de crédito su decisión de excluirla del sistema, con una antelación de al menos doce meses. Los depósitos realizados antes de expirar el período de notificación seguirán estando plenamente amparados por el sistema. Si, tras la expiración del plazo de notificación, la entidad de crédito no hubiere cumplido sus obligaciones, el sistema de garantía podrá, siempre con el acuerdo explícito de las autoridades competentes, proceder a la exclusión.

4. Cuando la legislación nacional lo permita, y con el acuerdo explícito de las autoridades competentes que hayan concedido la aprobación, una entidad de crédito excluida de un sistema de garantía de depósitos podrá seguir aceptando depósitos si, antes de su exclusión, ha tomado medidas de garantía alternativas que garanticen que los depositantes gozarán de una protección de nivel y alcance al menos equivalentes a los ofrecidos por el sistema oficialmente reconocido.

5. Si una entidad de crédito cuya exclusión se proponga con arreglo al apartado 3 no pudiera adoptar medidas alternativas que cumplan las condiciones contempladas en el apartado 4, las autoridades competentes que hayan concedido la aprobación la cancelarán en el acto.

Artículo 4

1. Los sistemas de garantía de depósitos establecidos y reconocidos oficialmente en un Estado miembro de conformidad con el apartado 1 del artículo 3, cubrirán a los depositantes de las sucursales creadas por las entidades de crédito en otros Estados miembros.

Hasta el 31 de diciembre de 1999, ni el nivel ni el alcance, porcentaje incluido de la cobertura proporcionada será superior al nivel o al alcance

máximo de la cobertura que ofrezca el correspondiente sistema de garantía del Estado miembro de acogida en su territorio.

Antes de dicha fecha, la Comisión elaborará un informe sobre la base de la experiencia adquirida en la aplicación del segundo párrafo y estudiará la necesidad de que sigan vigentes sus disposiciones. Si resulta adecuado, la Comisión presentará una propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo acerca de la prolongación de su validez.

2. Cuando el nivel o el alcance, incluido el porcentaje, de la cobertura ofrecida por el sistema o sistemas de garantía del Estado miembro de acogida sean superiores al nivel o al alcance de la cobertura proporcionada en el Estado miembro en el que esté autorizada la entidad de crédito, el Estado de acogida velará por que en su territorio exista un sistema de garantía de depósitos reconocido oficialmente al que pueda acogerse voluntariamente una sucursal con el fin de completar la garantía de que ya disfruten sus depositantes en virtud de su pertenencia al sistema del Estado miembro de origen.

El sistema al que se acoja la sucursal deberá cubrir la categoría de entidad a la que pertenezca o con la que más se corresponda en el Estado miembro de acogida.

3. Los Estados miembros velarán por que se establezcan condiciones objetivas y de aplicación general para el ingreso de las sucursales en el sistema de un Estado miembro de acogida con arreglo al apartado 2. La admisión estará supeditada al cumplimiento de las obligaciones pertinentes derivadas del ingreso, incluido en particular el pago de cualquiera contribuciones y demás cargas. Los Estados miembros, al aplicar este apartado, seguirán las orientaciones que figuran en el anexo II.

4. Si una de las sucursales acogidas al ingreso voluntario previsto en el apartado 2 no cumple las obligaciones que le incumben como miembro de un sistema de garantía de depósitos, se informará de ello a las autoridades competentes que hayan concedido la aprobación, las cuales, en colaboración con el sistema de garantía, tomarán todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las mencionadas obligaciones.

Si con dichas medidas no se consiguiera garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones y transcurrido el plazo de notificación oportuno, que no será inferior a doce meses, el sistema de garantía podrá excluir a la sucursal, con el acuerdo de las autoridades competentes que hayan concedido la aprobación. Los depósitos realizados antes de la fecha de exclusión seguirán estando amparados por el sistema voluntario hasta la fecha de su vencimiento. La retirada de la cobertura suplementaria se comunicará a los depositantes.

5. A más tardar el 31 de diciembre de 1999, la Comisión elaborará un informe sobre el funcionamiento de los apartados 2, 3 y 4 y, en su caso, propondrá modificaciones de los mismos.

Artículo 5

Los depósitos existentes en el momento de la retirada a una entidad de crédito de la aprobación concedida con arreglo al artículo 3 de la Directiva 77/780/CEE seguirán estando amparados por el sistema de garantía.

Artículo 6

1. Los Estados miembros comprobarán si las sucursales establecidas por entidades de crédito cuyo domicilio social se encuentre fuera de la Comunidad gozan de una cobertura equivalente a la estipulada en la presente Directiva.

Con sujeción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 9 de la Directiva 77/780/CEE, los Estados miembros podrán prever que, cuando ello no sea así, las sucursales creadas por entidades de crédito cuyo domicilio social se encuentre fuera de la Comunidad se adhieran a un sistema de garantía de depósitos existente en su territorio.

2. Los depositantes reales y potenciales de sucursales establecidas por entidades de crédito cuya sede social se encuentre fuera de la Comunidad recibirán de su entidad de crédito toda la información pertinente relativa a las disposiciones en materia de garantía aplicables a sus depósitos.

3. La información a que se refiere el apartado 2 se ofrecerá, del modo previsto en el Derecho nacional, en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro en que esté establecida la sucursal y estará redactada de manera clara y comprensible.

Artículo 7

1. Los sistemas de garantía de depósitos dispondrán que, en el supuesto de depósitos no disponibles, se asegure una cobertura de hasta 20.000 ecus para los depósitos agregados de un mismo depositante.

Hasta el 31 de diciembre de 1999, los Estados miembros en los que en el momento de adopción de la presente Directiva, los depósitos no estuvieran cubiertos a un nivel de 20.000 ecus, podrán mantener el importe máximo previsto en sus sistemas de garantía, sin que dicho importe pueda ser inferior a 15.000 ecus.

2. Los Estados miembros podrán disponer que determinados depositantes, o determinados depósitos, queden excluidos de la garantía o cuenten con una cobertura inferior. La lista de estas exclusiones figura en el Anexo I.

3. El presente artículo no supondrá un obstáculo para el mantenimiento o la adopción de disposiciones que ofrezcan una cobertura de los depósitos más elevada o más completa. En particular, los sistemas de garantía de depósitos podrán cubrir totalmente determinadas categorías de depósitos por razones de carácter social.

4. Los Estados miembros podrán limitar la garantía contemplada en el apartado 1, o la indicada en el apartado 3, a un determinado porcentaje de los depósitos. No obstante, el porcentaje garantizado deberá ser igual o superior al 90 por 100 de los depósitos agregados, hasta que el importe que deba pagarse con arreglo a la garantía alcance el importe señalado en el apartado 1.

5. El importe contemplado en el apartado 1 será objeto de un reexamen periódico, al menos cada cinco años, por parte de la Comisión. Esta presentará, en su caso, una propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo para adaptar el importe contemplado en el apartado 1, teniendo en cuenta principalmente la evolución del sector bancario y la situación económica y monetaria en la Comunidad. El primer examen no tendrá lugar antes de transcurridos cinco años a partir del final del período mencionado en el párrafo segundo del apartado 1.

6. Los Estados miembros velarán por que los depositantes puedan hacer valer sus derechos a una indemnización mediante una acción legal contra el sistema de garantía de depósitos.

Artículo 8

1. Los límites contemplados en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 7 se aplicarán al total de los depósitos agregados en la misma entidad de crédito, con independencia del número de depósitos, la divisa y la localización en la Comunidad.

2. Para calcular los límites contemplados en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 7, se tomará en consideración la parte correspondiente a cada depositante en una cuenta en participación.

Salvo disposiciones particulares, dicha cuenta se dividirá en partes iguales entre los depositantes.

Los Estados miembros podrán disponer que los depósitos en una cuenta a la que tengan derecho dos o más personas como miembros de una asociación con fines lucrativos o cualquier agrupación de índole similar, desprovistas de personalidad jurídica, puedan acumularse y tratarse como establecidos por un depositante único a efectos del cálculo de los límites estipulados en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 4.

3. Cuando el depositante no sea el beneficiario legal de las cantidades

depositadas en una cuenta, la garantía protegerá al beneficiario legal siempre que éste haya sido identificado o sea identificable antes de la fecha en que las autoridades competentes tomen la determinación descrita en el inciso *i)* del punto 3 del artículo 1 o en que la autoridad judicial adopte la decisión descrita en el inciso *ii)* del punto 3 de dicho artículo. Cuando haya varios beneficiarios legales, al calcularse los límites que establecen los apartados 1, 3 y 4 del artículo 7 se tendrá en cuenta la participación de cada uno de ellos según las reglas por las que se gestionen las cantidades.

La presente disposición no será aplicable a los organismos de inversión colectiva.

Artículo 9

1. Los Estados miembros velarán por que las entidades de crédito pongan a disposición de sus depositantes reales y potenciales la información necesaria para identificar el sistema de garantía al que pertenecen la entidad y sus sucursales dentro de la Comunidad o cualquier otra medida establecida en virtud del segundo párrafo del apartado 1 o del apartado 4 del artículo 3. Se informará a los depositantes acerca de las disposiciones del sistema de garantía de depósitos o de toda medida alternativa aplicable, incluidos el importe y el alcance de la cobertura ofrecida por el sistema de garantía. Dicha información se presentará en una forma fácilmente comprensible.

Además, previa solicitud se informará de las condiciones de indemnización y de las formalidades necesarias para ser indemnizado.

2. La información contemplada en el apartado 1 se presentará, del modo previsto en el Derecho nacional, en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro en el que esté establecida la sucursal.

3. Los Estados miembros establecerán normas que limiten la utilización, con fines publicitarios, de la información a la que se refiere el apartado 1, con el fin de evitar que dicha utilización afecte a la estabilidad del sistema bancario o a la confianza de los depositantes. En particular, los Estados miembros podrán limitar dicha publicidad a una simple referencia al sistema al que pertenezcan las entidades de crédito.

Artículo 10

1. Los sistemas de garantía de depósitos deberán estar en condiciones de satisfacer las reclamaciones debidamente comprobadas de los depositantes con respecto a depósitos no disponibles dentro de los tres meses siguientes

tes a la fecha en que las autoridades competentes tomen la determinación a que se refiere el inciso *i)* del punto 3 del artículo 1, o la autoridad judicial adopte la decisión descrita en el inciso *ii)* del punto 3 de dicho artículo.

2. En circunstancias absolutamente excepcionales y para casos particulares, el sistema de garantía podrá solicitar a las autoridades competentes una prórroga del plazo. Dicha prórroga no podrá ser superior a tres meses. Las autoridades competentes, a petición del sistema de garantía, podrán conceder como máximo, dos nuevas prórrogas, no pudiendo ser ninguna de ellas superior a tres meses.

3. El sistema de garantía no podrá acogerse a los plazos a que se refieren los apartados 1 y 2 para denegar el beneficio de la garantía a un depositante que no haya podido hacer valer su reclamación de un pago en concepto de garantía.

4. Los documentos relativos a las condiciones y formalidades que deban cumplirse para beneficiarse de los pagos correspondientes a la garantía mencionada en el apartado 1, se redactarán de manera detallada, del modo previsto en el Derecho nacional, en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro en que se halle el depósito garantizado.

5. No obstante el plazo estipulado en los apartados 1 y 2, cuando un depositante o cualquier persona que tenga derechos o un interés sobre las cantidades colocadas en una cuenta haya sido acusado de un delito procedente o relativo al blanqueo de capitales, como se define en el artículo 1 de la Directiva 91/308/CEE, el sistema de garantía podrá suspender todos los pagos a la espera de la sentencia del tribunal.

Artículo 11

Sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que puedan tener en virtud del Derecho nacional, los sistemas que efectúan pagos con arreglo a la garantía tendrán derecho a subrogarse a los derechos de los depositantes en los procedimientos de liquidación, hasta un importe equivalente al de los pagos realizados por ellos.

Artículo 12

No obstante lo dispuesto en el artículo 3, las entidades de crédito autorizadas en España o en Grecia que figuran en el Anexo III estarán exentas de la obligación de acogerse a un sistema de garantía de depósitos hasta el 31 de diciembre de 1999.

Dichas entidades de crédito informarán de forma explícita a sus depositantes reales y potenciales de que su entidad no es miembro de un sistema de garantía de depósitos.

Durante dicho período, en caso de que dichas entidades establecieran o hubieran establecido una sucursal en otro Estado miembro, éste podrá exigir que dicha sucursal se acoja, en las condiciones que se establecen en los apartados 3 y 4 del artículo 4, a un sistema de protección de depósitos constituido en su territorio.

Artículo 13

En la lista de entidades de crédito autorizadas que debe elaborar con arreglo al apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 77/780/CEE, la Comisión indicará la situación de cada entidad de crédito en relación con la presente Directiva.

Artículo 14

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 1 de julio de 1995. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho nacional que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 15

La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Artículo 16

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

B) Leyes nacionales

- Ley 19/1994, de 6 de julio, modificando el régimen económico y fiscal de Canarias.
- Ley 20/1994, de la misma fecha, sobre nombres en el Registro Civil.
- Ley 21, de igual fecha, modificando un artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley 22, también del 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.
- Ley 23, de 6 de julio, modificando parcialmente la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.

C) Normas autonómicas

Aragón—Ley de 10 de julio de 1994, de modificación de la Ley de 13 de marzo de 1992, sobre Consejo de Protección a la Naturaleza.

— Ley de 30 de junio de 1994, de financiación agraria.

Madrid—Ley de 28 de junio de 1994, sobre Parque Regional de los ríos Manzanares y Jarama.

Navarra—Ley de 21 de junio de 1994, de régimen fiscal de las cooperativas.

— Ley de 4 de julio de 1994, de ordenación del territorio y urbanismo.

País Vasco—Ley de 24 de mayo, de Registro de cooperativas.

— Ley de 17 de junio de 1994, de fundaciones.

III. Información de actividades

1. *Cursos de verano de la Universidad Complutense*.—El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España ha participado mediante el «Encuentro sobre multipropiedad y protección de los consumidores», en los días 7 y 8 de julio, con el siguiente programa:

Día 7 de julio

Apertura a cargo de Margarita RETUERTO BUADES, Defensora del Pueblo en funciones.

- «La Directiva de la Comunidad Europea sobre Multipropiedad».

Rafael CEPAS PALANCA, Administrador principal de Política de los Consumidores.

— «La regulación de la multipropiedad en España».

Antonio PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad de Madrid, Notario y Abogado del Estado, excedente.

Mesa Redonda sobre: «Protección Registral de los Consumidores: Multipropiedad y seguridad preventiva».

José MATEO DÍAZ, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Angel BOIXAREU CARRERA, Subdirector General de Coordinación Comunitaria para Asuntos Jurídicos. Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas.

Carlos ARRIETA BENITO, Secretario General del Instituto Nacional del Consumo.

Francisco CEBALLO HERRERO, Presidente del Area de Medio Ambiente, Salud Pública y Consumo del Comité Económico y Social de la Comunidad Económica.

Eduardo MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Notario de Palma de Mallorca. Decano del Colegio Notarial de Baleares.

Día 8 de julio

— «La Multipropiedad y el Derecho Autonómico».

Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Registrador de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana.

Emilio CAMPMANY BERMEJO, Registrador de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana.

— «Apartamentos vacacionales y contratación a distancia».

Francisco Javier ANGELINA GONZÁLEZ, Abogado. Presidente de la Unión de Consumidores de España (UCE).

Mesa Redonda sobre: «Protección registral de los Consumidores: Derecho Fiscal, Urbanístico y Mercantil».

Carmelo MADRIGAL GARCÍA, Magistrado del Tribunal Supremo.

José Luis BENAVIDES DEL REY, Registrador del Mercantil Central.

José Luis LASO MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad, excedente.

José Manuel HERNÁNDEZ ANTOLÍN, Notario de Madrid, Registrador de la Propiedad, excedente.

Manuel BRAVO PAIVA, Presidente de la Conferencia Interministerial de Prevención del Fraude. Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Director: Luis M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Registrador de la Propiedad de Las Palmas. Vocal de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

2. *Cursos de verano de la Universidad de Santander.*—Se han desarrollado los siguientes cursos o seminarios:

DERECHO, POLITICA Y SOCIEDAD

- «Política y cultura política en España», por Joaquín ARANGO y José Ramón MONTERO. 4-8 de julio.
- «España y la ampliación de la Unión Europea. Nuevos lazos con Austria, Finlandia, Noruega y Suecia», por el MARQUÉS DE TAMARÓN. 4-8 de julio. Embajadas de Austria, Finlandia, Noruega y Suecia.
- «Encuentro con Maurice Duverger», por Manuel JIMÉNEZ DE PARGA. 7-8 de julio.
- «La crisis de la justicia y el derecho en la última década del siglo», por Gonzalo QUINTERO OLIVARES. 11-15 de julio. Consejo General del Poder Judicial.
- «Situación social de la familia en España», por Francisco TOMÁS Y VALIENTE. 11-15 de julio. Ministerio de Asuntos Sociales.
- «Naciones Unidas: ¿Fuerzas de paz o paz a la fuerza?», por Miguel Angel MAZARAMBROZ. 13, 14-15 de julio. Ministerio de Asuntos Exteriores.
- «Responsabilidad civil y seguro», por Fernando PANTALEÓN PRIETO. 18-22 de julio.
- «El estado social en Europa», por Francisco RUBIO LLORENTE. 25-29 de julio.
- «Religión y política en el mundo contemporáneo», por Salvador GINER y Rafael DÍAZ SALAZAR. 25-29 de julio.
- «Administración de Justicia y reformas procesales», por Dionisio MANTILLA RODRÍGUEZ. 8-12 de agosto. Ilustre Colegio de Procuradores de Cantabria.
- «La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar», por Víctor GARRIDO DE PALMA. 22-26 de agosto. Consejo General del Notariado Español.
- «La integración democrática de Europa oriental y el conflicto balcánico». Preside: General WOJCIECH JARUZELSKI y Josep PALAU. 22-26 de agosto.
- «El estado de las Autonomías tras la ampliación competencial de diciembre de 1992», por Antonio BAR CEDÓN. 29 de agosto-2 de septiembre.
- «Información y política en la era de los medios audiovisuales», por Fernando HUERTAS, Obdulio MARTÍN BERNAL y Jesús SERRANO. 29 de agosto-2 de septiembre.

- «Evaluación de las Universidades en España», por José María LUXÁN. 5-9 de septiembre. Consejo de Universidades.
- «Nuevas perspectivas en la contratación pública», por Gonzalo FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. 5-9 de septiembre. Ministerio de Justicia. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.
- «Los puertos en el territorio», por Fernando PALAO TABOADA y Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID. 5, 6 y 7 de septiembre. Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (MOPTMA). Ente Público Puertos del Estado y la Autoridad Portuaria de Santander.

3. *La Fe Pública en el Curso sobre Periodismo Jurídico*.—Dentro del curso expresado, organizado por el Consejo General del Notariado y la Universidad Autónoma de Madrid, se ha celebrado en Miraflores de la Sierra (Madrid), un estudio sobre los temas siguientes:

5 de julio

- «El Derecho europeo y España», por Diego LÓPEZ GARRIDO, Catedrático de Derecho Constitucional, Diputado de Izquierda Unida.
- Mesa Redonda: «Periodismo de investigación jurídica». A cargo de: José YOLDI, Investigación en *El País*; Jordi GORDON, Redactor de la revista *Tiempo*; Manuel CERDÁN, Investigación en *El Mundo*; José María IRUJO, Investigación en *Diario 16*; FRANCISCO MERCADO, Investigación en *El País*.
- «El lenguaje jurídico en las Comunidades Europeas», por Santiago MARTÍNEZ LAGE, Abogado, Director de la *Gaceta Jurídica de la CEE*.

6 de julio

- «La fe pública y el rigor de la noticia jurídica», por Antonio PÉREZ SANZ, Presidente del Consejo General del Notariado.
- «El mundo mercantil», por José M.^a ARANAS CORTEZO, Abogado, Secretario General de PRISA.
- Mesa Redonda: «Los actores del mundo mercantil». A cargo de: Antonio PÉREZ SANZ, Presidente del Consejo General del Notariado; Alberto RECARTE, Vicepresidente ejecutivo de *Centunión*; Andreu MISSÉ, Redactor Jefe de la Sección de Economía y Trabajo de *El País*.
- Charla-coloquio con: Ernesto EKAIZER, Periodista de *El País*. Autor del libro *Banqueros de rapiña*

7 de julio

- «Los delitos económicos», por Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Catedrático de Derecho Penal.
- «La elaboración de la noticia jurídica», por José YOLDI GARCÍA, Periodista de investigación en *El País*.
- Mesa Redonda: «La actualidad de los delitos económicos». A cargo de: Jaime GARCÍA AÑOVEROS, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario; Juan MUÑOZ, Presidente de la Comisión Parlamentaria sobre Banesto; Javier AYUSO, Redactor-jefe de *El País*.
- «Derecho de la competencia, transparencia administrativa y servicios públicos», por José Eugenio SORIANO GARCÍA, Catedrático de Derecho Administrativo, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 8 de noviembre de 1993.*—RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIOS. IMPROCEDENCIA POR FALTA DE AUTORIZACION ADMINISTRATIVA PREVIA.—Sala 1.ª—Ponente: Señor Gimeno Sendra.

Hechos.—a) La actora, Sociedad Axon-Y, S. A., propietaria de un inmueble cuya parte baja tenía arrendada, promovió un expediente de derribo y posterior reconstrucción al amparo de los artículos 62.2, 78 y 79 de la LAU. Dicho expediente terminó con una Resolución del Delegado del Gobierno autorizando a la entidad mercantil para que procediera al derribo del inmueble

b) Contra dicha Resolución interpuso el arrendatario recurso de reposición y contra su desestimación recurso contencioso-administrativo que, en el momento de presentación del recurso de amparo, estaba aún en tramitación.

c) Ante la permanencia del arrendatario en el local de negocio, después de transcurrido el año y el período fijado para el desalojo de la finca y la fecha de iniciación de las obras, la actora promovió demanda de denegación de prórroga del arrendatario sobre dicho local, al amparo de la causa del artículo 62.2 de la LAU. Tras los trámites pertinentes, el Juzgado de Primera Instancia de Haro dictó Sentencia desestimatoria de la demanda, aduciendo que no se había cumplido el requisito de llevar a cabo la reedificación en el plazo de dos años a partir del momento en que quedara libre el local.

d) La actora interpuso recurso de apelación contra la citada Sentencia que fue desestimado por entender que mientras no se resuelva el recurso contencioso-administrativo contra la autorización de derribo no puede ejercitarse la acción civil, al tiempo que confirma la Sentencia apelada por incumplimiento del requisito del artículo 78.2 de la LAU. La actora solicitó la aclaración de dicha Sentencia a lo que la Audiencia de La Rioja respondió con el Auto de 29 de octubre de 1990, en el que se dice que «la acción civil para la obtención de la denegación de la prórroga no podía ejercitarse al no ser firme el acto administrativo del señor Gobernador Civil, y por ello no podía ejercitarse dicha acción civil, lo que por otra parte hace claro... que no se llegó a conocer sobre el fondo de la pretensión actora...»

e) Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 24 de

octubre de 1990, aclarada por Auto del 29 siguiente, interpone ahora la actora recurso de amparo

Con base en los anteriores hechos, la demandante de amparo suplica de este Tribunal se dicte Sentencia por la que se declare la nulidad de la Sentencia impugnada y se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la misma, reconociendo su derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, concretado en este caso en la resolución sobre el fondo del recurso planteado.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por la sociedad Axon-Y, S. A., basándose en los siguientes:

Fundamentos jurídicos.—1. Constituye el objeto del presente recurso de amparo la impugnación de la Sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja en fecha 24 de octubre de 1990, que decidió la improcedencia de entrar en el análisis del fondo del recurso de apelación planteado por el recurrente contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Haro que, a su vez, había desestimado la acción de resolución contractual pretendida por el mismo. Tal decisión de la Audiencia Provincial, implica, en la argumentación del actor, una doble vulneración constitucional, puesto que, primero, introduce en el debate procesal una cuestión nueva (la excepción de litispendencia), no planteada por las partes ni discutida en la instancia, y para cuya apreciación de oficio el órgano judicial *ad quem* no se encuentra facultado; y, además supone también la aplicación de una causa de inadmisión del recurso inexistente y carente en todo caso de fundamento legal.

2. Pues bien, siendo este el objeto esencial de la presente petición de amparo, conviene ante todo precisar algunos datos fácticos que se desprenden de la lectura de la resolución impugnada, con objeto de clarificar cuál es el contenido exacto de dicha resolución judicial; y ello, porque así como la queja constitucional que se denuncia en este supuesto es clara y determinada (vulneración del derecho fundamental que consagra el art. 24 CE, en su doble vertiente de exigencia de una resolución judicial congruente con lo planteado y discutido en el juicio y jurídicamente fundada) no lo es tanto el contenido y fundamentación jurídica que se predica de la resolución judicial impugnada. En este punto la recurrente en amparo afirma que la Sentencia dictada en apelación ha hecho una aplicación clara, aunque no expresa, de la excepción de litispendencia, mientras la otra parte comparecida en el proceso constitucional, así como el Ministerio Fiscal mantienen que no es éste el fundamento exacto de la decisión judicial, ni expresa ni implícitamente considerado, sino que el Tribunal se ha limitado a acordar la improcedencia de examinar el fondo del recurso planteado, por entender que no concurría en este supuesto el presupuesto legalmente establecido para el ejercicio de la acción

Ahora bien, sin perjuicio de que dicha cuestión sea objeto de un más extenso análisis con posterioridad, ha de darse ya inicialmente la razón en este extremo al Ministerio Fiscal, en el sentido de que ni los términos literales que se recogen en la fundamentación jurídica de la Sentencia impugnada, ni los razonamientos que en ella se contienen, permiten mantener la afirmación de que en la misma se haya aplicado la excepción de litispendencia como causa o fundamento legal de la decisión del Tribunal, en orden a dejar imprejuzgada la acción y no entrar a conocer del fondo de la misma. El órgano judicial no alude expresamente en ningún momento a tal excepción y, por el contrario, razona extensamente que el fundamento de su decisión se encuentra en la ausencia de un presupuesto legal, el que se establece en los artículos 78 y 79

de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (autorización administrativa para el derribo de la finca) como requisito esencial y previo al válido ejercicio de la acción de resolución contractual cuando ésta se fundamenta en la causa de excepción a la prórroga legal del contrato de arrendamiento, prevista en el número 2 del artículo 68 de la LAU.

Así pues, ante todo, se ha de puntualizar que el objeto del recurso lo constituye la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja que acuerda la improcedencia de entrar en el conocimiento del fondo del recurso de apelación, pero por falta del mencionado presupuesto legal, no en aplicación de la excepción de litispendencia.

3. Sentado lo anterior, conviene también recordar, siquiera brevemente, que este Tribunal, desde la STC 60/1982, y posteriormente en las SSTC 126/1984, 100/1988, 168/1988, 199/1988 y 80/1989, entre otras muchas, ha venido reiteradamente afirmando que, si bien el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo, este derecho fundamental se satisface también mediante aquella resolución que acuerde la improcedencia de su análisis, cuando el órgano judicial compruebe el incumplimiento de un requisito procesal esencial o la ausencia de un presupuesto u óbice procesal que impida conocer válidamente del fondo del asunto siempre que dicha decisión judicial se encuentre razonada, se fundamente en una causa legal y la interpretación que de la misma se efectúe no sea contraria a la efectividad del citado derecho, en el sentido de implicar un rigor desproporcionado en la aplicación de los correspondientes requisitos formales, que los convierta en meros obstáculos a la prosecución del proceso o recurso de que se trate, no acordes con su razón de ser y finalidad. Asimismo, ha precisado este Tribunal que, dado que el recurso de amparo no es una tercera instancia judicial, no es su función, con carácter general, la de revisar la legalidad aplicada; si bien, en aquellos supuestos en que la inadmisión del recurso o proceso o, en definitiva, la improcedencia en orden a pronunciarse sobre su fondo acordada judicialmente, sea arbitraria, irrazonable o irrazonada, o se encuentre basada en una interpretación diferente de la indicada anteriormente, esto es, contraria a la efectividad del derecho fundamental por carente de sentido (atendiendo a la finalidad del requisito legalmente establecido), la resolución judicial puede incurrir en inconstitucionalidad que dé lugar a la estimación del amparo.

En atención a la anterior doctrina, nuestro análisis deberá centrarse en este supuesto en el examen de la causa o causas que llevaron al órgano judicial a decidir la improcedencia de entrar en el examen del fondo de la cuestión planteada mediante el recurso, esto es, que justificaron su decisión de dejar imprejuzgada la acción de resolución contractual ejercitada, a fin de determinar si esa resolución judicial supone, por alguno de los motivos expuestos, vulneración del derecho a obtener tutela judicial efectiva que, consagrado en el artículo 24.1 CE, invoca la actora como fundamento de su petición de amparo.

4. La causa en la que se asienta la controvertida decisión, extensamente explicada y justificada en los fundamentos jurídicos de la Sentencia que se impugna, no es otra que la ausencia del presupuesto legalmente establecido en este caso para el ejercicio de la acción, esto es, como ya se ha afirmado, la falta de autorización administrativa previa de demolición del inmueble que establece el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con los artículos 62 y 78.2.º de la misma Ley. Estos últimos preceptos establecen,

en efecto, como una de las causas de excepción a la prórroga legal de los contratos de arrendamiento urbano regulados en la citada Ley especial, el proyecto de derribo de la finca por parte del arrendador para edificar otra; pero, asimismo, el primero de ellos condiciona la procedencia de la acción de resolución contractual por tal causa, a la previa autorización de demolición de la finca por el Gobernador civil, haciéndolo en los siguientes términos literales: «... No prosperará la acción ejercitada al amparo de la causa segunda de excepción a la prórroga si el Gobernador civil de la provincia no autoriza la demolición del inmueble, sin que esta autorización cuando la conceda, prejuzgue la procedencia de aquélla». Es decir, que la autorización administrativa de demolición se constituye como condición necesaria, aunque no suficiente, para la prosperabilidad de la acción de resolución por la citada causa, o, lo que es lo mismo, el requisito contenido en el artículo 79.1 de la LAU no es más que un presupuesto procesal, cuya ausencia impide al juzgador entrar a conocer del examen de la pretensión de denegación de la prórroga del contrato de arrendamiento, presupuesto procesal que hay que estimarlo cumplido tan sólo cuando el acto administrativo es consentido o firme.

Pues bien, la Sala de la Audiencia Provincial de La Rioja, constatado en este supuesto que aquella autorización administrativa se encontraba recurrida ante la jurisdicción contenciosa, entendió que mientras no se pronunciase dicha jurisdicción acerca de la validez o nulidad —por su conformidad o no a Derecho— del mencionado acto administrativo, no podía considerarse este último como existente y dotado de realidad jurídica. Razona en tal sentido el citado Tribunal, que la naturaleza impugnabile de la autorización, en la vía contencioso-administrativa, ha venido siendo reiteradamente afirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que, por tanto, al margen de la independencia entre ambas órdenes jurisdiccionales (contencioso-administrativo y civil), no puede entenderse como cumplido el presupuesto procesal marcado por la ley para el ejercicio de la acción. El anterior razonamiento puede, en efecto, no compartirse por la recurrente en amparo o ser considerado por ésta como incorrecto, pero no es ni irrazonable ni arbitrario, sino que por el contrario encuentra su fundamento jurídico, expresado en la resolución, en la existencia de un requisito establecido por la ley locativa para el ejercicio de la acción, cuya aplicación en este caso se motiva extensa y detalladamente por el Tribunal.

En consecuencia, no se trata aquí de una resolución que decida la improcedencia del conocimiento del fondo del recurso de manera arbitraria, sino con fundamento legal; y tampoco estamos en presencia de una decisión irrazonable o no razonada, porque, conforme expresa el órgano judicial, la existencia y validez de la autorización administrativa se encuentra afectada por el examen que de la misma realice el Tribunal Contencioso-Administrativo correspondiente, pudiendo llegar a anularse dicho acto por el mismo. Es, por todo ello, que ninguna lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva cabe advertir en la Sentencia impugnada, porque como anteriormente se indicó, al margen de los supuestos de decisión arbitraria o carente de fundamento legal, el citado derecho fundamental ha de entenderse satisfecho también a través de aquellas resoluciones absolutorias en la instancia que —como la que nos ocupa— decidan la improcedencia de entrar en el fondo del recurso o cuestión planteada de forma motivada y fundada en Derecho; y sin que, por lo demás, corresponda a este Tribunal su revisión ulterior como si de una nueva instancia judicial se tratase, ni decidir tampoco la corrección o incorrección del razonamiento,

desde la perspectiva de la simple interpretación o aplicación de la legalidad ordinaria. Todo ello determina que no sea estimable la petición de amparo de la recurrente en lo que respecta a este primer motivo de vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 CE que la misma invoca.

5. Finalmente, en lo que respecta al segundo motivo en que se basa la solicitud de amparo, referente a la alteración de los términos del debate procesal por la introducción en el mismo de la excepción de la litispendencia, no planteada por las partes ni discutida en la causa, tampoco esta segunda queja es atendible. En primer término, porque como ya se ha señalado anteriormente, ni de forma expresa ni tampoco implícita, el Tribunal introdujo como fundamento de su decisión la citada excepción, sino que se limitó a examinar toda la cuestión litigiosa planteada, en el ejercicio de la facultad de revisión íntegra, propia del recurso de apelación. En ese examen, y también razonablemente, analizó la Sala la concurrencia de los presupuestos o requisitos legales necesarios para el ejercicio de la acción, y más concretamente, el relativo a la existencia de autorización administrativa de demolición. La concurrencia de dicho presupuesto no puede considerarse cuestión nueva, no conocida por las partes, pues tanto la naturaleza misma de la acción de resolución contractual pretendida por la actora, como los términos literales de la Ley impiden afirmar que la misma era desconocida por la recurrente incluso antes de ejercitar la repetida acción civil. La exigencia legal del citado presupuesto, así como la impugnación contenciosa de que había sido objeto la autorización administrativa que lo integra, eran hechos que pudo y debió conocer la actora durante el desarrollo del proceso en primera instancia y sobre los que, asimismo, pudo alegrar aquélla cuanto tuviese por conveniente. Cuestión diferente es la relativa a la apreciación que por los diferentes órganos judiciales se realizó acerca del cumplimiento del presupuesto; y, obviamente, en este caso dicho requisito no se consideró observado de la misma forma por aquellos, sino que únicamente el Tribunal *ad quem* lo consideró incumplido, mientras el juzgador de instancia no valoró de la misma forma su concurrencia. Pero ello, en fin, no significa alteración del debate judicial, sino diferente apreciación del mismo por los distintos órganos jurisdiccionales, por todo lo cual tampoco desde esta segunda perspectiva es estimable la queja que fundamenta el presente recurso.

2. *Sentencia de 8 de noviembre de 1993.*—NULIDAD DE MATRIMONIO CANONICO NO CONSUMADO. HOMOLOGACION CIVIL CUANDO SE OPO-NE UNA DE LAS PARTES.—Sala 1.^a—Ponente. Señor Gimeno Sendra.

Hechos.—Primero. El objeto del presente recurso de amparo consiste en determinar si el Auto del JPI León número 7 que reconoció eficacia civil a la Decisión Pontificia sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado, que a petición de la esposa disolvió el matrimonio canónico que le unía al recurrente, no obstante, haberse formulado la oposición razonada de éste, ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías que reconoce el artículo 24 CE.

Fallo.—El Tribunal ha decidido otorgar el amparo solicitado por don Francisco Javier A. de P., y en su virtud:

1.º Reconocer el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24 CE y, en consecuencia, su derecho a que el JPI León número 7, en atención a la oposición formulada al reconocimiento de

efectos civiles de la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado interesada por su esposa, acuerde el archivo o sobreseimiento del procedimiento 50/1993.

2.º Declarar la nulidad del A 24 de marzo de 1993, recaído en el referido procedimiento 50/1993, quedando a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente.

Fundamentos jurídicos.—Segundo. Para resolver la cuestión planteada debe partirse de lo dispuesto en la disposición adicional 2.ª, L 30/1981, que contiene las normas procesales que deben seguirse en nuestro ordenamiento, en cumplimiento de lo previsto en el artículo VI.2 Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, para el reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, regulado en el plano sustantivo en el artículo 80 CC.

En relación con esta norma procesal, este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en la STC 93/1983, que los números 2 y 3 de la disposición adicional 2.ª, L 30/1981, regulan un procedimiento de homologación civil de las resoluciones y decisiones eclesásticas sobre matrimonio canónico que prevén una primera intervención judicial para el supuesto de que no se formule oposición, «al modo de la jurisdicción voluntaria», que responde a «una actividad de constatación encomendada al Juez civil», que «ha de incluirse entre las funciones que, de acuerdo con el artículo 117.4 CE puede atribuir la ley expresamente al Juez en garantía de cualquier derecho. Por eso, al hacerse contencioso el expediente, queda a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el proceso correspondiente y obtener la tutela judicial de fondo que reconoce... el artículo 24 CE».

Y en la STC 265/1988, que resolvió un supuesto idéntico al presente, tras afirmar que «la disposición adicional 2.ª, L 30/1981, en sus números 2 y 3, con independencia de su incorrecta o ambigua redacción, lo que prevé es que si se ha formulado oposición se cierra el procedimiento, dando oportunidad, sin embargo, a las partes y al Fiscal para que acudan al (proceso) que corresponda. Igual posibilidad existe aunque no se haya formulado oposición, si el Auto es denegatorio». En consecuencia, «lo que no cabe hacer, por tanto, una vez que se haya formulado oposición, es dictar un Auto de concesión de efectos civiles (con la consecuencia de unas inscripciones registrales de evidente trascendencia, que dejan abierta la posibilidad de un nuevo vínculo y la posible aparición de unos efectos difícilmente reversibles), dejando sin recurso a la parte u obligándola a instar un proceso con todo lo que éste puede suponer de inseguridad jurídica en el terreno personal y patrimonial, hasta tanto se resuelva sobre la eficacia definitiva de la inscripción acordada». Estima nuestra sentencia que el Auto que reconoce eficacia civil a una decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, a pesar de haberse formulado una oposición razonada que excluye toda imputación de conveniencia u oportunismo, «quedando a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente», determina una situación de indefensión constitucionalmente relevante puesto que, por un lado, reenvía al interesado a un procedimiento que está previsto en la ley sólo para el caso de que el Auto sea denegatorio (con oposición o sin ella) o se acuerde el archivo o sobreseimiento del expediente, y, por otro, impone al opositor el seguimiento de un nuevo proceso para remediar en su caso una violación de un derecho fundamental ocurrido en procedimiento distinto y agotado (STC 66/1982, FJ 1.º).

Tercero En el presente caso, basta con dar por reproducido lo hasta aquí transcrito de las SSTC 93/1983 y 265/1988, para estimar la demanda y otorgar el amparo solicitado, puesto que el Auto recurrido, en la medida en que reconoció efectos civiles a la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, no obstante, la oposición formulada por el recurrente, que no puede calificarse de arbitraria, atendidas las razones en que se fundamentaba, además de desconocer el contenido normativo de la citada disposición adicional 2.ª, L. 30/1981, tal y como resulta de una interpretación cabal de esta norma procesal, infringió el derecho a la tutela judicial efectiva y causó la indefensión proscrita en el artículo 24 CE, en los términos expuestos.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
y JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

*AMBITO DE LA CALIFICACION REGISTRAL DE DECISIONES JUDICIALES.—
NO SE PUEDE ENJUICIAR SI ESTAN AJUSTADOS A DERECHO LOS RA-
ZONAMIENTOS JURIDICOS DEL JUZGADOR. LIMITACION A LOS DE-
FECTOS REGISTRALES. (RESOLUCIÓN DE 13 DE FEBRERO DE 1992; BOE DEL 31
DE MARZO.)*

Hechos.—I. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Burgos, con fecha 11 de marzo de 1988, dictó sentencia, que adquirió firmeza, en la que se estimaba la demanda interpuesta por «Castellana de Publicidad Exterior, Sociedad Limitada», y se condenaba al Excelentísimo Ayuntamiento de Burgos, a reintegrar a la actora en la posesión de las vallas publicitarias retiradas por el segundo, así como al pago de los daños y perjuicios causados, que según la Sentencia de 28 de julio de 1988, rectificada por otra de 1 de septiembre del mismo año, se evaluaron en 51.567.000 pesetas. Ante la actitud pasiva del deudor, en providencia de 9 de noviembre de 1989, que, recurrida, fue confirmada por auto de 2 de diciembre siguiente, se ordenó el embargo de bienes, practicándose la diligencia de embargo el 20 del mismo mes y año, trabándose el mismo al no efectuar la designación la parte demandada sobre un inmueble —bien patrimonial— del Ayuntamiento.

II. Presentado el mandamiento de embargo, con fecha 4 de enero de 1990, en el Registro de la Propiedad, fue calificado con la nota siguiente: Registro de la Propiedad de Burgos, 4. Denegada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento por los siguientes defectos: 1.º No poderse practicar anotación preventiva de embargo sobre bienes de las haciendas locales, según se desprende del artículo 154.2 de su Ley reguladora, de 28 de diciembre de 1988, donde expresamente impide a los Tribunales, Jueces y autoridades administrativas despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos valores y bienes en general de la hacienda local. 2.º No indicarse la persona o Entidad contra la que se sustancia el procedimiento, con sus circunstancias (art. 166.3 del Reglamento Hipotecario). Si bien el último defecto es subsanable, por diligencia en el mismo mandamiento o en otro complementario, el primer defecto se con-

sidera insubsanable, por lo que no procede anotación de suspensión de la anotación preventiva de embargo, que tampoco se ha solicitado. Por la misma razón no se practica la nota marginal de expedición de certificación de cargas a que se refiere el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, expedición que se efectúa en base a lo ordenado en el presente mandamiento. Burgos, 15 de enero de 1990.—El Registrador, Gabriel Gragera Ibáñez

III. Doña María Mercedes Manero Barriuso, Procuradora de los Tribunales, en nombre de «Castellana de Publicidad Exterior, Sociedad Limitada», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó: Que, a tenor del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, el Registrador no puede entrar en el fondo de la resolución judicial, confirmado por el artículo 18 de la Ley y abundante jurisprudencia que reseña. El inmueble puede ser objeto de embargo, ya que el artículo 132 de la Constitución Española exceptúa a los bienes de dominio público y comunales, pero nada dice de los patrimoniales, y en el mismo sentido el artículo 80 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, que indica que los bienes patrimoniales se rigen por las normas de derecho privado, así como los artículos 3.º y 4.º de la Ley de 28 de diciembre de 1988, reguladora de las haciendas locales, y la Exposición de Motivos de dicha Ley, de las que resulta evidente que los bienes e ingresos patrimoniales se rigen por el derecho privado, así como el artículo 6.º 2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. En relación al artículo 154 de la Ley de Haciendas Locales, hay que tener en cuenta que lo establecido en su apartado 2 se encuentra en función del cumplimiento de lo ordenado en los siguientes apartados 3 y 4, y que, pasados los tres meses siguientes al día de la notificación judicial, queda sin aplicación dicho apartado 2, pues de no ser así, se produciría una clara situación de indefensión con supeditación del poder judicial al administrativo, quebrantándose diversos preceptos constitucionales —artículos 24.1, 9.º 3, 106 1, 117.3 y 118—. Por otro lado, el artículo 154.2 no puede ir contra preceptos de rango superior si no se pudieran embargar bienes patrimoniales, en cumplimiento de actuaciones municipales de carácter privado, ya que se vulnerarían los artículos 5.º, 6.º y 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Que dicho artículo será de aplicación hasta tanto la propia Autoridad administrativa ejecute la Orden, pero, si no lo hiciese, nada puede impedir las actuaciones judiciales. Que hay que tener en cuenta, además, el contenido del artículo 110 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y lo declarado en las Sentencias del Tribunal Constitucional, de 7 de junio de 1982 y 13 de abril de 1983, que, en ningún caso, el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de la sentencia más allá del tiempo necesario para obtener las consignaciones presupuestarias en el caso de que no hayan sido previstas.

IV. El Registrador de Burgos número 4, en defensa de su nota, informó: Que las limitaciones del artículo 100 del Reglamento Hipotecario no impiden la calificación del Registrador cuando el obstáculo surge del propio Registro, cuando de la titularidad del bien —inscrito a favor del Ayuntamiento—, y por aplicación de la norma jurídica —artículo 154 de la Ley de Financiación de Haciendas Locales—, resulta que el bien es inembargable. No se ha tratado de calificar si el Juez embargó o no correctamente, lo que sería improcedente, sino si procede la extensión de la anotación preventiva de embargo. Es numerosa la jurisprudencia en este sentido. Entrando en el fondo de la cuestión, manifiesta que en el Derecho comparado la regla general es la inembargabi-

lidad de los bienes patrimoniales, salvo el Derecho inglés, y en el Derecho español se recogió dicho principio en el artículo 18 de la Ley de Patrimonio del Estado, y como la Ley de Régimen Local no recoge expresamente esta norma, algún autor opinó positivamente, y así lo resolvió la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien con criterios poco precisos y en contra del informe del Consejo de Estado. Hoy día, la cuestión está resuelta, pues así lo impone el artículo 44 de la Ley General Presupuestaria y el 154 de la Ley de Financiación de Haciendas Locales. Esta inembargabilidad se desprende, además, indirectamente de toda la normativa que regula el régimen patrimonial de la Hacienda Pública y de las Corporaciones Locales, y de los requisitos de su enajenación, donde ni una sola vez se recoge la posibilidad de ejecución forzosa —véanse los artículos 109 y 114 del Reglamento de Bienes de Corporaciones Locales.

V El Magistrado-Juez de Primera Instancia número 1 de Burgos informó: Que la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las haciendas locales no debe ser considerada de forma absoluta pese a lo establecido en el artículo 154.2 de la Ley de Financiación de Haciendas Locales, pues este precepto ha de interpretarse en el sentido de que las entidades locales han de dar cumplimiento a las sentencias judiciales mediante la inclusión en sus presupuestos de la cantidad señalada; y por eso viene condicionado el embargo a que, una vez consignada la suma adeudada en el presupuesto, se haga entrega al acreedor, de tal forma que, si no se hace, entran en funcionamiento los mecanismos ordinarios de ejecución. Todo ello referido exclusivamente a los bienes patrimoniales.

VI. En Auto de 19 de octubre de 1990 se revocó por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Castilla y León la nota del Registrador en base a los argumentos del recurrente y del Magistrado-Juez, y contra este auto se ha interpuesto recurso de apelación por el Registrador.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 132.1 de la Constitución, 154 de la Ley de Régimen de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988, la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, el Reglamento de Bienes de Corporaciones Locales, de 13 de diciembre de 1986, y 100 del Reglamento Hipotecario, y Sentencia del Tribunal Constitucional, de 7 de junio de 1984.

1. La cuestión planteada en el presente recurso se reduce a determinar si puede practicarse una anotación preventiva de embargo sobre un bien de carácter patrimonial de una Entidad local.

El respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusividad a los Jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, y también a los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes (cfr. art 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). No obstante, ni siquiera las resoluciones judiciales pueden entrar automáticamente en el Registro, sin pasar por el tamiz de la calificación registral. Ahora bien, la obligación general de cumplir las resoluciones judiciales exige que el Registrador limite su calificación sobre las resoluciones judiciales al exclusivo fin de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la ley en las condiciones mínimas exigidas, según el caso, para conseguir que el titular registral no sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión

procesal, y en este sentido —como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva—, debe ser entendido el artículo 100 del Reglamento Hipotecario en congruencia con los artículos 1.º, 20 y 40 de la Ley. En modo alguno puede el Registrador ir más allá y, al calificar determinada resolución dictada por el órgano judicial competente para resolver en procedimiento adecuado, entablado contra el titular registral, enjuiciar si los razonamientos jurídicos por los que el juzgador concluye su fallo están ajustados a Derecho o si el fallo ha de ser tachado de ilegal, aunque limite esta tacha a los efectos registrales. No es, entonces, ya el Registrador sino el titular registral, parte en el procedimiento, a quien incumbe, por los medios procesales oportunos (incluida la promoción de un conflicto de jurisdicciones, si es el caso), la defensa contra la posible ilegalidad.

Esta Dirección General ha acordado no estimar el recurso y confirmar la revocación de la nota del Registrador.

COMENTARIO

El Derecho Hipotecario es una Ciencia jurídica que se ha ido construyendo y perfeccionando a lo largo de los años, lenta y trabajosamente, como corresponde a una rama que trata de materias complejas, muchas de ellas en encrucijada, que requieren una meditación, una prudencia y una mesura apropiadas.

La presente resolución, y otras de su filosofía, suponen un retroceso de décadas, yo diría de siglos, en el Derecho Hipotecario. Si las cosas que dice esta resolución, las dijera el legislador, probablemente motivarían una inquietud y hasta escándalo para los especialistas del Derecho Hipotecario, pues una de las materias más delicadas dentro del ámbito de la función registral es la calificación de documentos judiciales, que ha ido resolviéndose a lo largo de los años, cristalizando en el actual artículo 100 del Reglamento Hipotecario, que no se puede olvidar, y dice lo siguiente:

«La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro».

En todo caso, no se trata de un precepto cerrado, sino que ha de ir abriéndose en concordancia con otros preceptos legales, lo que ha determinado que la calificación registral, en base al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, haya llegado a ser más amplia que la que resulta del propio texto del artículo 100 del Reglamento Hipotecario (Resoluciones de 12-11-1990 y 8-7-1991, por ejemplo).

La presente resolución, minimizadora del ámbito de la calificación registral en materia de documentos judiciales, contiene dos tipos de declaraciones:

1.º) Según la resolución, el Registrador ha de limitar su calificación de documentos judiciales al exclusivo fin de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento, objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley.

Cierto que luego la resolución alude al «órgano competente» y al «procedimiento adecuado», pero en forma somera o de pasada, y sin la explicación o desarrollo suficiente para desvirtuar el equívoco a que puede dar lugar esa otra contundente declaración limitativa de la función calificadora.

Con esta peculiar declaración, el Registrador tendría que limitarse al examen de los obstáculos registrales y la función que le encomienda la legislación hipotecaria quedaría mermada por una simple resolución de la Dirección General, que es totalmente ilegal, pues va claramente contra la letra y el espíritu del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, y de otras muchas resoluciones anteriores, que no limitan la calificación registral a ese solo aspecto del obstáculo registral.

Concretamente, según el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, el Registrador tiene encomendada la calificación de la competencia del Juzgado, cuando no cabe sumisión, aspecto muy importante, que ha de aplicarse en casos de expedientes de dominio, de liberación de cargas y gravámenes, e incluso actualmente en el procedimiento judicial sumario, una vez que la nueva Ley de Reforma Procesal ha suprimido la sumisión y resalta la competencia territorial en la regla 1.º del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Además, el Registrador ha de calificar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos judiciales, que es precisamente uno de los aspectos en que se producen en la práctica mayores problemas, como consecuencia de falta de datos de algunos documentos judiciales, que van desde la omisión de cuantías de reclamación en caso de anotaciones de embargo, hasta falta de expresión de la firmeza o de transcurso de plazos de audiencia al rebelde, o falta de datos descriptivos, o de circunstancias de demandante y demandado, o de constancia de notificaciones, etc

También es importante la calificación de la congruencia del mandato judicial con la clase de juicio o procedimiento seguido. Así, por ejemplo, si en un juicio de simple reclamación de cantidad personal, se pretende la anotación de demanda sobre bienes inmuebles, ello supone una incongruencia. O si se pretende cancelar definitivamente una hipoteca en virtud de una ejecución provisional de la misma (caso de la Resolución DGRN de 12-11-1990), ello supone también una incongruencia a efectos del artículo 100 RH, etc.

Por tanto, el Registrador no puede limitar su calificación de documentos judiciales al obstáculo registral, como pretende esta desafortunada resolución.

2.ª) La segunda de las declaraciones de la resolución, la que constituye propiamente «ratio decidendi» del caso planteado, deriva de lo que podíamos denominar, recogiendo expresiones de la propia resolución, «filosofía del en modo alguno el Registrador puede ir más allá», que se manifiesta no sólo en esta resolución, sino en otras muchas dictadas recientemente sobre otras materias

Concretamente, esta resolución se refiere a que el Registrador ha de anotar un embargo decretado judicialmente sobre bienes patrimoniales de propios de un Ayuntamiento, sin entrar ni profundizar en el artículo 154 de la Ley de Financiación de Haciendas Locales, que prohíbe o al menos condiciona tal embargo.

Resulta verdaderamente lamentable que en materias como éstas, la resolución utilice expresiones como la de «en modo alguno», que en realidad es «inexistente en Derecho», en el que no caben expresiones de «absolutismo». En cuanto a la expresión de que «el Registrador no puede ir más allá», ello es ilegal, pues el Registrador ha de ir allá donde exista una clara ilegalidad que, según la propia Ley, impida practicar asientos registrales. Con frases como ésta se puede llevar al Registrador «al más allá» en materias conflictivas como la que nos ocupa. La que «no puede ir más allá», al parecer, es la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, que con resoluciones como la presente, se está en definitiva comportando como un mero órgano adminis-

trativo. En cambio, el Registrador de la Propiedad, que es órgano de jurisdicción voluntaria de «garantía de derechos» y el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, que es órgano judicial, sí pueden ir más allá.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León dictó un auto totalmente ajustado a Derecho, que debería haber sido asumido sin reservas por la Dirección General, pues es una materia en que dudamos mucho que pueda desvirtuar la doctrina del Presidente.

Pues bien, ante las dos alegaciones del recurrente, una de las cuales era precisamente que el Registrador no podía entrar en el tema, y la otra de fondo, el auto del Presidente omite toda referencia a la limitación de la función registral, y entra en el fondo, y no importa que sea para decir que en este caso es anotable el embargo, pues no se trata de si el Registrador tenía o no la razón, sino de resolver el fondo del asunto desde el ámbito de la jurisdicción voluntaria de los asientos registrales y de los efectos respecto a terceros de esos asientos registrales.

Y curiosamente, se da la paradoja, o más bien la incongruencia procesal, de que, siendo firme ese auto en lo relativo al problema del ámbito de la calificación registral que planteó el recurrente y que no fue estimado por el auto ni recurrido por nadie en ese aspecto, la Dirección General vuelve al escrito del recurrente y estima una de sus alegaciones, a pesar de que había quedado firme el auto en ese aspecto, pues el apelante era el Registrador que se limitó a replantear la cuestión de fondo resuelta por el auto, pero sin replantear la cuestión del ámbito de la función registral, alegada por el recurrente y no admitida por el auto presidencial.

La segunda paradoja es que, aun siendo el recurso de apelación contra el auto (art. 121 del Reglamento Hipotecario), lo que ya de por sí es un disparate, tratándose de materia judicial como ésta, en que la última palabra la debería tener el Presidente del Tribunal Superior, la resolución de la Dirección General no estima el recurso, ni revoca el auto, con lo que dicho auto queda firme, y a pesar de ello se produce la paradoja de que la Dirección General resuelve en contra del auto, es decir, sin entrar en el fondo.

La resolución DGRN revoca la nota, olvidando que la materia del recurso, según el artículo 121 RH, es el contenido del auto.

El contenido del auto no revocado, en lo que aquí interesa, constituye una pieza maestra que ha de ser objeto de publicidad, y dice lo siguiente:

«Segundo: Y en examen ya de la cuestión de recurso, es cierta la prohibición de despachar embargos contra los bienes de los Ayuntamientos, tal y como señala el señor Registrador de la Propiedad, pero esta regla tiene que ser entendida, para que constituya un principio de organización social, en términos distintos, según se trate de bienes de dominio público o de carácter privado»

«Así, en cuanto a los primeros, al estar afectados a un uso o servicio público, la regla tiene una larga tradición y está justificada, a la vez, por la necesaria autonomía de la Administración al gestionarlos, y por la significación que tales bienes tienen para todos los ciudadanos, de suerte que en cuanto a los mismos la inembargabilidad no admite excepción alguna».

«La extensión de la misma regla a los bienes de derecho privado, sin embargo, de significado nada más que patrimonial, sólo supone un privilegio para la Administración, que debe ceder, como ceden otros de sus privilegios, si no cumple con la obligación de consignar *en sus presupuestos*, en los plazos legales, las sumas precisas para el cumplimiento de la sentencia».

«Otra solución permitiría la irresponsabilidad de las Administraciones Públicas en el cumplimiento de sus obligaciones con los ciudadanos ya declaradas por los Tribunales, con perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución».

«En virtud de lo expuesto, esta Presidencia

ACUERDA: Ordenar la anotación preventiva del embargo decretado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Burgos..., una vez firme esta resolución».

¡Qué le hubiere costado a la Dirección General asumir simplemente la doctrina de este auto presidencial, que es totalmente correcta, desestimando la apelación del Registrador y confirmando el auto presidencial!

Con la doctrina del auto presidencial, se obtienen estas consecuencias:

a) Si se decreta judicialmente el embargo de bienes de dominio público, ya sean de uso o servicio público, no cabe la anotación de embargo en el Registro de la Propiedad (obsérvese que tales bienes constan inscritos en los Registros de la Propiedad, incluso algunos de uso público, y no digamos los de servicio público).

b) Si se decreta judicialmente el embargo de bienes patrimoniales de propios de un Ayuntamiento y no han transcurrido los plazos legales concedidos para que incluya el débito en sus presupuestos, tampoco cabría la anotación de embargo, aunque hubiese sido ordenada judicialmente.

En definitiva, olvidemos la doctrina de esta resolución de la Dirección General, y reconozcamos que el «Registrador puede y debe ir más allá» de lo que dice tal resolución, al menos en los siguientes casos que se nos ocurren sobre la marcha:

1.º) Cuando se pretenda embargar judicialmente un derecho de uso o habitación (art. 525 del Código Civil).

2.º) Cuando el Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Seguros, haya obtenido una anotación preventiva en la que se publique la inembargabilidad de un bien conforme a la Ley de Ordenación del Seguro Privado.

3.º) Cuando se decrete judicialmente el embargo de derechos de uno de los cónyuges por el otro cónyuge en bienes gananciales pendiente de liquidación la sociedad conyugal (Resolución de 8-7-1991).

4.º) Cuando se decrete un embargo sobre bienes de dominio público, ya sean de uso o servicio público.

5.º) Cuando se trate de embargo decretado judicialmente sobre bienes patrimoniales de propios de entes públicos y no hayan transcurrido tres meses, que es el plazo legalmente previsto para que tales entes incluyan el débito en los presupuestos del ente.

Etcétera

La razón de ello es que se trata de un «obstáculo» para la anotación de embargo, que surge directamente de la Ley y del propio asiento registral (obstáculo del Registro: art. 100 RH), pues cuando se inscribe un bien inmueble es con el contenido típico del derecho marcado por el título y por la Ley, que los declara inembargables.

Por otra parte, en el ámbito registral lo que se discute es la publicidad

registral del embargo a través de la anotación preventiva, y no el embargo judicial mismo, por lo que, en caso de divergencia entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria registral, podría seguir perfectamente el procedimiento entre partes, pero no tendría publicidad ni efectos respecto a terceros un embargo no susceptible de anotación, según calificación registral debidamente contrastada y confirmada, en su caso, por auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

PARA INSCRIBIR LA VENTA DE CUOTA INDIVISA EN RÉGIMEN DE MULTIPROPIEDAD O PROPIEDAD POR TURNOS, ES PRECISO QUE EN EL REGISTRO CONSTE EL RÉGIMEN GENERAL DE LA MULTIPROPIEDAD, COSA QUE EN EL PRESENTE CASO NO SUCEDE, PUES LA ESCRITURA DE VENTA SOLO RECOGE ALGUNA DE LAS NORMAS QUE EN OTRA FIGURAN, PERO QUE NO SE PRESENTAN. SE PRECISAN LOS PACTOS QUE HUBIERAN PODIDO INSCRIBIRSE Y LOS QUE SON RECHAZABLES. (RESOLUCIÓN DE 4 DE MARZO DE 1993; BOE DE 7 DE ABRIL DE 1993.)

En el recurso gubernativo interpuesto por don José Sánchez Aguilera, Notario de Almuñécar, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Almuñécar a inscribir una escritura de venta de cuota indivisa en régimen de multipropiedad o propiedad por turnos, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 25 de enero de 1992, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Almuñécar, don José Sánchez Aguilera, la Entidad mercantil «F. M. Mégias, Sociedad Anónima», transmitió a don José Ricardo Serrano Fernández, una participación indivisa de un entero y 9.231 milésimas por 100, de una finca urbana ubicada en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, configurándose el negocio jurídico contenido en la escritura como venta de cuota indivisa en régimen de multipropiedad o propiedad por turnos. En dicha escritura se establecen las siguientes cláusulas: «Tercera. a) Cada copropietario tendrá derecho a vender, enajenar, ceder a tercero, o transmitir su participación en *pro indiviso*, en cualquier tiempo y sin necesidad de consentimiento ni posibilidad de retracto por parte de los restantes copropietarios, por tanto, en el caso de transmisión de una participación, dada la naturaleza y finalidad de la comunidad funcional que surge por esta escritura, ningún condeño podrá ejercitar los derechos de tanteo o retracto, la parte compradora renuncia en especial al ejercicio de tales derechos en todo caso. b) Queda excluida la acción de división sobre la comunidad que existe en el apartamento y la parte compradora renuncia expresamente a su ejercicio, con expresa aceptación de lo contemplado en el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, asumiendo que tal división convertiría la propiedad en inservible para su uso. Octava. Pactos de perfeccionamiento del objeto.—La comunidad en el apartamento *pro indiviso* se regirá por los siguientes pactos, que tienen como fin la regulación del uso y ocupación por cada copropietario del bien cuyo dominio ostenta, así como la conservación de cada parte *pro indivisa* de dicho dominio en un espacio suficiente, delimitado e independiente para cada copropietario en función de un uso ordenado de la propiedad total... B) Corresponde a la parte compradora el uso y disfrute exclusivo y excluyente

del apartamento durante la semana número 24 del calendario que me entregan las partes para su protocolización. C) Siete meses antes del último año recogido en el calendario, la Sociedad de Servicios existente en esa fecha, elaborará un nuevo calendario por un período de dos años igual al actual, para lo cual queda expresamente apoderada, sin necesidad de aprobación ulterior por los condueños. Este calendario se confeccionará sobre las bases del año natural en la misma forma tenida en cuenta para la redacción del actual. E) Si transcurrido el período de tiempo que da derecho a usar y disfrutar el apartamento, éste no se hubiere desalojado por el titular, se le considerará en precario. Pudiendo ejercitarse la acción de desahucio por la Entidad «F. M. Mégias, Sociedad Anónima», o la que ésta designe en su día, sin perjuicio de que la compañía de servicios y mantenimiento ejercite lo acordado con el comprador en el contrato suscrito con la compañía de servicios referidos en el apartado A), en caso de originarse esta situación. F) La parte compradora no podrá usar el apartamento en el período que le corresponda, sin estar al corriente en el pago de las cantidades que adeude a la Entidad de mantenimiento referida en el apartado A de esta estipulación. G) Queda expresamente prohibido todo uso de la finca distinto del alojamiento meramente vacacional. No se podrá utilizar la finca durante el período de ocupación como sede profesional, industrial o empresarial, así como quedan prohibidas en la misma todo tipo de actividades insalubres, peligrosas, molestas, inmorales o comprometidas, la fijación de rótulos-letreiros, el tendido de ropa de cualquier tipo y la ubicación de objetos extraños en las terrazas. J) Las modificaciones que procedieran realizar a los presentes pactos, dimanantes de las disposiciones normativas reguladoras de la propiedad por períodos o multipropiedad, que se puedan promulgar en el futuro, se realizarán por la compañía de servicios de acuerdo fiel y exacto al contenido legal, comunicándose seguidamente a cada propietario para su conocimiento y aplicación a todos los efectos que procedan».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Almuñécar, junto con la escritura de ratificación del comprador fue objeto de la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que precede —escritura número 236/1992 del protocolo del Notario de Almuñécar, don José Sánchez Aguilera—, por los siguientes defectos: A) Suponer una alteración del título constitutivo y estatutos del régimen de propiedad horizontal existente sin acompañar el consentimiento de todos los copropietarios (arts. 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal). B) Falta de previa inscripción del régimen de multipropiedad, no siendo posible hacerlo constar en la forma solicitada (art. 20 de la Ley Hipotecaria y Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 1916). C) La multipropiedad no resulta de la escritura calificada sino de otro documento celebrado con una compañía desconocida, alguna de cuyas cláusulas se incorporan al documento presentado, sin perjuicio de: a) Existir contradicción entre la cláusula octava, apartado B) y tercera, apartados A) y B). b) Modificarse el título constitutivo de la propiedad horizontal en virtud de la cláusula octava, apartado G). c) Incurrir en la sanción de los apartados 2 y 3 del artículo 6.º del Código Civil los apartados C), E), F) y J) de la cláusula octava. D) Imposibilidad en el presente caso, de admitir la estipulación tercera en su totalidad (arts. 400 y 1.522 del Código Civil). E) Tratándose de un contrato complejo y excluidas todas las cláusulas, no se puede practicar la inscripción de la participación vendida. Los defectos señalados con las letras B), C), D) y E) se consideran insubsanables. Esta nota puede ser recurrida en el plazo de cuatro meses a partir de hoy ante el Tribunal Superior de

Justicia de Andalucía y, posteriormente, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Almuñécar, 27 de abril de 1992.—El Registrador.—Firma ilegible»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que en lo referente al apartado A) de la nota: no existe en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno en que apoyar la tesis mantenida por el Registrador. En efecto, si en nuestro derecho está admitido (art. 3.º, *in fine*, de la Ley de Propiedad Horizontal) que el dueño de un piso en régimen de propiedad horizontal puede, en general, realizar respecto del mismo toda clase de actos de disposición o gravamen en los términos que establecen los artículos 2, 2.º de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, y para tales actos no se requiere el consentimiento unánime de todos los propietarios del edificio, no se entiende por qué es necesario dicho consentimiento cuando el dueño de un apartamento trasmite una cuota indivisa del mismo y pacta con el comprador unas normas para el adecuado uso y disfrute de esta forma específica de propiedad, pues con ello no se alteran los elementos comunes del edificio, ni la cuota de participación que corresponde al piso en relación con el edificio del que forma parte, ni su uso o destino, ni sus instalaciones, servicios, gastos, administraciones, gobierno, seguros, conservación y reparaciones. Que, por otro lado, tanto en las normas contenidas en la escritura de obra nueva y división horizontal del edificio, de fecha 13 de noviembre de 1984, como las contenidas en la protocolización de los Estatutos de la Comunidad, de fecha 16 de mayo de 1990, no existe limitación alguna que someta al consentimiento unánime de los propietarios del edificio la transmisión efectuada en la escritura cuya inscripción se deniega. Que en lo que concierne al apartado B) de la nota: El funcionario calificador hace una interpretación excesivamente literal del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pues no debe excluirse la posibilidad de que el régimen de la multipropiedad surja al mundo jurídico simultáneamente con la venta de una cuota y en el mismo documento público, si las partes así lo desean, y sin perjuicio de que por exigencias del artículo 20 citado, el Registrador inscriba primero el régimen de la multipropiedad y acto seguido la venta. Esta tesis parece la más acorde con la naturaleza jurídica de la multipropiedad, pues si según la doctrina más autorizada, esta es una «comunidad funcional atípica», no podría hablarse de multipropiedad sino cuando surge esa comunidad, aunque sólo sea de dos. Que, por otro lado, de admitirse la tesis del señor Registrador, no podría tener acceso al Registro de la Propiedad, el pacto por virtud del cual varios propietarios en *pro indiviso* de una vivienda con un régimen de goce exclusivamente obligacional, acuerdan transformar el condominio ordinario en régimen de multipropiedad, con un estatuto jurídico de carácter real, y se negaría la publicidad y protección registrales a esa nueva situación jurídica, sólo por el hecho de que parece impedirlo la literalidad del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Que la Resolución de 4 de mayo de 1916 no tiene nada que ver con el caso que se estudia. Que en cuanto al defecto C) de la nota: En este punto hay que considerar que la multipropiedad surge en la propia escritura calificada y no del documento suscrito con la compañía de mantenimiento y ello por las siguientes razones: 1.º En dicha escritura es donde el titular registral de la finca transmite una participación indivisa de la misma a una persona que la adquiere, surgiendo en ese preciso instante una comunidad convencional, estable, funcional y atípica, y 2.º En la misma escritura vendedor y comprador pactan una serie de normas, creando un estatuto jurídico en el que

surge una vinculación institucional entre la participación transmitida y el período o turno, y no una simple vinculación instrumental, como ocurriría en un condominio ordinario con simple pacto de uso. Esa vocación al derecho real se manifiesta fundamentalmente en los siguientes pactos escriturarios: a) Exclusión del retracto de comuneros; b) Exclusión de la *actio communi dividundo*; c) El contrato de mantenimiento, que se ha celebrado con una compañía no citada por su nombre, pero, sin lugar a dudas, determinable; d) El calendario, la semana o período de tiempo en que se concreta el derecho de goce, que tiene relación directa con el precio satisfecho en la compraventa; dicho calendario se protocoliza, estando prevista su renovación; e) A fin de facilitar la limpieza del apartamento, los multipropietarios deben desocuparlo unas horas antes; f) A fin de facilitar la ocupación por el multipropietario que sigue en el turno, se considera en precario el multipropietario precedente si no desaloja el apartamento, transcurrido su período de tiempo. En cuanto al apartado a) del defecto C) hay que señalar que no existe contradicción entre las cláusulas a que se refiere el Registrador. Que en lo referente al apartado b) del defecto C). De ningún modo se modifica el título constitutivo de la propiedad horizontal por las siguientes consideraciones: 1.º El alojamiento meramente vacacional, no es sino una variante del residencial y queda subsumido en éste, en relación especie-género. 2.º Teniendo en cuenta que la multipropiedad recae sobre una vivienda y su finalidad, es lógico que se excluyan por definición las actividades profesionales, industriales y empresariales. 3.º La prohibición de realizar actividades insalubres, peligrosas, molestas, etc., tienen su fundamento en el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, y 4.º La prohibición de fijar rótulos, letreros, tendido de ropa de cualquier tipo y la ubicación de objetos extraños en las terrazas, se encuentra recogido en el artículo 11 de los Estatutos de la Comunidad del edificio. Que en lo que concierne al apartado c) del defecto C). No se incurre en la aludida sanción, pues teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la multipropiedad como una comunidad funcional atípica, es lógico que conforme un estatuto jurídico distinto de las normas que nuestro ordenamiento civil dedica al contenido ordinario. Son las partes quienes, de conformidad con el principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad, configuran un conjunto de pactos que crean el Estatuto jurídico con vocación de acceso al Registro de la Propiedad. La propia configuración intrínseca del negocio jurídico de la multipropiedad supone un límite importantísimo a su propia regulación por las partes; debe admitirse todo aquello que sin ser contrario a la norma imperativa, conduzca al fin social e individual que la multipropiedad, como todo derecho real, debe cumplir en el orden social; de ahí que el multipropietario haga dejación de algunas facultades que integran el concepto de la propiedad absoluta, y que sin afectar a su esencia facilita esta nueva forma jurídica. Por todo lo expuesto, no incurren en la sanción que se cita en el defecto, los siguientes pactos: 1.º Apoderamiento a favor de una sociedad de servicios para elaborar un nuevo calendario sobre las bases del año natural. Una vez determinada la sociedad de servicios, nada impide que la elaboración del nuevo calendario se haga en representación de los multipropietarios por un tercero y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.732 del Código Civil; 2.º Que se ejercite acción de desahucio contra el multipropietario que ocupa el apartamento de forma indebida. Nada impide que la sociedad vendedora pueda ejercitar la acción de desahucio como representante de quien tenga derecho, según turno, a poseer materialmente, gozar y disfrutar del piso-vivienda en el tiempo determinado;

3.º Privación del uso del apartamento en caso de no estar al día en el pago de las cantidades debidas por mantenimiento, que es esencial para el uso adecuado de todos los multipropietarios. Esta prohibición suele formar parte del estatuto configurador de la multipropiedad y no se opone a ninguna norma imperativa, y 4.º Adaptación de los pactos establecidos en la escritura a la normativa futura sobre multipropiedad. Que en lo referente al defecto D) de la nota: 1.º La exclusión de la *Actio Communi Dividundo* no es contraria a derecho, puesto que la multipropiedad está configurada como una comunidad funcional atípica; y, por consiguiente, cuando la comunidad no impide la circulación de bienes, sino al contrario, la potencia, no tiene sentido impedir la indivisión permanente, y al multipropietario que no quiera permanecer en la indivisión le basta con transmitir su participación a otra persona interesada en la comunidad. Por otro lado, existe un sólido apoyo a la exclusión de dicha acción en el artículo 401 1 del Código Civil, y 2.º En cuanto a la renuncia del retracto de comuneros hay que citar los mismos argumentos alegados en el párrafo anterior. Esta renuncia está reconocida en la Resolución de 18 de mayo de 1983. Que en lo relativo al defecto E) de la nota: Que al presentar la escritura en el Registro de la Propiedad lo que se pretende que se inscriba es el negocio jurídico de multipropiedad como derecho real *ex novo* con su propio estatuto jurídico-real, confirmado por las partes con base en el principio de autonomía de la voluntad, por ausencia de regulación legal, sin contravenir normas de derecho imperativo, y al amparo del sistema *numerus apertus*, que consagra nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 2.2, *in fine*, y 7 de la Ley Hipotecaria y del Reglamento para su ejecución. Que, por último, la multipropiedad que resulta de la escritura calificada cumple las líneas que la institución requiere en el actual momento prelegislativo y la peculiaridad de afectar sólo a parte de los pisos de una única propiedad horizontal, no conlleva mayores rigores o requisitos de admisión. En el mismo sentido recurrente, el artículo 68 del Reglamento Hipotecario, regulador de la inscripción de las plazas de aparcamientos, cuya técnica es adaptable a la constancia registral de la multipropiedad.

IV. El Registrador, en defensa de la calificación informó: Que hay que indicar que se ha inscrito la venta efectuada por la misma sociedad promotora de dos participaciones en régimen de copropiedad ordinaria, afectantes al mismo piso que hoy constituye objeto del recurso, y que en ella no se contenía ningún pacto con trascendencia real que modificara en cualquier sentido la adquisición efectuada. Que la escritura calificada tiene por objeto la venta de una participación indivisa que queda sujeta a un régimen especial conocido con el nombre de multipropiedad; pero se niega la válida constitución del régimen de multipropiedad, con lo que resulta la venta de una simple participación dominical en régimen de comunidad ordinaria a la que se han añadido determinados pactos. Que en cuanto al primer defecto A). En la inscripción del edificio en su conjunto y en la de cada una de las unidades inmobiliarias resultantes, se califica a las mismas, con excepción de los locales, de viviendas: a) El cambio del régimen normal de alguna de estas viviendas supone una transformación esencial, con el paso de un régimen de propiedad horizontal a otro que pudiera llamarse de multipropiedad y resulta evidente que el régimen que trata de establecerse va a afectar al resto de los propietarios de las viviendas ya inscritas; b) Hay que tener en cuenta el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, y hay que incluir las actividades no previstas si se opusieren al destino o naturaleza del apartamento como tal; c) Nadie discute las facultades

dispositivas del propietario de un piso, pero nunca estarían incluidas aquellas actividades que desarrolladas por una persona dentro del ámbito de su esfera dominical, excedan de los límites de la normal tolerancia. Con estos antecedentes se lleva a la conclusión de ser necesaria la aprobación de la Junta de Propietarios para admitir, por unanimidad, la modificación del título constitutivo y estatutos inscritos. El anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, en su artículo 51.2 trata de evitar los posibles conflictos de la coexistencia de viviendas destinadas a usos distintos (residencial y vacacional), y *d*) una vez iniciada la venta de pisos, locales y demás espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, ya no le es factible al propietario del solar y de la construcción, que ha efectuado las enajenaciones, el delimitar por sí la propiedad horizontal y olvidar lo dispuesto en los artículos 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. En este punto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1981 y la Resolución de 25 de septiembre de 1991. Que en lo referente al segundo defecto B), sí se tiene en cuenta que la participación vendida queda circunscrita a una semana; que el elemento temporal se convierte en institucional; que ello supone una derogación del artículo 394 del Código Civil, y que la exclusión de los derechos de tanteo, retracto y ejercicio de la acción de división supone una alteración evidente del régimen normal de copropiedad, sólo justificable en el caso de una comunidad especial o funcional. Que la alusión por el recurrente al artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, sólo se encuentra justificada si lo que se pretende es la creación de un derecho innominado de trascendencia real; y se llega a la conclusión de que el negocio jurídico instrumentado en la escritura calificada pretende ser una comunidad especial, no regulada en la actualidad y que coincide con lo que viene a llamarse compraventa a tiempo compartido o multipropiedad. En ésta la vinculación entre turno y cuota sólo puede ser entendida si partimos de la consideración de la misma como un régimen jurídico inmobiliario, que es una cualidad jurídico real del inmueble que contribuye a configurarlo —más o menos intensamente— como objeto de derechos reales y que se fundamenta en una determinada estimación económica del mismo. Consecuentemente, se trata de una situación objetiva, en la que el turno se eleva a elemento definitorio, con independencia de la efectiva existencia y número de titulares, elevando a cualidad jurídica del local lo que inicialmente es sólo una destinación económica: el uso turnado. Que siendo la multipropiedad un régimen jurídico inmobiliario especial, al que se someten determinados inmuebles, es necesario que conste el mismo en el Registro antes de poder inscribir la participación vendida, incluyendo su estatuto configurador en los de la propiedad horizontal existente, pues no se puede inscribir una participación en régimen de multipropiedad si previamente no se ha inscrito este régimen, pues así resulta de la exigencia del principio de tracto sucesivo. Que con la recta aplicación de lo indicado en el artículo 52 del Anteproyecto de Conjuntos inmobiliarios quedan resueltas las dudas del recurrente, pues la transmisión del derecho de propiedad del promotor del propietario requiere que previa o simultáneamente se haya constituido el inmueble en régimen de multipropiedad. Que hay que tener en cuenta que la organización y funcionamiento del Registro son materias sustraídas a la autonomía de la voluntad; y en este sentido las Resoluciones de 4 de mayo de 1916 y 16 de septiembre de 1987. Que en cuanto al tercer defecto C) Que hay que sacar a colación el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Que entrando en el análisis de los subapartados de este defecto C) hay que señalar: *a*) Que si nos encontramos ante la venta de una participación

indivisa que no tiene virtualidad para hacer surgir un régimen de multipropiedad, hay que llegar a la conclusión forzosa de la incompatibilidad de ese derecho exclusivo y excluyente que se afirma en la cláusula octava, apartado *b*), y la exclusión de los derechos de tanteo, retracto y ejercicio de la acción de división; *b*) Que podría darse la paradoja consistente en que no puede destinarse la vivienda a residencial habitual o normal si dentro de lo que admite la jurisprudencia, el ejercicio de ciertas actividades compatibles con el uso de la vivienda, cuando tales actividades no están prohibidas en los estatutos inscritos en el Registro; *c*) Si por la escritura calificada no ha podido surgir un auténtico régimen de multipropiedad, es evidente que cobra fuerza la sanción del artículo 6.2 y 3 del Código Civil, a las exclusiones que de la Ley aplicable se realizan en los apartados mencionados. Que en lo relativo al quinto defecto D). Partiendo de la base de lo que se pretende inscribir es una participación indivisa en régimen de comunidad ordinaria, a la que se añaden determinados pactos relativos al uso y disfrute, forzosamente se ha de llegar a la conclusión de la inadmisión de las estipulaciones relativas a aquellos derechos. La posibilidad de excluir la acción de división sólo puede tener lugar por alguna de las siguientes vías: el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, pero cuando este precepto hable a «todos los propietarios», se está refiriendo a la de los diversos pisos y locales que integran el edificio, y el artículo 401 1 del Código Civil. Que hay que rechazar los pactos referentes a los derechos de tanteo y retracto, dado que nos encontramos ante una copropiedad ordinaria. Que en lo concerniente al último defecto E). La escritura calificada contiene la solicitud al Registrador, prestando consentimiento anticipado de la no inscripción de las cláusulas que aquel considere no inscribibles; y, por tanto, visto que sólo podía inscribirse la participación vendida, ha optado por denegar la inscripción en su totalidad, con lo que no ha hecho más que cumplir con lo dispuesto en la Resolución de 24 de abril de 1992.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador, fundándose en los mismos argumentos alegados por éste en su informe.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la mención del artículo 51.2 del Borrador de Anteproyecto de la Ley de Conjuntos Inmobiliarios ha de hacerse a efectos de pura especulación doctrinal, en virtud del principio de legalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico y sanciona la Constitución Española en los artículos 9.3, 93 y 96 y desarrolla el artículo 2.º, párrafo 1, del Código Civil. Que hay que resaltar desde una posición estricta de *lege ferenda*, como el legislador español es consciente de la existencia de la multipropiedad en la realidad jurídico-social. Que la no inscripción de la escritura calificada no puede basarse en que supone una modificación del título constitutivo, pues por ser la multipropiedad un derecho real innominado para la Ley Hipotecaria, la no inscripción podría basarse en argumentos en favor o en contra del sistema de *numerus apertus* o *numerus clausus* de nuestro sistema registral inmobiliario.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 348, 392, 400, 401, 1.256, 1.273 y 1.522 del Código Civil; 5.º y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal; 2.º, 9.º y 20 de la Ley Hipotecaria; 10 de la Ley 26/1984, para la defensa de consumidores y usuarios; 7.º y 51 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 18 y 27 de mayo de 1983.

1. De la escritura presentada resulta que se enajena determinada participación indivisa en el dominio de un apartamento, la cual confiere el disfrute exclusivo de éste durante determinada semana de cada año. Según la escritura, se trata de una comunidad en multipropiedad, o de propiedad por períodos, sujeta, entre otros, a los siguientes pactos: Quedan excluidos el retracto de comuneros y la acción de división de la comunidad. En caso de que, transcurrido el período de disfrute exclusivo, el apartamento no hubiese sido desalojado por el titular, se le considerará en precario y la acción de desahucio podrá ejercitarse por la Entidad vendedora «o la que éste designe en su día». La prestación de aquellos servicios que hacen posible el cómodo uso del apartamento incumbirá a determinado tercero, una compañía que en la escritura de venta no aparece siquiera designada por su denominación, y según estipulaciones que tampoco se expresan en tal escritura, en la que, sin embargo, sí se establecen las siguientes cláusulas: *a)* El comprador cumplirá escrupulosamente lo estipulado en ese (aludido) contrato con tercero, y no podrá usar del apartamento en el período que le corresponda sin estar al corriente en el pago de las cantidades que adeude a esa compañía tercera; *b)* en caso de que el comprador transmita, a su vez, su participación, impondrá «al nuevo titular y sucesivamente en todas las transmisiones futuras», entre otras; la obligación «de subrogarse en los derechos y obligaciones resultantes de ese (aludido) contrato con la compañía tercera, notificando a esta compañía «el cambio automático de titularidad en el contrato al nuevo copropietario», y si no se cumplen estos requisitos, «el nuevo copropietario no podrá ejercitar sus derechos». *c)* A esta compañía tercera le incumbirá también completar el calendario de semanas «por un período de años igual al actual» (con la escritura va unido un calendario en el que se precisa el sábado en que comienzan las cincuenta y dos semanas de cada año hasta el año 2062), y «sobre las bases del año natural en la misma forma tenida en cuenta» para la redacción del calendario anejo. *d)* También a esta compañía incumbirá en su día adaptar los pactos de la comunidad a las disposiciones que se puedan promulgar regulando «la propiedad por períodos o multipropiedad».

2. En el primer defecto de los que señala la nota de calificación se advierte que la constitución del régimen de multipropiedad sobre uno de los pisos o locales de un edificio que está ya sujeto al régimen de propiedad horizontal, exige un requisito que no aparece cumplido: El consentimiento de todos los copropietarios integrados en el régimen de propiedad horizontal conforme a lo dispuesto en los artículos 5.º y 16 de la Ley específica. Según el Registrador, la constitución de multipropiedad sobre uno de los apartamentos significa la alteración del título de constitución y estatutos del régimen de propiedad horizontal, fundamentalmente porque con ese destino se cambia el que aparece en la inscripción del edificio (conforme a la cual todos los apartamentos son descritos como vivienda, salvo los locales de la planta baja y sótano), y porque las actividades que comporta el nuevo destino exceden de los límites de la normal tolerancia e infringen la regla de que el propietario u ocupante no puede desarrollar actividades no permitidas en los Estatutos. Más, con todo, no son suficientes las razones invocadas. De acuerdo con los principios de libertad que rigen el dominio de cada apartamento, el propietario puede gozar y disponer de su piso sin más limitaciones que las establecidas en las leyes o en los estatutos o por el respeto debido a los derechos de los demás copropietarios (cfr. arts. 348-1 del Código Civil y 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal). Pero las limitaciones no se presumen y son de interpretación estricta. No

hay duda, pues, de que el propietario de cada apartamento puede enajenar su apartamento ya a uno, ya a varias personas en comunidad ordinaria o en comunidad especial, para que lo gocen los cotitulares por sí o por terceros y a la vez o sucesivamente, y sin que el dato de que en la descripción registral aparezca que el apartamento es calificado de vivienda signifique, por sí solo, que está estatutariamente establecida una limitación de disposición o de goce que impida las figuras comunitarias.

3. En el segundo defecto el Registrador opone, para inscribir ahora la venta de la participación, que falta la previa inscripción del régimen de multipropiedad, «no siendo posible hacerlo constar en la forma solicitada». Realmente lo que se dice es que el título presentado no es en sí apto para inscribir, en su virtud, el régimen de multipropiedad, y ciertamente tal título no reúne los requisitos mínimos exigibles al efecto. No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2-2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento Hipotecario) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (cfr. art. 392-II del Código Civil). Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales. Estos límites alcanzan especial significación con relación a la llamada multipropiedad o propiedad por períodos, pues con ella se pretende crear nuevas unidades económicas susceptibles de ser objeto de derechos reales, lo cual sólo será posible si se cumplen los requisitos de determinación jurídica y de viabilidad económica. Sin que consten cumplidos uno y otro requisito no podrá acceder al Registro la constitución de una multipropiedad, pues el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndole cobijo de fantasías y fraudes. El requisito de la determinación obliga a que en el título se concreten no sólo las relaciones comunitarias del comprador de una participación con quien, al vender, retiene la parte restante, sino también cuál haya de ser el régimen de la especial comunidad que se constituye y de las unidades inmobiliarias que la integran. Pues bien, resulta que en las prescripciones de la escritura presentada relativas a esta comunidad no se dice nada —o no se dice con la claridad necesaria— si la porción de semanas no vendidas (todas menos la que se vende) constituye una única unidad inmobiliaria o si habrá tantas como semanas, o más o menos, y cuál es, si hay varias, el porcentaje de cada una a efectos de que sirva de módulo para determinar las cargas y beneficios por razón de la comunidad, ni tampoco se precisa cuál sea el régimen orgánico y de funcionamiento de esta comunidad; falta también toda referencia al mobiliario destinado al uso sucesivo de los distintos titulares de los períodos. El requisito de la viabilidad económica tiene asimismo especial significación en la figura de la multipropiedad. Este requisito es también exigido, tratándose de la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, pues para que puedan constituirse los pisos o locales de un edificio como unidades jurídicas independientes se exige que «sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública» (cfr. arts. 396 del Código Civil y 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal). Pero ocurre en la multipropiedad que en ella, por definición, cada unidad económica no tiene una delimitación física, sino temporal. Es más, de la realidad práctica puede derivarse la conclusión de que estas unidades si no se

estipulan otras previsiones que las ordinarias del régimen de propiedad horizontal, carecerían de viabilidad económica y, por tanto, no podrían erigirse jurídicamente en unidades reales. Sólo alcanzarán este carácter —y las reglas de la comunidad ordinaria darán paso a las reglas estipuladas para esta comunidad especial— por el tiempo en que en el título de constitución se dé solución, con garantías suficientes, al problema de que el apartamento al comienzo de cada turno esté limpio y dispuesto para el adecuado disfrute y de que la determinación del precio de los futuros servicios prestados con ese fin no está dejada al arbitrio de quien asuma la obligación de prestarlos. Pues bien, estas exigencias no resultan acreditadas como se razonará en el punto siguiente.

4. De modo especial hace notar el Registrador en su calificación que la multipropiedad —más bien una parte importante y necesaria de su régimen— «no resulta de la escritura calificada sino de otro documento celebrado con una compañía desconocida, alguna de cuyas cláusulas se incorpora al documento presentado» Pues bien, ciertamente no es en la escritura presentada sino en otro documento, desconocido en el Registro, donde, al parecer, se pretende dar solución a la necesidad de asegurarse de que se prestarán los servicios mínimos necesarios para los sucesivos disfrutes periódicos del apartamento. Y, por lo ya dicho, es en la misma titulación por la que se pretende la inscripción de la multipropiedad donde debe aparecer que el régimen concertado para la prestación de estos servicios reúne las condiciones y garantías exigidas. Procede, por tanto, en el presente caso, no acceder a la inscripción de la escritura de venta. Además de desconocerse condiciones que son básicas para la constitución de este régimen, resulta, además, de la misma escritura presentada, que la plena efectividad de las facultades esenciales del derecho que se transmite (las de disfrutar del local, las de disponer del derecho) dependen no ya del pago del precio estipulado (1.610.000 pesetas ya entregadas por una semana del mes de junio en el apartamento de 59 metros cuadrados), sino del pago sucesivo a una compañía innominada (por los servicios que hayan de ser prestados) de un importe del que no consta nada, ni siquiera que su determinación no haya quedado a la arbitrariedad del futuro acreedor. Y a pesar de estas indeterminaciones se estipula en la escritura: *a)* Que el comprador no podrá usar del apartamento sin estar al corriente en ese pago, y *b)* que el nuevo adquirente a quien el comprador tramita, a su vez, el derecho ahora adquirido, no podrá ejercitar sus derechos si no ha quedado subrogado en esa desconocida posición contractual con la innominada compañía (sea ésta realmente un tercero, sea la misma entidad vendedora con otra vestidura social).

5. La extensa nota de calificación aborda otros temas más concretos, alguno ciertamente de notable interés práctico. Dejando para el fundamento de derecho número 6 la cuestión que plantea el pacto de exclusión del derecho de retracto y de la acción de división, sigamos con las cuestiones que plantean los demás defectos que acusa la nota (por el orden con éstos se expresan en ella):

a) Si la prohibición de que el apartamento sometido a multipropiedad pueda tener otro uso «distinto del alojamiento meramente vacacional» supone —como cree el Registrador— modificación del régimen de propiedad horizontal a que está sometido el edificio entero, puesto que en la escritura calificada se viene a prohibir que pueda destinarse a vivienda habitual (destino éste el más propio y que no está prohibido en los Estatutos del edificio). Evidentemente, y aún entendiendo la limitación como la entiende el Registrador, la cláusula podría ser discutible desde otros puntos de vista (falta de causa social

que justifique la prohibición de que sirva como vivienda habitual), pero lo que no hay es modificación del régimen de propiedad horizontal a que está sujeto el edificio entero, puesto que lo que se hace en el régimen estipulado en la escritura es acotar el destino del apartamento concreto sin rebasar los márgenes que el régimen del edificio permite en relación con las actividades que pueden desarrollarse en él.

b) Si es lícito atribuir a la sociedad que en el año 2062 preste los servicios la misión de completar el calendario en los términos en que la escritura se hace. Según el Registrador, la atribución hecha no es lícita porque no se concretan las bases esenciales para que esa sociedad pueda hacerlo. Mas realmente podrá haber otras razones para oponerse a esa atribución, pero no la que invoca el Registrador, porque no es ya sólo que se dan las bases, sino que la misión encomendada se reduce a dar expresión formal a un calendario que está realmente determinado en la misma escritura, pues de su conjunto resulta que en su día el calendario deberá completarse en la misma forma tenida en cuenta para la redacción del calendario existente; es decir, sin variar el orden de las cincuenta y dos semanas y estableciendo que la primera comience siempre en el primer sábado de cada año.

c) Si —como cree el Registrador— es ilícito atribuir a la entidad vendedora —o a la que ésta designe en su día— la acción de desahucio por precario frente al titular que no hubiere desalojado el apartamento una vez transcurrido el respectivo período del disfrute exclusivo. Se trata de una acción que naturalmente corresponde a los órganos comunitarios o a los que, por concierto de ellos, asuman sus funciones. La reserva que para sí hace la entidad vendedora de la facultad de ejercicio de una acción que sólo a la comunidad o a los comuneros interesados debe corresponder, carece evidentemente de justificación adecuada y perturba el régimen jurídico de las relaciones comunitarias.

d) Si, contra lo que estima el Registrador, puede estipularse el constituirse la multipropiedad que el titular de la participación no podrá usar el apartamento sin estar al corriente de las cantidades que adeude por los servicios comunitarios prestados. Puede considerarse que al quedar el apartamento vacío y en espera de que entre en el goce del período respectivo el titular al que por turno corresponda, el apartamento está poseído por la comunidad o por quien conforme al título constitutivo haya de prestar por ella los servicios necesarios. Pues bien, no hay inconveniente en nuestro sistema (véase para Navarra, Ley 473 de su Compilación), que deja tanto juego a la autonomía de la voluntad incluso cuando se trata de derechos reales de garantía, para que se estipule y se inscriba como pacto comunitario el derecho de retener tal posesión hasta que se abone todo el importe correspondiente a la participación y que sea debido por razón de los servicios y gastos comunitarios realizados, ateniéndose a los límites, condiciones o módulos preestablecidos al constituirse la multipropiedad.

e) Si puede inscribirse la estipulación por la que se encomienda a la entidad con la que se tienen concertados los servicios la misión de adaptar los pactos de la comunidad a las disposiciones que en el futuro se puedan promulgar regulando la propiedad por períodos o multipropiedad. Ese pacto no puede ahora ser inscrito, porque para enjuiciar su eficacia hay una variable —las leyes futuras— que nos es desconocida, aunque será difícil que puedan llegar a permitir que pueda resultar por pacto comunitario encargada de adoptar decisiones en relación con la estructura y funcionamiento de la comunidad una entidad que, por estar en relación contractual con ella, o con los partíci-

pes, en asuntos de tanta trascendencia para la vida comunitaria como son en la multipropiedad la prestación de los servicios, ordinariamente tendrá intereses opuestos a los comunitarios.

6. Estima el Registrador que «en el presente caso» no se puede admitir la estipulación por la que se excluyen el derecho de retracto de comuneros y la acción de división. Mas ha de oponerse a este defecto, en primer lugar y en cuanto a la exclusión del derecho de retracto, que según la doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 18 y 27 de mayo de 1983), este derecho puede ser «eliminado de acuerdo con los artículos 392 y 1 255 del Código Civil por la voluntad de los interesados». Pero es más, respecto de ninguna de las exclusiones pactadas (del derecho de retracto y de la acción de división) hay inconveniente para que puedan acceder al Registro si la multipropiedad apareciera bien constituida —lo que no sucede en el caso— pues tales exclusiones serían sólo la confirmación de unos efectos que son por sí connaturales a dicha figura jurídica. En la llamada multipropiedad, como en la propiedad horizontal, no se da el retracto de comuneros ni la acción de división, porque en esos regímenes de la propiedad lo característico es que el dominio o derecho sobre cada una de las unidades inmobiliarias —los períodos, los pisos y locales— constituye, con su anejo inseparable, el derecho de participación en los elementos comunes, una sola unidad jurídica: El derecho de participación en los elementos comunes no puede tener vida autónoma, sino el mismo destino jurídico que el dominio o derecho con el que inseparablemente se integra. Si no hay, pues, retracto de comuneros ni —mientras dure la multipropiedad— acción de división, es porque propiamente no hay comunidad en el mismo dominio o derecho (del que el derecho de participación es sólo un ingrediente inescindible) pues cada uno recae sobre una distinta unidad inmobiliaria. Terminada la multipropiedad renacerá, con toda su fuerza, la acción de división, porque es de interés público facilitar la terminación de la situación socialmente indeseable que implicaría el consiguiente condominio (que tan frecuentemente supondrá la muerte económica del inmueble a él sujeto).

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador, salvo en cuanto a los siguientes defectos que se revocan: 1.º El defecto A. 2.º En cuanto al defecto C, los señalados en los apartados *a)*, *b)*, y en el apartado *c)* sólo se revoca en cuanto se refiere a los apartados C y F de la cláusula 8.ª *a)* de la escritura 3.º El defecto D.

Madrid, 4 de marzo de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

COMENTARIOS CRÍTICOS

Cuando me adjudicaron esta Resolución y acepté el comentario no pensé que podía reunir tantas dificultades y problemas, no ya sólo por la largura de las alegaciones del recurrente, sino de la contestación informativa del recurrido y la doctrina final de la Dirección que mantiene la calificación y el Auto Presidencial, en parte, derogándolo en la otra parte. A todo ello hay que añadir que estamos manejando una figura, bien estudiada por la doctrina, pero carente de una legislación en qué fundar una opinión que no pasa de ser de «lege ferenda». Aún así, estadísticamente arroja un número muy considerable de inscripciones de esta figura que va siendo aceptada mayoritariamente por el gran público.

El tema objeto de esta Resolución reside en el supuesto en el que un

edificio inscrito en división horizontal, con inscripciones especiales para cada piso o local, va —por expresa voluntad de uno de los dueños— a convertirse en una manifestación de la multipropiedad, simultaneando el régimen de propiedad horizontal para todo el edificio, con el de multipropiedad de uno de los pisos. ¿Esta figura es viable o solamente cabe cuando todos los pisos se acogen a este sistema que brinda la figura de la multipropiedad?

Al Registrador le choca la figura —yo diría que le sorprende— pero al Notario no le ofrece la menor duda de que aquello es una cosa frecuente y sin problemas. La Dirección General sopesa argumentos y decide en el sentido que luego comentamos. Globalmente creo que existen dos o tres argumentos notariales ante los que hay que inclinar balanzas, pero también creo que el Registrador esgrime otros muy de tener en cuenta a la hora de definirse. Es decir, que yo creo que hubiera procedido lo mismo que la Dirección General en forma un tanto salomónica.

Tropezando con la dificultad de la largura de los argumentos que se exponen vamos a sintetizar o tratar de hacerlo y ver las razones del recurrente ante la negativa del Registrador a inscribir esa manifestación de la «multipropiedad».

A. *Posición del recurrente.*—El recurrente se ve ante una serie de afirmaciones que el Registrador vierte en la nota en la que le dice: a) Hay una alteración del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal. b) Falta de previa inscripción del régimen de multipropiedad. c) La multipropiedad resulta de otra escritura o documento, alguna de cuyas cláusulas se incorporan, lo cual supone nulidad de pleno derecho de alguna cláusula. d) Rechaza la cláusula tercera referente a la enajenación de la cuota indivisa y al ejercicio del retracto, y e) Al ser un contrato complejo del que se excluyen todas sus cláusulas no puede inscribirse.

El Notario recurrente en el primero de los puntos creo que da suficientes razones para no ser aceptada la postura del Registrador. Es claro que el dueño de un piso dividido en propiedad horizontal puede realizar respecto al mismo todos los actos de disposición o gravamen en los términos que establecen los artículos 2 LH y 7 RH. No existe, además, en los estatutos norma que someta al consentimiento unánime de los copropietarios del edificio la transmisión efectuada.

La calificación registral exige tener presente todo el conjunto de principios hipotecarios que juegan en el sistema y, entre ellos, el de la previa inscripción. Clarísimamente aquí el Registrador aplica el artículo 20 de la LH, y en el hecho de que las normas de la «multipropiedad» se regulan en otra escritura distinta de la que es objeto de inscripción, aunque en ella se recojan ciertas cláusulas. A mi entender es aquí donde reside el punto clave de la cuestión, pues al no existir una normativa en qué apoyarse no se sabe muy bien cuál es el *ámbito* de la multipropiedad y de si sobre un edificio o conjunto de edificios cabe simultanear diversos regímenes en orden a la regulación de la propiedad.

Se sostiene que el régimen de multipropiedad surge de la escritura presentada y no de otra anterior y, que por ello, en la misma se hace surgir una comunidad convencional, estable, funcional y atípica, pactándose una serie de normas creando un estatuto jurídico en el que surge una vinculación institucional entre la porción transmitida y el período de turno y no una simple vinculación instrumental, como ocurriría en el condominio ordinario con simple pacto de uso. Se excluyen el retracto, la acción de división, se establece el contrato de mantenimiento, así como el calendario de la ocupación. Para el

recurrente no existe contradicción entre las cláusulas que se establecen y, por supuesto, no alteran el título constitutivo de la propiedad horizontal.

Queda, por último, el defecto cuarto en el que se prohíbe la acción de división y el ejercicio del derecho de retracto. Se alega que al copropietario que no quiera mantener la indivisión tiene siempre abierta la puerta para la enajenación de su derecho, favorecido en este caso por lo que dispone el artículo 401.1 del Código Civil.

B. *Posición del recurrente*.—Para el recurrente sigue siendo importante la alteración que el negocio supone frente a la propiedad horizontal existente, pero no porque se discuta las posibles facultades dispositivas del titular del piso, sino porque en dichas facultades nunca estarían incluidas aquellas actividades que excedan de los límites de la normal tolerancia. Argumenta la necesidad de la previa inscripción del régimen de multipropiedad. Cita el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores para combatir la exclusión de los derechos de tanteo, retracto y ejercicio de la acción de división, añadiendo que lo que se trataba era de inscribir una participación indivisa en una comunidad ordinaria, a la que se añaden determinados pactos sobre el uso y disfrute, llegándose a la conclusión de que la eliminación del derecho al ejercicio de la acción de división sólo puede realizarse a base del artículo 4 de la LPH, que exige consentimiento de «todos los propietarios» y el artículo 401.1 del Código Civil. En la comunidad ordinaria no cabe excluir los derechos de tanteo y retracto. Su opción era la de inscribir la transmisión, eliminando pactos o aplicar la doctrina que se desprende de la Resolución de 24 de abril de 1992.

C. *Posición de la Dirección General*.—Entiendo que la posición de la Dirección General es la adecuada y está basada en argumentos difíciles de contradecir. Señalamos el itinerario de defectos y la solución que la Dirección General nos ofrece:

1.º No es posible admitir la postura registral, ya que el dueño de un apartamento o vivienda no puede quedar limitado porque enajene una participación indivisa para ocupar temporalmente el piso. No hay alteración en el «destino» de la vivienda ni, por ello, alteración de los estatutos de propiedad horizontal.

2.º Para que un piso goce del sistema de multipropiedad es preciso que previamente conste inscrito el régimen de la misma. El Registrador de la Propiedad en este punto es preciso y creo que si se hubiera limitado a este defecto hubiera ganado el recurso como lo ha hecho en esta ocasión. Las dos razones que esgrime la Dirección General tienen su manifestación en la exigencia de una determinación jurídica y una viabilidad económica y estas razones no resultan de la escritura presentada sino de otra que se desconoce registralmente. La doctrina que se expone resulta de muy alto interés para cuando entre en vigor la futura ley de «multipropiedad».

3.º Por último, la Dirección pormenoriza otra serie de alegaciones hechas por el Registrador y que podemos sintetizar:

a) La alteración del uso de la vivienda no supone una modificación estatutaria de la propiedad horizontal.

b) Mientras el Registrador considera que no se concretan las bases esenciales para la formación de un nuevo calendario de ocupación, mientras que la Dirección considera que está perfectamente delimitado en la misma escritura.

c) La acción de desahucio al corresponder de la comunidad, no cabe que pueda ser atribuida a la Sociedad vendedora, pues carece de justificación adecuada y perturba el régimen de las relaciones comunitarias.

d) Admite la Dirección General (invocando la autonomía de la voluntad y la Ley 473 de Navarra), que es válida la estipulación en cuya virtud se puede retener la posesión hasta que se abone el importe de las cantidades pendientes por el titular de la participación. El pacto es inscribible.

e) No cabe admitir la inscripción del pacto por el cual la Sociedad encargada de los servicios pueda adaptar los pactos de la comunidad a las disposiciones futuras que se desconocen.

f) Siendo connaturales con la multipropiedad la exclusión de los derechos de retracto e indivisión, ya que cada unidad inmobiliaria constituye con su anejo inseparable, el derecho de participación en los elementos comunes, es evidente que ese derecho no puede tener vida autónoma, sino el mismo destino jurídico que el dominio o derecho real con el que inseparablemente se integra. Si no hay retracto de comuneros ni —mientras dure la multipropiedad— acción de división, es porque propiamente no hay comunidad en el mismo dominio o derecho (del que el derecho de participación es sólo un ingrediente inescindible) pues cada uno recae sobre una unidad distinta inmobiliaria. Aparte de que el derecho de retracto cabe eliminarlo en base del artículo 392 y 1.255 del Código Civil y Resoluciones de 18 y 27 de mayo de 1983.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ES INSCRIBIBLE UNA ADJUDICACION EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO EN BASE DE UN EMBARGO PREVIO, AUNQUE EN EL REGISTRO CONSTE INSCRITA POSTERIORMENTE AL EMBARGO LA FINCA A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR QUE LA ADQUIRIO EN BASE DE UN DOCUMENTO ANTERIOR A LA FECHA DE EMBARGO, SIENDO PRECISO PARA ELLO QUE EL JUEZ COMPETENTE DICTE MANDAMIENTO DE CANCELACION DE LA INSCRIPCION POSTERIOR DE DOMINIO. TODO EN BASE DEL ARTICULO 175 2 DEL RH. (RESOLUCIÓN DE 23 DE MARZO DE 1993, BOE DE 20 DE ABRIL DE 1993.)

En el recurso gubernativo interpuesto por doña Araceli Celsa Herrera Brito, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Granadilla de Abona a inscribir un auto judicial de adjudicación de bienes.

Hechos.—I. En el Juzgado de lo Social número 3 de Santa Cruz de Tenerife se siguieron autos sobre reclamación de cantidad número 321/1990, a instancia de don Plácido M. Iglesias Sanjurjo contra «Ladera Blanca de Tenerife, Sociedad Anónima», y en los que por auto de fecha 27 de noviembre de 1991 se acordó la adjudicación a favor de la recurrente, de la finca registral sobre la que previamente se había tomado la anotación preventiva de embargo letra A, derivada de dicho procedimiento. Concurriendo en el caso las siguientes circunstancias: 1.º Con fecha 25 de octubre de 1990 fue expedida por el Registrador de la Propiedad certificación acreditativa de que la finca figuraba inscrita a nombre de la demandada en dichos autos «Ladera Blanca de Tenerife, Sociedad Anónima», y que en dicha fecha no había pendiente en el Diario ningún documento con relación a dicha finca. 2.º Con fecha 1 de febrero de

1991 fue expedida por el Registrador de la Propiedad certificación en contestación al mandamiento librado por el Juzgado de lo Social número 3 de Santa Cruz para la anotación de embargo, indicándose que la finca estaba afecta a la servidumbre que resultaba de la descripción de la finca y a la anotación preventiva de embargo letra A, derivada de dicho procedimiento, sin que existiesen títulos en el Diario pendientes de despacho.

II. Con fecha 21 de diciembre de 1991 fue presentado en el Registro de la Propiedad de Granadilla de Abona, testimonio del auto de adjudicación, que fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por figurar inscrita la finca a favor de don Walter Rack —persona distinta de la demandada—, en virtud de escritura cuya fecha de otorgamiento (1 de diciembre de 1989) es anterior a la anotación de embargo motivada por mandamiento derivado del procedimiento 75/90, cuyo auto de ejecución motivó el documento que precede.—Granadilla de Abona, a 24 de febrero de 1992.—El Registrador, firmado, José Menéndez Hernández».

III. La adjudicataria del bien, doña Araceli Celsa Herrera Brito, interpuso recurso gubernativo contra dicha calificación y alegó: 1.º Que por el principio de rogación, los asientos registrales han de practicarse a instancia de parte y sólo excepcionalmente de oficio. Y tratándose de anotaciones preventivas hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán éstas, sino por providencia ejecutoria de conformidad con el artículo 83 de la Ley Hipotecaria. 2.º Que no concurre en el caso ninguna de las causas que conforme a los artículos 206 a 210 del Reglamento Hipotecario determinarían la procedencia de la cancelación de la anotación que, además, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria está bajo la salvaguardia de los Tribunales que son los únicos que pueden decretar su cancelación, y no la actuación de oficio del Registrador que haciendo innecesaria la interposición de la tercería de dominio, resolvería la cuestión de forma unilateral con quebranto del principio de contradicción propio de todos, procedimiento contencioso judicial. 3.º Que con la calificación recurrida se vulnera el principio de prioridad que exige se dé preferencia al que antes llega al Registro frente al que por negligencia deje de inscribir. 4.º Que la adjudicataria del bien tiene la condición de tercero de buena fe, ya que ha actuado en todo caso a la vista de las certificaciones registrales y de la presunción de exactitud del Registro, no pudiéndole perjudicar según el tenor del artículo 32 de la Ley Hipotecaria los títulos de dominio de bienes inmuebles no debidamente inscritos. 5.º Que presentada en primer lugar la escritura del señor Rack, caducado el asiento de presentación, practicada la anotación de embargo de la que trae causa el auto de adjudicación, y presentada con posterioridad nuevamente la escritura del señor Rack, siendo en esta segunda ocasión objeto de inscripción, no puede dársele a ésta una eficacia retroactiva a la fecha de la primera presentación con cancelación de oficio de la citada anotación.

IV El Registrador informó: 1.º Que el auto de adjudicación de la finca embargada no puede prevalecer sobre la inscripción de dominio practicada después de haberse anotado el embargo, pero apoyada en un título de fecha anterior a la anotación. 2.º Que las certificaciones expedidas reflejan correctamente el contenido de los Libros en las fechas en las que fueron expedidas. 3.º Que el Registrador no ha cancelado las anotaciones preventivas de embargo que gravan la finca, todas las cuales constan vigentes en la actualidad. 4.º La caducidad del asiento de presentación de un título no impide que el interesado pueda volverlo a presentar con posterioridad todas las veces que lo

considere conveniente. 5.º Los principios básicos del sistema no tienen plena aplicación cuando se plantea una controversia entre una titularidad dominical que accede tardíamente al Registro y se enfrenta a un embargo anotado previamente. 6.º La anotación preventiva de embargo atribuye al crédito correspondiente únicamente prelación en cuanto a créditos contraídos con posterioridad, pero no frente a los actos dispositivos anteriores, aunque registrados tardíamente. 7.º La anotación preventiva de embargo no surte los efectos propios de la hipoteca. El adquirente de la finca con anterioridad a la anotación, aunque inscrito después, no tiene la consideración de tercer poseedor y, por tanto, no puede afectarle aquélla una vez inscrito su título. 8.º Que es el adquirente con título adquisitivo anterior a la anotación el que, de conformidad con el artículo 38.3 de la Ley Hipotecaria, puede mediante la inscripción de su título lograr el sobreseimiento del procedimiento de ejecución. 9.º Que en supuestos como los del recurso se produce un fallo del sistema, puesto que ni puede dejarse sin efecto la anotación ni tampoco puede inscribirse la enajenación provocada por la ejecución con pérdida para el adjudicatario no sólo de la propiedad de la finca sino del precio pagado por ella bajo la garantía del Juez, si éste, dentro del procedimiento hubiera entregado su importe al acreedor ejecutante y el sobrante al deudor ejecutado o a quien tiene derecho a él, y uno y otros, resultasen insolventes e hiciesen infructuoso todo intento de repetición.

V. El Magistrado-Juez de lo Social número 3 de Santa Cruz de Tenerife, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario informó: 1.º Que las anotaciones preventivas pueden ser de dos clases: a) De mera publicidad cuando se limitan a publicar una situación jurídica no inscribible; b) Constitutivas, cuando a ese efecto añaden el de constituir una garantía real especial análoga a la hipoteca, siendo de este tipo la anotación preventiva de embargo que puede considerarse como una «hipoteca judicial». 2.º Que, no obstante, lo anterior a la hipoteca ordinaria se le aplican plenamente los principios hipotecarios y, por ello, no perjudicar al acreedor, garantizando con ella los títulos no inscritos, cualquiera que sea la fecha de sus títulos. Mientras que con respecto a la anotación preventiva de embargo, se produce una ruptura de los principios hipotecarios como consecuencia de lo establecido en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, 4.º, del Código Civil, pues la misma sólo prevalece sobre los actos de disposición otorgados sobre el bien anotado con posterioridad a la fecha de anotación, pero no sobre los actos dispositivos otorgados con anterioridad, aunque se inscriba con posterioridad a la anotación, debiéndose rechazar la tesis minoritaria que defiende la prevalencia de modo absoluto de la anotación sobre cualquier acto dispositivo anterior o posterior que no constase en el Registro. 3.º Que no se había dado cumplimiento por el Registrador a lo dispuesto en el artículo 252.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, previa petición para mejor proveer de una certificación de la finca al Registrador, dictó Auto con fecha 5 de octubre de 1992, en el que comprobaba la vigencia de la inscripción de dominio a favor de don Walter Rack y considerando que ésta únicamente puede ser atacada en el juicio declarativo que corresponde, a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, resolvió desestimar el recurso, sin pronunciarse sobre el incumplimiento por el Registrador del artículo 252.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, por no ser éste el procedimiento adecuado para ello.

VII. Doña Araceli Celsa Herrera Brito apeló ante esta Dirección General contra el Auto de 5 de octubre de 1992, reproduciendo los argumentos sustentados en su escrito de iniciación del recurso.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 118 del Código Civil; 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 1.516, 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 17, 18, 34, 38.1, 71, 131-8.º y 17 y 132-2.º de la Ley Hipotecaria; 175-2.º, 233 y 434 del Reglamento Hipotecario.

1. En el presente recurso se debate sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de un auto de adjudicación de un inmueble dictado en los trámites de ejecución de sentencia, inscripción que es denegada por el Registrador por aparecer la finca inscrita a favor de persona distinta del demandado, en virtud de título otorgado con anterioridad a la anotación del embargo decretada en aquellos autos, pero que es inscrito con posterioridad a dicha anotación.

2. No sólo los argumentos legales, tanto de orden procesal como estrictamente registrales, contradicen el criterio del Registrador, también la valoración de las consecuencias prácticas a que tal criterio evoca, se presenta inconciliable con su mantenimiento.

En efecto, y por lo que a esta segunda consideración se refiere, ha de repararse que al no existir —y ello es indudable al tiempo de producirse los hechos enjuiciados— ningún mecanismo que asegurase la constancia en el proceso de ejecución de esa inscripción posterior a la anotación del embargo basada en un título traslativo anterior al embargo mismo, se corría el riesgo de la continuación innecesaria de un proceso cuyo resultado no iba a lograr reconocimiento jurídico alguno (el titular registral se presume dueño a todos los efectos legales —vid. artículo 38.1—, de la Ley Hipotecaria, con el consiguiente descrédito para las ejecuciones judiciales y el injustificado trato que se otorgaría a los eventuales postores (quienes ni siquiera consultando el Registro al tiempo de la subasta podrán adquirir certeza de la titularidad del ejecutado sobre el bien a ejecutar, pues esa inscripción intermedia podía sobrevenir en el interin entre la subasta y la presentación en el Registro del auto de adjudicación) que no sólo perderían el bien adquirido sino que encontrarían importantes dificultades para recuperar el precio abonado; y todo ello en beneficio de quien —quizá conscientemente— no sólo retrasó la inscripción de su derecho respecto de la constatación registral del embargo, sino que, además, adopta una postura pasiva, absteniéndose de hacer valer ese derecho en el proceso entablado, a pesar de que el Registro ya advertía en el momento de su inscripción, de la existencia de dicho proceso. Ha de reconocerse la poca coherencia de una solución que impone la publicidad registral del embargo a fin de dar seguridad al tráfico jurídico, pero que al mismo tiempo concibe la inscripción como un instrumento de inutilización de un embargo anteriormente anotado, y al margen del proceso mismo en que se decreta; la más estricta lógica jurídica impone que desde que el embargo accede al Registro de la Propiedad, éste se convierte en garante de su íntegra eficacia mientras no sea alzado por el Juez que lo decretara; aún cuando el título anterior al embargo sea de mejor condición que éste, no puede pretenderse que la sola inscripción registral proporcione una tutela definitiva frente al embargo, pues ni siquiera se anticipó a dicho embargo en la constatación tabular.

3. También desde la perspectiva jurídico-procesal resulta inadmisibles el criterio del Registrador. La regulación legal de la tercería de dominio (vid.

arts. 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), presupone que en caso de embargo de un bien ajeno al deudor (hipótesis inevitable, dada la no necesidad de previa justificación de la titularidad del dueño sobre el bien a embargar) el verdadero dueño que quiera obtener su liberación debe acudir al proceso de ejecución reclamándolo en tercera de dominio y obtener sentencia declarativa favorable, quedando entre tanto suspendido el apremio, y, además deberá hacerlo antes de ser consumada la venta de los bienes o de su adjudicación en pago y entrega al rematante (en otro caso, los bienes se pondrán a disposición del rematante y si lo solicita, se le pondrá en posesión de los mismos y se le dará a conocer como dueño a las personas que designen —art. 1.516—, sin perjuicio, claro está, del derecho del verdadero dueño para hacerlo valer cómo y contra quien corresponda —art. 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—). De esta regulación se desprende, inequívocamente, que los presupuestos o apariencias de titularidad que posibilitaron el embargo (sea la posesión del bien por el embargado, sea la apariencia de titularidad que el Registro proclamara a su favor) han de ser mantenidos en beneficio del rematante, en tanto no sean desvirtuados en el propio proceso en que se decretó el embargo (del mismo modo que esa apariencia registral de titularidad posibilitó el embargo y su anotación, igualmente ha de posibilitar la inscripción del remate si no fue oportunamente impugnada en el propio proceso); y aunque es cierto que tales apariencias de titularidad no pueden reputarse inatacables en favor del rematante, por el sólo hecho de haber adquirido su derecho mediante una enajenación judicial (nadie puede adquirir derechos de quien no los ostenta, y no siendo dueño el deudor ejecutado, tampoco podrá serlo el rematante, a salvo siempre de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria), también lo es que, al menos, ha de gozar aquél de la cómoda posición defensiva, en el sentido de que corresponderá a quien contradiga tales apariencias, la carga de la iniciativa procesal (y de ahí el inciso final del art. 1.533, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pues bien, frente a este esquema legal —en el que tan armoniosamente se concilian los intereses de todas las partes interesadas: Deudor, rematante, verdadero dueño— es obvio que no puede admitirse el que la sola inscripción, después de la anotación del embargo, de un título anterior a la traba, obstaculice ya la inscripción que en su día solicite el rematante, invirtiendo, en su contra, la carga de la iniciativa procesal; no sólo quedaría inutilizada la vía de la tercera de dominio en el caso de ejecución de bienes inmuebles inscritos, sino que además —y ello es menos justificable— tal resultado se produciría por efecto de una decisión —la calificación del Registrador— que es dictada en un procedimiento no contradictorio en el que ni el acreedor embargante ni el deudor tienen posibilidad de alegación y prueba en favor de su derecho, y que se basa en un número muy limitado de medios de calificación (ha de estarse exclusivamente a lo que resulte del título y del Registro —vid. art. 18 de la Ley Hipotecaria—); se produciría, pues, una flagrante vulneración del principio constitucional de la tutela judicial de los derechos (art. 24 de la Constitución Española) y del deber de colaboración con la Administración de Justicia que incumbe a toda autoridad o funcionario (art. 118 del Código Civil y 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

4. Por otra parte, y ya desde la perspectiva estrictamente registral, se confirma la inadmisibilidad del criterio del Registrador. La consideración de que el proceso de ejecución y su resultado —el remate— han de verse inutilizados por el solo juego registral, en beneficio de una adquisición que aun siendo anterior al embargo e incompatible con él, accede al Registro después,

resulta absolutamente incompatible con uno de los postulados básicos que rigen esta institución cual es el de la prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria) En efecto, por virtud de este postulado, el título que primero accede al Registro, determina, por esta sola razón, el cierre registral respecto de cualquier otro que aun siendo anterior, resulte incompatible con él; es indiferente que el título que primero accedió al Registro sea de peor condición que el incompatible, y que, en definitiva, haya de ceder ante él, pues mientras la inscripción de aquél subsista, este otro verá cerrado su reflejo registral y, puesto que aquella inscripción queda bajo la salvaguardia de los Tribunales, artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria), es obvio que será al titular incompatible a quien corresponderá la carga de impugnar judicialmente aquélla. Siendo esto así, y siendo evidente la incompatibilidad entre el embargo anotado y la enajenación anterior que aún no se ha inscrito, obligado es concluir, bien que esta enajenación anterior no podrá ser ya inscrita después de la anotación del embargo, bien que ha de admitirse —como solución más práctica— tal inscripción (por analogía con la inscripción de una enajenación posterior del bien trabado —art. 71 de la Ley Hipotecaria—), pero con absoluta supeditación a aquel embargo, de modo que al acceder al Registro el remate, su inscripción provocará la cancelación de aquélla, como ocurre respecto de las inscripciones de enajenación posterior al embargo mismo. Se concilian así los planteamientos procesales e hipotecarios, pues ambos conducen a la conclusión de que es ese adquirente anterior al embargo, que accede al Registro después, el que debe impugnar judicialmente la apariencia registral de titularidad del embargo si quiere obtener el definitivo reconocimiento registral de su derecho, impugnación que durante la tramitación de la ejecución tiene su vía adecuada en la tercería de dominio

5. Contra lo anterior no cabe invocar que el embargo no goza de la protección por la fe pública registral. Como se ha señalado, el principio de prioridad es independiente en su esencia y alcance respecto del principio de fe pública; el título que se anticipa en el acceso registral produce por esta sola razón el cierre registral a cualquier otro incompatible, y ello aun cuando aquél no reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (una donación, por ejemplo, en conflicto con una venta anterior del mismo bien efectuado por el donante); lo único que ocurre es que ese efecto de cierre registral, basado en la sola prioridad, es provisional, mientras que si el título anticipado en la inscripción reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tal cierre resultará definitivo; pero esta diferencia no debe llevar a desconocer la significación y autonomía de aquel cierre provisional inherente a la sola prioridad registral.

6. Las consideraciones anteriores vienen avaladas por el nuevo artículo 175,2.º del Reglamento Hipotecario, tras su reforma de 1992, que específicamente impone la cancelación de toda inscripción posterior a la anotación del embargo aunque se refiera a enajenaciones anteriores, siempre que no estén basadas en derechos reflejados tabularmente con anterioridad a la propia anotación y no afectados por ésta.

7. Por último, y aunque en el caso debatido no resulte aplicable, debe tenerse en cuenta que tras la reforma del Reglamento Hipotecario se adoptan las precauciones oportunas para que la existencia de una anotación de embargo al tiempo de presentar a inscripción el título adquisitivo anterior al embargo mismo, no pase desapercibido al adquirente y pueda hacer valer su título en el correspondiente proceso (vid. art. 434 del Reglamento Hipotecario).

8. Así pues, no procede ahora denegar la inscripción pretendida so pretexto de esa inscripción posterior a la anotación y provocada por un título anterior al embargo mismo. Ahora bien, para acceder a la extensión de aquélla sí que será preciso, por exigencia del tracto sucesivo, la previa cancelación de ésta, mediante la presentación del oportuno mandamiento cancelatorio expedido por el Juez que conoció de la ejecución, en el que se exprese el cumplimiento de los requisitos prevenidos en el artículo 175,2.º, en su redacción anterior a la reforma antes referida, y artículo 233 del Reglamento Hipotecario (vid. arts. 131,8.º y 17 y 132,2.º de la Ley Hipotecaria).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y la nota del Registrador en los términos de los anteriores considerandos.

COMENTARIOS CRÍTICOS

La esencia de esta Resolución reside en tratar de conciliar una legislación vigente con un problema latente que roza con el ordenamiento procesal. El problema es la vieja historia de los efectos que han de atribuírsele a la anotación preventiva de embargo y sus preferencias en cuanto a los asientos posteriores y anteriores a la misma. Es decir, estamos en el gran tema que plantea el artículo 44 de la vigente legislación hipotecaria y su remisión al artículo 1.923 del Código Civil, bordeando, con ello, la formulación del principio de prioridad registral a la que en su momento se refería con singular precisión y altura TIRSO CARRETERO, retándome a que perfilase la distinción —si es que la había— entre una prioridad substantiva y una prioridad formal.

Se embarga una finca, se expide el mandamiento de embargo que se anota en el Registro de la Propiedad y posteriormente a ese asiento se presenta una escritura de venta de la finca anterior al embargo, pero posterior registralmente. El Registrador inscribe la venta a continuación del embargo —me imagino que arrastrará la carga (cosa que luego aclararé, pues mi opinión es que no debe hacerse constar esa carga, pues ya se ha decidido registralmente, en base de la Ley, la preferencia)— y cuando se presenta el auto de adjudicación de la finca a favor de un tercero, el Registrador deniega dicha inscripción por figurar la finca inscrita a nombre de otra persona distinta del embargado.

El caso es de libro y del que yo partí en mi trabajo sobre el «Principio de prioridad. Prioridad substantiva y formal» que debí presentar como comunicación a algún Congreso Internacional. Fue de las primeras aportaciones al tema, que luego dio muchas opiniones, trabajos y posturas doctrinales. Por supuesto, la mayoría de ellas contrarias a mi criterio. Comprendo que la realidad procesal exigía un apoyo que la legislación hipotecaria no le presta, pero la solución no está ni en considerar la fecha en que el Juez dicta el embargo como preferente —pues ello se desconecta con el sistema registral de la prioridad— ni asignar a rajatabla la prioridad formal de la presentación, pues con ello se viola una norma legal que no se puede desconocer. Lo que se solucione a través del recurso gubernativo puede salvar «roces» procesales, pero desprestigia el criterio superior de la Dirección General ante un artículo 44 de la LH que es preciso «derogar» expresamente para que dicha doctrina se mantenga en pie.

Anticipo que me produce una sensación de falta de base jurídica el citar como uno de los argumentos que apoyan la tesis de la Dirección el artículo 175,2 del RH reformado, pues al ser de «rango» inferior y haber traspasado

los límites que la reforma procesal le permitía, no tiene «fuerza» para derogar ni interpretar lo que dispone la LH. Ya sé que lo otro sería lo deseable, y no sé si lo justo, pero mantengamos la raíz jurídica y no descendamos al poco recomendable sistema administrativo de derogar leyes por corrección de erratas.

Desde que un eurodiputado, Edward Mcmillan-Scott, de la política británica, denunció que en España existía una gran defraudación (se refería a los campos de contratación inmobiliaria y no a los de la política) hubo cuatro o cinco reacciones para salvar esa afirmación: una fue la de la valoración del principio de retroactividad de la quiebra; otra la de la ingenuidad de un compañero que pretendía en el caso de «presunción» de delito trasladar la responsabilidad al Juez; otra la del fenómeno de la doble venta en la que se pensó en aquella inexpugnable solución que dio PELAYO HORE y que aceptó el sistema argentino; por último, ésta de la enajenación anterior al embargo con presentación posterior al mismo en base de la inscripción voluntaria. Pero lo que no se arbitró ninguna medida para el auténtico fraude inmobiliario de venta de parcelas o pisos en documento privado con desaparición repentina del «aparente» dueño social o individual de la finca que se parcela y «proyecta» edificar.

No vamos a llegar al fondo de todos estos fenómenos, que tienen una clara solución si se adoptan las medidas adecuadas, pero sí es cierto que la Dirección puso proa firme en la quiebra, se desprendió del concepto del delito, no aceptó el «cierre registral argentino» que tampoco soluciona el fraude que cometen vendedor y comprador frente al titular del embargo, pero sí se apresuró a dar solución al problema que planteaba y sigue planteando el artículo 44 de la LH. Los otros problemas siguen ofreciendo situaciones difíciles, así como ciertas figuras que van aflorando al campo de la contratación pública que generan dudas sobre la claridad legal de la situación que se crea a su través.

El caso de la Resolución está en uno de los puntos señalados y exige en su examen ver las «posturas» que mantiene el Registrador en su informe el Magistrado y el Presidente de la Audiencia (hoy Presidente del Tribunal Superior de Justicia) y la propia Dirección General en sus diversos argumentos (antiguos considerandos). Vamos con ello:

A. *Posición del Registrador.*—No suelo fijarme en los nombres de los compañeros que firman la nota de denegación o suspensión, ni de los Notarios, ni de los Jueces, pero en este caso he tropezado con el nombre de José MENÉNDEZ HERNÁNDEZ que firma la nota denegatoria de la inscripción. Recientemente este autor ha publicado un artículo sobre este punto en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* bajo el título «¿NULIDAD PARCIAL DE LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO?» (*BCR Propiedad*, febrero de 1993, núm. 297, pág. 324). A mi vez he enviado al mismo *Boletín* una nota sobre «casos prácticos» en los que abordo el tema. Lo que diga ahora supondrá una «coincidencia» con lo que ya he escrito.

La posición del Registrador de la Propiedad es clarísima: deniega la inscripción de la adjudicación de la finca en el proceso de apremio por figurar inscrita la finca a nombre de persona distinta del deudor y ejecutado, entendiéndose que el auto de adjudicación de la finca embargada no puede prevalecer sobre la inscripción de dominio realizada después de practicado el embargo, pero en base de un documento de fecha anterior. La anotación preventiva de embargo atribuye al crédito correspondiente únicamente prelación en cuanto a créditos contraídos posteriormente, pero no frente a los actos dispositivos anteriores,

aunque registrados tardíamente. La anotación preventiva de embargo no surte los mismos efectos que la hipoteca y el adquirente con anterioridad al embargo, no tiene la consideración de «tercer poseedor» y no puede afectarle aquélla después de inscrito su título. Este adquirente en base del artículo 38,3 de la LH puede mediante la inscripción de su título lograr el sobreseimiento del procedimiento de ejecución. Todo ello supone un fallo del sistema

B. *Posición del recurrente.*—El recurrente —que es la adjudicataria en la subasta de la finca que registralmente pertenece a otra persona— considera que la anotación preventiva dictada judicialmente debe ser considerada como vigente, al amparo del artículo 83 de la LH. Que el asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales y que no existen causas de extinción de la misma. Que se infringe el principio de prioridad. Que la adjudicataria del bien tiene la consideración de «tercero» y que no le pueden perjudicar los títulos «no inscritos» según el artículo 32 de la LH. Que a la inscripción de la finca hecha posteriormente a la anotación no puede dársele efectos «retroactivos» a la fecha en que en su día se presentó, pero no se inscribió.

C. *Posición del Magistrado Juez de lo Social y del Presidente.*—La verdad es que la aportación del informe del Magistrado sigue un poco la línea del Registrador al reconocer un régimen especial del artículo 44 LH y 1.923 del Código Civil, aunque, al considerar que en las anotaciones de demanda no solamente existe una «mera publicidad» sino que constituyen una garantía semejante a la hipoteca, debía de prevalecer la anotación sobre la venta. Señala que se incumple el artículo 352,2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por su parte el Presidente consideró que la inscripción posterior a la anotación está vigente y solamente puede atacarse en juicio declarativo que corresponda conforme a lo que dispone el artículo 38 de la LH.

D. *Doctrina de la Dirección* —Creo que la Dirección General da una lección magistral de lo que «debe suceder» en el orden jurídico-procesal y así es admisible que se utilice el argumento del «desprestigio» que supondría para la institución registral e incluso el «descrédito» de la ejecución procesal, la solución que se desprende de la nota registral. E incluso ello llevaría a un injustificado trato de los eventuales postores que no solamente perderían el bien adjudicado, sino que encontrarían dificultades extraordinarias para recuperar el precio satisfecho, todo en beneficio de un adquirente que se manifiesta pasivamente, no interviene en el procedimiento, aun sabiendo de la existencia de la anotación y del procedimiento. Todo ello lleva a calificar esta situación como atentatoria del principio de seguridad jurídica y la lógica jurídica aconseja que desde el momento en que la anotación preventiva accede al Registro gane preferencia.

Estos y muchos otros argumentos que la Dirección emplea a través del procedimiento de tercera de dominio, son los que han debido utilizarse para convencer al legislador de que hay que modificar el artículo 44 de la LH y el 1.923 del Código Civil. Mientras esos dos preceptos existan no puede decirse al Registrador que obre de otro modo, pues si la prioridad es un principio, la legalidad es otro y la legalidad, aun siendo injusta y aun sabiendo lo que puede encubrir el acto, debe ser mantenida a todo trance, pues tan ley es ese artículo de la LH como los demás que la componen y estructuran.

Y mientras esto no se haga no valen el resto de los argumentos que la Dirección General utiliza para basar su decisión, pues el artículo 175,2 del RH

reformado es norma de carácter inferior a la ley y no se apoya para nada en el artículo 1.518 de la LEC, reformado en la urgencia de las medidas procesales. Y la tremenda consecuencia es que aun con mandamiento judicial ordenando la cancelación de la inscripción posterior al embargo, tampoco sería admisible y podría rechazarse por el Registrador dando de nuevo pie a otro recurso, donde la Dirección carecería de argumento.

Veamos. El artículo 1.518 de la LEC reformado por la Ley 10/1992, de 30 de abril, es la base en que se apoya el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, que reforma «extralegalmente» el artículo 175,2 del RH. En el artículo 1.518 LEC para nada se habla de «inscripciones posteriores de dominio», sino de «posteriores a que estuviere *afecta* la finca», lo cual supone clarísimamente que se está refiriendo a cargas o gravámenes que afecten a la finca, pero nunca a las inscripciones de dominio posteriores. La LEC —aun aceptando esa injusta situación que provoca el art. 44 de la LH— respeta el mismo. Y no se me diga que se está refiriendo «implícitamente» al tema.

Si al embargo le diésemos el carácter de acto dispositivo, presuponiendo que «siempre» al final hay una enajenación, estaríamos en el caso de la doble venta y el asiento de anotación de embargo supondría un cierre registral —por lo menos provisorio— frente a la escritura de venta posterior pero de fecha anterior. Pero el embargo no «cierra» el Registro a cargas compatibles como es la compra del bien embargado, lo mismo que la hipoteca no cierra el Registro, etc. En este punto creo que se excede la Dirección.

Tampoco creo que pueda afirmarse que sea el titular de ese derecho de propiedad posterior al embargo el que deba impugnar judicialmente la apariencia registral... Un momento. Aquí ya entran en juego todos los principios hipotecarios y singularmente la legitimación, la fe pública y la salvaguardia de los Tribunales. El titular del embargo pierde la cosa y difícilmente puede recuperar el dinero. ¿Y el titular registral? ¿Por qué hemos de considerar que deudor y comprador se ponen de acuerdo para burlar al acreedor? ¿Por qué no pensamos en que el comprador y el vendedor obraron de buena fe y que incluso el comprador presentó la escritura y dejó caducar el asiento sin saberse muy bien las razones?

La Dirección General no entra en el problema del artículo 252,2 de la Ley de Procedimiento Laboral, ni en la posible aplicación del artículo 434 del RH, también reformado por el Real Decreto antes citado y al que habrá que buscarle una airosa salida.

Aparte de todo esto creo que la Dirección General pudo tomar otros cauces menos violentos en relación con la legislación vigente y aplicar por «analogía» el criterio que mantiene el artículo 198 del RH, obligando a una «citación» de los interesados en la inscripción que se pretende cancelar, al igual que parece desprenderse del supuesto del artículo 145 del mismo Reglamento y el criterio de la retroacción de la quiebra. Entiendo que habría que pensárselo mucho antes de cancelar esa inscripción de dominio posterior a la anotación, pues me suena que podría invocarse el criterio de «indefensión» del artículo 24 de la Constitución. Pero es de meditar la «razón» por la que el artículo 1.518 de la LEC solamente hable de «gravámenes» posteriores que afecten a la finca y no de «inscripciones» de dominio basadas en títulos anteriores. En un trabajo que publicará el *Boletín del Colegio* toco el problema en el campo del «apremio fiscal», que también ofrece argumentos a mi favor.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PROPIEDAD HORIZONTAL DELIMITACION Y ASIGNACION DE PLAZAS DE GARAJE. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1993.)

La delimitación de las plazas de garaje en un plano aceptado y firmado por todos los copropietarios impide que uno de estos altere la plaza que le corresponde según dicho plano, delimitándola de modo diferente con pintura en el suelo del local.

SERVIDUMBRE DE PASO (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1993)

Debe demandarse a los varios propietarios de las fincas colindantes con la finca que pretenda ser predio dominante, sin salida a camino público, no siendo suficiente dirigirse contra uno solo de ellos.

Si la salida es a zona marítimo-terrestre, no puede entenderse que existe salida a camino público, ya que se trata de zona de playa sobre la que no puede tenerse un uso continuado.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS.

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 contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santander, que habían estimado era elemento común la terraza del segundo piso del inmueble. El distinto criterio obedece a que los tribunales de instancia basan su decisión en la escritura de obra nueva, conforme a la cual estiman ser tal elemento común por ser prolongación de la cubierta del piso bajo y del edificio que carga sobre las primeras crujeas y pilastras, fundamento descartado por el

más Alto Tribunal «pues de seguirse ese razonamiento no podría reconocerse en el ordenamiento jurídico la existencia del derecho de vuelo, que es el derecho a edificar sobre lo ya edificado», derecho de vuelo que se atribuyó en sucesivas escrituras de compraventa —la primera otorgada por el constructor y otra posterior, por el primer adquirente— a los compradores de dicho piso segundo, en la primera de las cuales se constituyó el derecho de vuelo a edificar sobre la antedicha terraza. Sin que pueda estimarse la terraza como elemento común «por falta de atribución de propiedad privada o exclusiva en la escritura de declaración de obra nueva». Teniendo en cuenta además que en este caso no existe título constitutivo de propiedad horizontal de forma específica, porque el propietario del edificio se limitó a otorgar simplemente escritura de declaración de obra nueva y a ir vendiendo cada piso y local a diferentes personas, segregando registradamente de dicho edificio los mismos para constituir fincas independientes.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1993.)

Al tratarse de una servidumbre continua y aparente produce efectos contra terceros, aunque no conste inscrita en el Registro de la Propiedad.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1993.)

La constitución voluntaria de la servidumbre por negocio jurídico o título requiere, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin, por más que no sea necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado. Sin olvidar que ha de constar bien clara la voluntad de los otorgantes, ya que en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fondo.

Reitera doctrina de las Sentencias de 2 de junio de 1969, 22 de junio de 1981 y 8 de octubre de 1988.

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBLIGACION DE OTORGAR LA ESCRITURA DE CONSTITUCION. GASTOS DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1993.)

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y apelantes a quienes se había condenado a otorgar la escritura de parcelación horizontal, conforme a lo pedido por los demandantes compradores de los pisos y locales, y además a pagar los gastos de la misma, extremo este último que no había sido pedido en la demanda.

RETRACTO DE COMUNEROS. CADUCIDAD DE LA ACCION. ARTICULO 1.524,1.º DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1993.)

La acción de retracto sólo puede ser ejercitada formalmente dentro de un breve plazo de caducidad

ACCION REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1993.)

Estando amparada la detentación de la finca en un título no puede prosperar la acción reivindicatoria mientras no se solicite la nulidad del mismo.

ACCION DECLARATIVA DE PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El acta de deslinde de términos municipales no constituye título justificativo de dominio, ya que el deslinde administrativo no figura entre los títulos de adquisición de propiedad que establece el artículo 609 del Código Civil.

SERVIDUMBRES DE AGUAS PLUVIALES Y DE VISTAS. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Aplica los artículos 586 y 582 del Código Civil.

COPROPIEDAD. DIVISION DE COSA COMUN. ARTICULOS 400 Y 404 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIAS DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1992 Y 23 DE DICIEMBRE DE 1992.)

La determinación de la indivisibilidad o inservibilidad o desmerecimiento de la cosa a dividir es *quaestio facti* y de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora.

Reiteran la doctrina de las Sentencias de 28 de noviembre de 1957, 27 de febrero de 1970, 25 de noviembre de 1982 y 6 de junio de 1983.

COPROPIEDAD. DIVISION DE COSA COMUN (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Es de estimar la inutilidad para su destino, con aplicación de los artículos 401 y 404 del Código Civil, si de los dictámenes obrantes en autos se deduce que a causa de la división disminuiría el precio del metro cuadrado del local único, al igual que su perspectiva de utilidad y posibilidad de arrendamiento, con rentas inferiores igualmente a la correspondiente a la totalidad del local.

COPROPIEDAD. DIVISION DE COSA COMUN. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1993.)

Constando probado por prueba pericial que el detrimento económico que se produciría en el inmueble por su división sería de hasta el 50 por 100 de su valor en venta, ello comporta una suerte de indivisibilidad jurídica.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

EL TITULAR DEL EMBARGO NO TIENE LA CONDICION DE TERCERO DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—En modo alguno tiene el titular del embargo la condición de tercero a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no ha adquirido en las condiciones por él definidas ningún derecho real sobre la cosa y en consecuencia, si la cosa se demuestra que no pertenece al titular registral es posible que su propietario obtenga resolución judicial que le tenga por tal, aun con base en documento privado, pues todo documento privado es apto para, en unión de las demás pruebas, desvirtuar la presunción de legitimación registral de que goza el titular inscrito.

EL EMISARIO RECEPTOR DE UN BOLETO DE «LOTERIA PRIMITIVA», RESPONDE DIRECTAMENTE ANTE EL DEPOSITANTE. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Hechos.—La actora selló un boleto de la «loto» en el establecimiento del demandado. Dicho boleto fue anulado por extravío, y de haberse enviado a tiempo hubiera resultado premiado con más de seis millones. El receptor es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—No siempre un contrato regido por normas administrativas es un contrato administrativo y no todas las consecuencias jurídicas que traen causa remota de un contrato de esta naturaleza excluyen la competencia del orden jurisdiccional civil. La responsabilidad que se reclama al hoy recurrente es directa del mismo, y regida por el Derecho civil.

La invocación de la *exceptio plurium consortium* se explica cuando las relaciones jurídicas trabadas entre los reclamados litisconsortes se apoyan en el carácter indivisible o inescindible de las mismas, de modo que no pueda ser condenado uno sin condenar al otro, pero ello no es una cuestión que afecte en puridad a la validez de la relación jurídico-procesal constituida.

Entre jugador y entidad oficial se celebra un contrato aleatorio de juego que sólo se perfecciona, en virtud de las disposiciones reglamentarias y contractuales que lo rigen, una vez que se entrega por el agente intermediario que representa a la entidad oficial, los boletos al organismo, constituyéndose mientras tanto, como anejo al referido contrato, un depósito que genera la obligación correspondiente. El empresario receptor responde directamente ante el depositante, según los términos del artículo 1.101 del Código Civil por los daños y perjuicios causados, como consecuencia de su negligencia.

CUANDO SE POSTULA LA NULIDAD DE UN CONTRATO BASTA DEMANDAR AL CONYUGE QUE FUE PARTE. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se postula la eficacia o ineficacia de una relación negocial o contractual, basta dirigir la pretensión contra aquel de los

cónyuges que haya sido parte en el contrato, y si los dos esposos tuvieron intervención, de manera directa o indirecta (representado uno por el otro), la demanda debe ser dirigida frente a los dos, pues de no ser así, significaría una defectuosa e inadmisibles constitución de la relación jurídico-procesal.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia—La constante y reiterada doctrina de esta Sala, referente a la interpretación del artículo 1.124 del Código Civil, establece los siguientes principios: A) La necesaria reciprocidad de las obligaciones puestas en juego. B) La exigibilidad de las mismas, al no estar sujetas a condición o término. C) El exacto cumplimiento por parte del reclamante de aquello que a él incumbía. D) La manifiesta existencia de una voluntad rebelde en el acusado como incumplidor, no siendo suficiente el simple retraso o cumplimiento tardío. E) Que tal incumplimiento recaiga sobre los elementos esenciales del contrato, de tal forma que frustre la finalidad contractual del mismo. F) La prueba de las causas del incumplimiento corresponde al que las alega, debiendo interpretarse restrictivamente esta causa resolutoria en aras al mantenimiento del vínculo contractual.

LA SUSTITUIBILIDAD O NO ES EL CRITERIO PARA DISTINGUIR ENTRE MANDATO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El tema litigioso se centró en determinar si el negocio jurídico celebrado era un mandato o un arrendamiento de servicios. La expresión «prestar algún servicio» contenida en el artículo 1.709 del Código Civil es tan vaga e imprecisa que ha originado fuertes discusiones doctrinales y prácticas respecto a la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, de tal manera que, aunque el mandato se encuadre entre los contratos de trabajo por unos, y entre los de gestión y cooperación por otros, los criterios de representación, gratuidad, dependencia o subordinación al *dominus* y sustituibilidad no tienen virtualidad suficiente diferenciadora para poder ser aplicables en todos los casos, y habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto.

Las Sentencias de 14 de marzo de 1986 y 25 de marzo de 1988 se centran en el criterio de distinción de la sustituibilidad o insustituibilidad en el hacer, de tal manera que habrá mandato en el primer caso y arrendamiento de servicios en el segundo.

LA MODERACION DE LA RESPONSABILIDAD SOLO ES APLICABLE A LA QUE PROCEDA DE NEGLIGENCIA. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala ha establecido en ocasiones que la moderación de la responsabilidad prevista en el artículo 1.103 del Código Civil sólo es aplicable a la que proceda de negligencia, mas no cuando es manifiesta la voluntaria omisión del deber contractualmente asumido, el designio eviden-

te de incumplir la prestación debida, pues tal comportamiento se aleja de la mera negligencia para acercarse al dolo; la moderación del artículo 1.103 ha de entenderse como criterio equitativo a mayor abundamiento u *obiter dictum*, contra el que no cabe casación.

EL MANDANTE QUE FACULTA AL MANDATARIO PARA QUE HAGA DONACION DE SUS BIENES, LE TRANSMITE EL «ANIMUS DONANDI». (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La Jurisprudencia de esta Sala y la doctrina científica viene manteniendo con unanimidad la teoría ya clásica de que en virtud del mandato representativo se origina una subsanación de la voluntad del mandante en la gestión realizada por el mandatario, produciéndose una subrogación de la voluntad sustituida por la del sustituto, salvo, claro está, que se haya dado una extralimitación en los límites del mandato.

La facultad de vender y la de donar estaban recogidas en el poder, y estas facultades no estaban restringidas, otorgándose con carácter genérico y sin acepción de las personas con quienes habría de contratarse. El «ánimo de liberalidad del donante» está siempre implícito en el contrato de donación, por lo que el mandante que faculta sin cortapisa al mandatario para que otorgue la donación de sus bienes, le ha transmitido necesariamente ese «ánimo».

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: HA DE CONCURRIR INEXISTENCIA DE CAUSA DE LA MEJORA PATRIMONIAL. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El enriquecimiento sin causa, carente de una regulación precisa y unitaria en nuestro Código Civil, es abordado por algún precepto, como sucede en el 1.304. En todo caso opera con el fin de prohibir que alguien pueda enriquecerse en perjuicio de otro, siendo de destacar la concurrencia de darse total ausencia de causa justificativa de la mejora patrimonial que se denuncia e inexistencia de disposición normativa legal que excluya la aplicación del principio.

LA UNION EXTRAMATRIMONIAL NO IMPLICA EL CONSENTIMIENTO DE CREAR UNA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Hechos.—Doña P. y D. C. vivían maritalmente, colaborando doña P. en el negocio del segundo, y atendiéndolo en el hogar. Se produjo la ruptura y doña P. lo demanda, reclamando la mitad de las ganancias. No acoge esta petición el Supremo, pero sí fija una indemnización.

Doctrina de la Sentencia.—La sociedad, cuyo carácter contractual ha de afirmarse, requiere el consentimiento de los contratantes, que ha de ser claro e inequívoco, el cual, en cierta manera, se identifica con el tradicional requisito de la *affectio societatis*, que en puridad tiene significación teleológica. La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siem-

pre ha de estimarse concurrente, ya que puede sin duda suceder que, en las uniones que dan lugar a la convivencia *more uxorio*, prefieran quienes las forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial.

Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento del actor; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones. Es evidente, por tanto, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa.

LAS LIMITACIONES URBANISTICAS NO SON CARGAS NI GRAVAMENES
(SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La circunstancia de hacerse constar en los contratos de compraventa de fincas la existencia o no de cargas o gravámenes no aparentes que pesen sobre ella, tiene como finalidad la de eludir las consecuencias rescisorias e indemnizatorias que nacen de la omisión en el contrato de su constancia, al amparo del artículo 1.483 del Código Civil.

Para fijar el contenido de la expresión convencional de que la finca vendida «está libre de cargas, gravámenes, así como de arrendamientos», hay que partir del texto del artículo 1.483 del Código Civil, según el cual, «si la finca estuviese gravada, sin mencionarla en la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente...», texto que es interpretado por la doctrina científica en el sentido de que tales gravámenes han de ser constitutivos de derechos reales, limitativos de los derechos de goce o disposición del propietario, en tanto que la carga impone al propietario la obligación de satisfacer una prestación, generalmente periódica, a favor del titular del derecho; por el contrario, no se incluyen dentro de las cargas y gravámenes a que se refiere el precepto, las limitaciones legales del dominio que tienen carácter institucional y configuran el contenido normal del dominio, por lo que no pueden ser desconocidas por el comprador; por su parte, la jurisprudencia de esta Sala ha excluido tales limitaciones legales del dominio, entre ellas las derivadas del régimen urbanístico del suelo, del concepto de «cargas o servidumbres no aparentes» que utiliza el citado precepto (SS de 27-1-1906 y 28-2-1990).

RECURSO DE REVISION: NO HAY MAQUINACION FRAUDULENTE EN LAS ACTUACIONES PROCESALES NO RECURRIDAS. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada y constante de esta Sala que la maquinación fraudulenta debe deducirse de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, exigiendo una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo a medio de ardidés, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal eficiente

entre el proceso malicioso y la resolución final (SS. de 24-12-1990 y 30-7-1991). No puede hablarse de maquinación fraudulenta cuando los hipotéticos perjuicios provienen de actuaciones procesales no recurridas. Debiendo realizarse la interpretación de dichos supuestos con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho.

PARA RESPONSABILIZAR UNA CONDUCTA HA DE ATENDERSE AL ENTORNO SOCIAL EN QUE AQUELLA SE PROYECTA. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Hechos.—Se produjo un incendio en un bingo, que causó varios muertos y lesionados. Los propietarios son condenados a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—La moderna doctrina jurisprudencial opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal.

Para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados, y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio. En el caso que nos ocupa se desconoce el origen del incendio y por ello no se puede descartar la actuación de un tercero, pero sea cual fuere la causa inicial, lo que sí se sabe es la inadecuación de las cautelas adoptadas para prevenir el grave daño producido.

LETRA DE CAMBIO: EL BANCO HA DE DEVOLVER LA CAMBIAL IMPAGADA CON LA MISMA EFICACIA JURIDICA QUE TENIA CUANDO SE LE ENTREGO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1992)

Doctrina de la Sentencia.—La obligación fundamental que compete a los bancos descontantes, una vez producido el impago de las cambiales descontadas, es devolver éstas al librador descontatario con la misma eficacia jurídica que tenían cuando le fueron entregadas a virtud del contrato de descuento, lo que presupone haber cumplido las obligaciones previas de su oportuna presentación al cobro y de levantamiento en forma del correspondiente protesto, pero sin que pueda considerarse incluida en el círculo de tales obligaciones la previsibilidad de la posible situación de insolvencia en que pueda caer el librado-aceptante.

Es evidente el derecho del Banco descontante a que quien obtuvo el descuento le reintegre el importe de las letras, pues la esencia de toda operación

de descuento bancario, al entrañar una mera cesión *pro solvendo* (no *pro soluto*) del crédito que incorpora la letra descontada, consiste en que si dicho crédito no llega a hacerse efectivo por el obligado a su pago, el Banco puede reclamar su importe de aquel que obtuvo el descuento de las cambiales; doctrina reiterada en Sentencias de 27 de enero y de 3 de abril de 1992.

EL MEDIADOR TIENE DERECHO A PERCIBIR SUS HONORARIOS AUNQUE NO SE HAYA CONSUMADO LA COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El verdadero *thema decidendi* de este recurso es el atinente a determinar si en el llamado contrato de mediación o corretaje, el agente mediador adquiere derecho al cobro de sus honorarios desde el momento en que por su mediación ha quedado perfeccionado el contrato de compraventa, o si en cambio tal percepción de honorarios ha de quedar en todo caso supeditada a la plena consumación del aludido contrato de compraventa, mediante el cobro por el vendedor del total precio de venta. Partiendo de la premisa de que el contrato de mediación o corretaje es un contrato innominado *facio ut des*, principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes (el Corredor) se compromete a indicar a la otra (la comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución, parece evidente que el derecho del corredor al cobro de sus honorarios ha de nacer desde el momento en que quede cumplida o agotada su actividad mediadora, o sea desde que por su mediación haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa, perfección que se produce desde que el vendedor y el comprador, mediante el correspondiente contrato, se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, a no ser que en el respectivo contrato de corretaje se haya estipulado expresamente que el corredor solamente cobrará sus honorarios cuando la compraventa haya quedado consumada, o sea, cuando el vendedor haya cobrado el precio de la venta íntegramente.

LAS ARRAS PENITENCIALES TIENEN CARACTER EXCEPCIONAL. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —Se admite la existencia de varias clases de arras. unas, llamadas penitenciales, que son las que parece contemplar el artículo 1.454, concebidas a manera de multa o pena, correlativa al derecho de las partes a desistir a su arbitrio del contrato; otras, denominadas confirmatorias, que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante que no facultan, por tanto, para resolver la obligación contraída, que normalmente corresponden con los anticipos a cuenta del precio, de la que es ejemplo en nuestro sistema el supuesto del artículo 343 del Código de Comercio, junto a las cuales pueden ponerse además las conocidas como penales, con las que en efecto se confunden cuando lo entregado como «arra» no se imputa al precio, sino que funciona de modo similar a lo que ocurre con la cláusula penal del artículo 1.152, como resarcimiento para el caso de incumplimiento y siempre con la posibilidad de reclamar que la obligación pactada sea estrictamente cumplida.

Siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras que como

medio de garantía permite el artículo 1.454 tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales.

ACTOS PROPIOS: CARACTERISTICAS. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1992)

Doctrina de la Sentencia.—Para que no sea lícito accionar a consecuencia de un acto propio producido con anterioridad, se requiere que se haya definido inalterablemente, causando estado, la situación jurídica de su autor o que vaya encaminado a crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo unilateralmente dicha situación, a más de que para que tenga carácter vinculante el acto propio, ha de ser excluyente e indubitado y con alcance inequívoco.

RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO TECNICO EN LA RUINA DEL EDIFICIO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —El término «ruina» que utiliza el artículo 1.591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, puesto que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato. Y es en este último dato («violación del contrato») donde radica toda la responsabilidad contractual, puesto que de otra forma quedaría el cumplimiento de lo pactado al arbitrio del obligado y se quebrantaría lo pactado y la buena fe contractual. Máxime cuando la jurisprudencia ha declarado (SS., entre otras, de 21-12-1981 y 5-3-1984) que la mala calidad de los materiales y los defectos de dirección y ejecución de la obra afectan también a los arquitectos técnicos que supervisan la construcción concreta. Derivando la responsabilidad solidaria de la concurrencia de varias concausas, unas atribuidas a la dirección, otras a la ejecución, sin posibilidad de discernir las consecuencias de cada una; sin olvidar, por último, que dentro del concepto de «ruina» se incluyen los graves defectos constructivos o sobrevenidos después de la construcción por la actuación de personas que hacen fracasar las expectativas del adquirente y que lo hacen inútil para su finalidad.

LOS CONTRATOS NO QUEDAN VINCULADOS POR LA DENOMINACION QUE LES DEN LAS PARTES. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Los contratos tienen la naturaleza que jurídicamente les corresponda a tenor del conjunto de derechos y obligaciones estipuladas, sin que quede por tanto definido con vinculación *erga omnes* por la denominación que les hayan conferido las partes contratantes.

El contrato, catalogado un tanto eufemísticamente como de opción de acceso diferido a la propiedad, no es ni más ni menos que un contrato de compraventa con precio aplazado y fraccionado con un régimen preestablecido de intereses por demora. Ciertamente, esa compraventa de inmueble ha de estar sujeta, cualquiera que sea su denominación teórica, al mandato inexcusable del artículo 1.504 del Código Civil.

C) ARRENDAMIENTOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO SE HA ACREDITADO LA ANTIGUEDAD DEL CONTRATO EN CUANTO A LAS EXIGENCIAS LEGALES PREVISTAS EN LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY DE 1980 PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1990)

El Juzgado de Pola de Lena declaró el derecho del actor al acceso a la propiedad, pero la Audiencia revocó la anterior.

No triunfa la casación. En 1981 vendió el propietario las fincas, que había tenido como arrendatario al padre del actor, fallecido en 1966, sin que, aquél en testamento ni sus sucesores hicieran uso de la facultad del artículo 86-1 y 2 del Reglamento de 1959 y artículos 79 y 80 de la Ley vigente para designar el arrendatario continuador del fallecido, ni la propiedad hiciera la elección correspondiente, resultando una inconcreción de la titularidad arrendaticia que, de hecho, fue inicialmente asumida por el demandante que promovió juntamente con otros la acción de retracto con ocasión de la venta antes dicha, lo cual fue rechazado por el Juzgado, por la Audiencia y por el Tribunal Supremo, éste en Sentencia de 10 de marzo de 1986. No obstante, se interpuso demanda de acceso a la propiedad por la viuda del primer arrendatario, que también fue rechazada en 1.ª y 2.ª Instancia, promoviendo después la demanda el actor, que asumió la titularidad arrendaticia, estimada en 1.ª Instancia y rechazada en apelación. Las sentencias recaídas en los dos procedimientos señalados han de prevalecer sobre otras pruebas, ya que tienen la fuerza de cosa juzgada, cuyo desconocimiento acarrea inseguridad jurídica. La notificación de cuál sea el sucesor en la titularidad arrendaticia hecha por el actor en el acto de conciliación, desvela la situación personal de los elementos subjetivos del arrendamiento, que ya venía determinada por la resolución de los procedimientos anteriores, máxime cuando era el único colaborador y familiar del inicial arrendatario que ejerce la profesión de agricultor. Sin embargo, siendo las fechas del arrendamiento clave para el ejercicio válido y eficaz del acceso a la propiedad, al no existir un documento obrante en autos que acredite error en cuanto a si el contrato es anterior al Código Civil o a la publicación de la Ley de 1935, es por lo que no se desvirtúa la manifestación de la sentencia de no haberse acreditado la antigüedad del contrato en cuanto a las exigencias legales previstas en la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de 1980 y la Ley 1/1987, de 12 de febrero, para el ejercicio del derecho de acceso a la propiedad

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA DISPOSICION TRANSITORIA 1^a-3.º DE LA LEY DE 1980, COMPLETADA POR LA LEY 1/1987, DE 12 DE FEBRERO, OTORGA ESPECIAL PROTECCION A LOS ARRENDAMIENTOS QUE SEAN CULTIVADORES PERSONALES ANTERIORES A LA LEY DE 1935, QUE SE BASA EN EL INTERÉS SOCIAL. (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1991.)

El Juzgado de Tolosa estimó la demanda y confirmó la Audiencia de Pamplona.

No prospera la casación. La oposición a la prórroga legal del contrato de arrendamiento rústico debe sujetarse a determinados requisitos señalados por el párrafo 2.º del artículo 26 LAR y, según consta en autos, el propósito de cultivar personalmente el caserío y sus pertenencias, objeto del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, se produjo en tiempo que no impedía la continuación de la prórroga durante cuya vigencia se reclama el referido acceso. El trato de especial protección que otorga la Disposición Transitoria 1.ª, 3.º a los arrendamientos concertados antes de la Ley de 1935, cuando el cultivador sea personal en orden a las prórrogas durante las que puede usar el acceso a la propiedad se prolonga en la legislación complementaria dictada con posterioridad, como la Ley 1/1987, de 12 de febrero, cuyo artículo único prorrogó los beneficios concedidos a los citados arrendamientos, sin que vulnere el artículo 33 de la Constitución, ya que éste ajusta el derecho de propiedad a la función social que debe cumplir conforme a las leyes. El derecho de acceso a la propiedad en estos arrendamientos puede considerarse como una adquisición forzosa similar a la expropiación, fundada en el interés social y autorizada por el párrafo 3.º del mencionado precepto constitucional. En cuanto a la valoración de los terrenos se hizo, atendiendo al artículo 43 de la Ley de Expropiación, mediante la ponderación de los informes periciales obtenidos y, sobre todo, por peritos designados por acuerdo de ambas partes, sin olvidar que el Juez en la diligencia de reconocimiento judicial pudo apreciar todo lo preciso para una adecuada valoración, incluidas las derivadas de la devaluación del dinero, pero sin acceder a valoraciones desproporcionadas, derivadas de las expectativas urbanísticas de los terrenos.

INEXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO.—LOS DOCUMENTOS APORTADOS NO DEMUESTRAN LA EXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO, MAXIME CUANDO SU OBJETO ES LA PERCEPCION DE UN AUXILIO ECONOMICO, SIENDO CORRECTA LA APRECIACION DE LA SALA DE QUE SE TRATABA DE UN PRECARIO. (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1991)

El Juzgado de Medina de Rioseco y la Audiencia de Valladolid estimaron la demanda.

No triunfa la casación. Declarada la inexistencia del pretendido arrendamiento, se alega la declaración del actor dirigido a la Cámara Agraria Local de tener dadas en arrendamiento las fincas a sus hijos, así como la contestación al oficio de dicha Cámara, en que se le pedía que hiciera de nuevo una cesión a sus hijos, en el sentido de que todo siga «como hasta ahora», ya que la prueba documental no tiene un rango superior a los demás medios de prueba, por lo que los juzgadores pueden decantarse por el mayor peso que a su juicio tenían los otros medios probatorios, máxime cuando los documentos tienen un carácter administrativo y una finalidad clara de percepción de auxilios econó-

micos, que podía hacer dudar de su auténtica realidad. La inexistencia del pretendido arrendamiento, unido a la falta de prueba de que concurra alguna relación jurídica entre las partes, nos lleva a estimar correcta la apreciación de la existencia de un precario, y procede acordar la protección impetrada por los actores, tanto a la propiedad de sus fincas como a la posesión de las mismas.

RETRACTO.—EL ACTOR NO ERA ARRENDATARIO, YA QUE AL ACEPTAR LA OFERTA DEL PROPIETARIO SOBRE LA VENTA DE LA FINCA CESO TODA RELACION DE ARRENDAMIENTO ENTRE ELLOS, AUNQUE LUEGO NO LLEGASE A COMPRARLA. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1991.) (IDÉNTICA, POR TRATARSE DEL MISMO DEMANDADO, LA DE 5 DE MARZO DE 1991).

El Juzgado de Tarancón desestimó la demanda y la Audiencia confirma la anterior.

No procede la casación por ser la cuantía inferior a los tres millones, conforme al artículo 1.687, número 3 LEC. En realidad, el actor dejó de ser arrendatario, ya que se comprometió con los otros coarrendatarios a la compra de las fincas, no llegando a hacerlo al final por cierto desacuerdo con el propietario, interponiendo seguidamente la acción de retracto. En realidad, ya no era arrendatario porque al aceptar la oferta del propietario cesó toda relación de arrendamiento entre las partes, aunque luego no llegase a comprar la finca. El retrayente tuvo conocimiento suficiente del contrato en 24 de febrero de 1978, y presentó la demanda el 31 de julio de 1985, es decir, transcurrido con exceso el plazo legal que señala el artículo 88 LAR o el del artículo 16.3 del Reglamento de 1959.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—PROBADA LA EXISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO POR OTROS MEDIOS DISTINTOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DOCUMENTO PRIVADO QUE EXIGE EL ARTICULO 1.225 DEL CODIGO CIVIL. PROCEDE EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1991.)

El Juzgado número 3 de Gijón desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. La base que sirvió a la sentencia recurrida se integra por los siguientes hechos: Desde 1930 existe un arrendamiento que se mantuvo vigente durante los años siguientes y que en 1940 se reflejó en un documento privado, lo que pone de manifiesto que, antes de 1935 existió y se mantuvo en vigor entre los antecesores de los arrendadores y el abuelo y la madre del actor como arrendatarios, siendo éste continuador del arriendo como cultivador directo y personal. Según reiterada jurisprudencia, el artículo 1.225 del Código Civil no quiere decir que el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado sea el único medio para probar su legitimidad, porque ello sería tanto como dejar subordinada a la voluntad de las partes la eficacia de un documento por ellos suscrito y, por eso, negada por éstos la autenticidad de un documento de tal clase, puede la parte a quien interese utilizar cuantos medios de prueba estime adecuados para demostrarlo. Probados los hechos, es irrelevante alegar que la parte contraria no ha probado los

requisitos exigidos para que pueda prosperar la acción de acceso a la propiedad, ya que no se discute en este recurso la existencia del arrendamiento litigioso ni la sucesión de arrendadores y arrendatarios hasta llegar a los actuales titulares ni las fincas ni el derecho de acceso, de conformidad con la normativa vigente ni con la anterior (arts. 18 del Reglamento de 1959 y 73 y 79 de la Ley de 1980).

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PARA QUE LOS DAÑOS SEAN CAUSA DE RESOLUCION DEL CONTRATO DEBEN SER DEBIDOS AL DOLO O NEGLIGENCIA MANIFIESTA (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1991.)

El Juzgado de Herrera del Duque declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. En realidad no existe un daño grave en la finca arrendada, según la sentencia recurrida y aquél es requisito primordial para la aplicación de la causa resolutoria del arrendamiento, pero además es preciso que los daños sean producidos con dolo o negligencia manifiesta, lo que no puede predicarse de la conducta del demandado que, una vez realizado el arranque de encinas, procedió a la siembra del terreno, de acuerdo con lo convenido en el contrato en el que se explicita que la finca va arrendada de pasto y labor, con lo que se evidencia que su actuación no puede ser calificada de dolosa ni de negligente, máxime cuando de la prueba pericial no se desprende con claridad que tal forma de actuar sea poco conveniente.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA RESOLUCION SE PRODUCE NO POR UN CAMBIO DE LA ACTIVIDAD DEL ARRENDATARIO, SINO POR LA REALIZACION DE OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL INMUEBLE ARRENDADO. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1990.)

El Juzgado número 1 de Benidorm desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valencia estimó la apelación.

No triunfa la casación. La transformación de la pista de patinaje en otra para motocicletas infantiles viene aclarada por las actas notariales aportadas, de las que se desprende con claridad la realización de obras que modifican la configuración del inmueble arrendado. La resolución no se pronuncia en atención a que las obras realizadas produzcan una mutación de la actividad contemplada en el contrato, sino por la razón de que para que se produjera el cambio de tal actividad se realizaron obras que modifican la configuración del local, lo que hace aplicable al caso el precepto del apartado 1.º del número 7 del artículo 114 LAU, ya que la autorización concedida en el convenio arrendaticio no autoriza otras obras que las de adecuación inicial del local a los usos pactados, o sea, las realizadas en el primer momento, por lo que no puede entenderse consentidas las obras posteriores que son las que dan lugar a la resolución contractual. El contrato de arrendamiento de local es uno en sí mismo, aún cuando autorice la utilización del local también único, arrendado por varias actividades, por lo que aún cuando afecten sólo a la zona de la pista de patinaje, habrá de entenderse globalmente resuelto.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL REPRESENTANTE PROCESAL DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS ES EL PRESIDENTE, AUNQUE CAMBIE DURANTE EL PROCESO. EL ORGANO ADECUADO ES EL DE PRIMEIRA INSTANCIA, POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1990.)

El Juzgado número 5 de Barcelona estimó la demanda, manteniendo la Audiencia la anterior resolución.

No prospera la casación. El representante procesal de la comunidad de propietarios es el presidente, aunque éste cambie durante el proceso. Siendo el objeto del arrendamiento un local, el órgano adecuado es el de 1.^a Instancia, que es ante el que tendría que actuar el propietario del local, ya que la comunidad de propietarios ejercita por subrogación la acción resolutoria, según la Ley de Propiedad Horizontal. Máxime en este supuesto en que por el cambio de estructura y planta de los Juzgados y Tribunales, el hipotético nuevo proceso se tendría que ventilar ante el mismo Juzgado que decidió el presente, por desaparición del tenido erróneamente por competente, que era el Juzgado de Distrito.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO ES NULO PORQUE EL ARRENDADOR SE COMPROMETIO A NO ARRENDAR HASTA EL COMPLETO PAGO DEL PRECIO DE LOS LOCALES ARRENDADOS (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1990.)

El Juzgado número 8 de Madrid estimó la demanda, no prosperando la apelación.

Tampoco lo hace la casación. La anulación del contrato de arrendamiento concertado el 1 de febrero de 1971, se decretó por el Juez con base en la libertad de contratación del artículo 1.255 del Código Civil, a cuyo amparo el arrendador se sometió en su día a no arrendarlos hasta el completo pago del precio de los locales y éste no se había realizado, según incontrovertida afirmación de la instancia en la fecha del contrato anulado, de suerte que, manifiesta la vulneración del inequívoco pacto que expresamente limitaba la disposición de lo adquirido, es irreprochable la declaración de nulidad del contrato de arrendamiento de 1 de febrero de 1971, a que llega la sentencia impugnada.

FIJACION DE RENTA.—EXISTEN HECHOS CONCLUYENTES Y DETERMINANTES DEL NO CONSENTIMIENTO EXPRESO NI TACITO DE LA NOVACION DEL CONTRATO POR CAMBIO DE LA RENTA PACTADA. (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1991.)

Tanto el Juzgado número 6 de Barcelona como la Audiencia estimaron la demanda.

No triunfa la casación. La parte actora mantiene la tesis de que desde 1980 la renta se redujo a 125.000 pesetas mensuales, mientras que los demandados alegan que era de 338.970 mensuales, que es lo que declara el Juez y que la de 125.000 pesetas era una entrega a cuenta. La misma parte que ahora niega la primitiva cuantía la tiene reconocida literalmente en las alegaciones hechas en el juicio de desahucio tramitado ante el Juez de Distrito número 9 de

Barcelona, en donde afirmaba que hasta fin del año 1979 el alquiler era de 338.970 pesetas, y a partir de 1 de enero de 1980 pasa a ser de 125.000 pesetas, lo que se confirma por varios documentos como recibos e ingresos en los Bancos por dicha cantidad. La prueba de presunciones derivada de que los demandados han venido recibiendo una cantidad desde abril de 1980 y sólo han sido reclamadas por falta de pago en febrero de 1982, lo que parecía implicar una novación modificativa, ha sido valorada negativamente por la sentencia recurrida, donde se concluye que la novación carece de justificación y que existen hechos concluyentes y determinantes del no consentimiento expreso ni tácito de la novación, lo que no se ha demostrado en este recurso, ya que los medios de prueba alegados son manifestaciones particulares de copropietarios aislados, sin el consenso de la mayoría que exige el artículo 398 del Código Civil para la administración de la cosa común.

RETRACTO.—LA VERDADERA NATURALEZA DEL CONTRATO ES LA DE UNA DONACION REMUNERATORIA, POR LO QUE NO PROCEDE EL RETRACTO QUE SOLO SE DA EN LOS CASOS DE VENTA. (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1991.)

Tanto el Juzgado número 4 de Castellón como la Audiencia de Valencia desestimaron la demanda.

No prospera la casación. Las dos instancias desestimaron la demanda por entender que el contrato encubre una donación remuneratoria de la tía, propietaria, a su sobrino, partiendo de los hechos probados y no combatidos en casación, hechos que consistían en la relación de parentesco, el precio irreal establecido y las especiales condiciones en orden al pago del precio, para el que se fijó un plazo de diez años, sin interés, con libertad para satisfacerlo como le fuera conveniente, con la reserva por la vendedora del usufructo vitalicio, así como la concesión de un amplio poder para vender a quien quiera, autorizando la autocontratación, de lo que se deduce que el juicio del juez, al entender existente un ánimo de liberalidad no es contrario ni a la lógica ni a la ley. La determinación de la naturaleza jurídica no entra en el poder dispositivo de las partes, sino del órgano judicial competente, ya que constituye un problema de interpretación, facultad de los tribunales de instancia, dándose en el supuesto las circunstancias que señalaba la Sentencia de 27 de enero de 1967. La validez de la donación, encubierta como compraventa, ha dado lugar a soluciones divergentes en la doctrina y en la jurisprudencia, debiendo resolverse conforme a las circunstancias de hecho. En el caso presente está claro que hay una verdadera donación remuneratoria hecha en atención a los servicios prestados por el donatario a su tía, por lo que es ajustada al artículo 619 del Código Civil la calificación que hace el tribunal *a quo*. Exigiendo el artículo 48 LAU que la transmisión del local o piso se realice mediante venta, es correcta la desestimación de la acción de retracto ejercitada por entender la Sala que el contrato era de donación y no de venta.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE TRATA DE UNA CESION O TRASPASO POR NO EXISTIR EN EL SUPUESTO NINGUNA DE LAS EXCEPCIONES DEL ARTICULO 31 LAU. (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1991.)

El Juzgado número 1 de Arrecife desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia de Las Palmas.

No prospera la casación. La Audiencia aplica correctamente la doctrina general reiterada y constante de esta Sala de que la Ley, fuera de los casos exceptuados expresamente, no consiente que el inmueble arrendado por una persona, individual o jurídica, sea ocupado por otra, llámese cesión, traspaso o subarriendo a la relación que diere lugar a tal ocupación, pues toda modificación subjetiva, introduciendo a terceros en la relación arrendaticia sin el consentimiento de la parte arrendadora da lugar a la resolución contractual, ocurriendo este supuesto cuando una sociedad se transforma en otra persona o cuando una sociedad es sustituida por los socios, pudiendo el propietario recuperar la posesión, pues lo prohibido es el aprovechamiento, ventaja o beneficio obtenido por un tercero aun con la anuencia del arrendatario que también puede resultar beneficiado, sin respetar la voluntad del arrendador a quien pertenecen las facultades dispositivas, dado que el uso y goce corresponden al arrendatario y no a un tercero. Aunque el artículo 31 LAU dice que no es traspaso la cesión que del local efectúe el arrendatario a una cooperativa u otra unidad sindical, constituida con mayoría de los obreros que en él estuviesen empleados, como recoge la Sentencia de 7 de diciembre de 1971, pero ello no permite aplicar la excepción a supuestos de hecho que no contempla la norma que ha de interpretarse en sentido restrictivo sin extender sus efectos al expresamente autorizado y si puede entenderse aplicable a sociedades personalistas como la colectiva, no puede hacerse a las de tipo capitalista, como la sociedad limitada, pudiendo el legislador, de haberlo deseado, haberlo ampliado a otros, ya que la Ley de Sociedades Limitadas es de 1953 y la LAU es de 1964, no pudiendo pretender lo que el legislador no quiso, aunque se alegase el artículo 3.1 del Código Civil, porque los factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la Ley y sí sólo para suavizarla. El caso de autos no puede subsumirse en ninguno de los supuestos del artículo 31 LAU por más que haya desaparecido la antigua legislación sindical y se pretenda que se formó una asociación de trabajadores autónomos, sustitutiva de la unidad sindical a que se refiere el precepto.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—TRATANDOSE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA PROCEDE LA ACCION DE DESAHUCIO POR EXPIRACION DE TERMINO, YA QUE SE APLICA EL CODIGO CIVIL Y NO LA LEY ESPECIAL. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1991.)

El Juzgado número 2 de San Bartolomé de Tirajana desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. El Juzgado consideró arrendamiento de local, lo que la Audiencia estimó que se trataba de uno de industria, por lo que procedía la acción resolutoria, conforme al artículo 1.569 del Código Civil por expiración de término. Incluso partiendo de la validez del subarriendo de industria de 25 de julio de 1984, no es posible estimar su eficacia al quedar sometido al libre ejercicio por un tercero, refendo a la eventualidad de que el

Ayuntamiento modifique el uso de la parcela en que esté ubicado el negocio transferido en subarriendo en el contrato en cuestión. Además, en algunas cláusulas del contrato se da el nombre de subarriendo de industria al mismo. El trámite judicial es el adecuado al estar excluido de la legislación especial y rige el Código Civil en los artículos 1.561 y siguientes de la LEC, ya que en el contrato se fijó la duración de dos años a cuyo término se formuló el requerimiento notarial en 1986, siendo procedente la acción ejercitada.

C. R. R.

E) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

CONTADOR PARTIDOR. NATURALEZA DEL CARGO. PLAZO. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1993.)

El cargo de contador partididor es personalísimo. Se aplican analógicamente las disposiciones del Código Civil sobre el albaceazgo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Lalín, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que se desprenden claramente los hechos que motivaron el pleito.

Fundamentos de Derecho.—Primero. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Lalín, de 12 de junio de 1986, se estimó en parte la demanda interpuesta por la actora en relación a su petición subsidiaria previa «desestimación» —sic— de la falta de legitimación pasiva de la demandada y condenando al demandado don L. G. V. a los reintegros correspondientes a resultas de las porciones en que se cuantificaron las cuotas de la partición cuya nulidad se pretende en la petición principal, lo cual se desestima en base a lo razonado en su Fundamento Jurídico Tercero «... por ello, la nota fundamental del cargo de Contador es su carácter de cargo personalísimo como tiene declarado el Tribunal Supremo que ha aplicado analógicamente las disposiciones que el Código Civil contiene sobre el albaceazgo de forma y manera que respetándose este carácter no cabe declarar la nulidad de la partición en otros supuestos como el que concurre en el de autos donde don J. y doña P. nombraron sucesivamente contadores a don Vicente y a don Manuel y, sin embargo, ambos aparecen practicando la partición conjuntamente en el Cuaderno impugnado, pues además de que podría considerarse que a pesar del tenor del Cuaderno Particional era don Manuel el que ostenta el cargo y don Vicente un simple asesor, en este sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que el carácter personalísimo del Contador no impide que el mismo se ayude de técnicos siempre que apruebe sus trabajos, en definitiva la partición impugnada ha sido realizada por las personas a quienes los causantes nombraron para el cargo, aunque lo fueran sucesivamente y no conjuntamente, y con ello se respeta el carácter personalísimo del cargo como expresión del vínculo de confianza que une al testador y a los nombrados». Apelada esa

decisión por citada actora, se resolvió el recurso por Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 5 de diciembre de 1989, revocándose la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y estimándose sustancialmente el pedimento principal de la demanda, declarando la nulidad de la partición efectuada conjuntamente por los demandados don Vicente y don Manuel, procediendo en consecuencia, a realizar una nueva partición, que se llevará a cabo en ejecución de sentencia, y todo ello, por cuanto se expone, como *ratio decidendi*, en sus tres considerandos: «(1) Considerando que, como se sabe, el cargo de contador partidor a que, con el nombre de comisario, se refiere el artículo 1.057 del Código Civil, es de carácter personalísimo y temporal. (2) Considerando que por ello don Vicente no podía legalmente delegar en, o compartir con, el contador sucesivo, don Manuel, sus funciones de tal, ni tampoco realizar por sí solo la partición de las herencias de que se trata fuera de plazo señalado en el testamento de su hermana doña Purificación, como en efecto así ha sucedido, y esto aún en el caso más favorable para él de que se entienda que los dos años empezaron a correr desde el acto conciliatorio de 25 de enero de 1979, y no desde los seis días siguientes al de la muerte de dicha causante (10 de diciembre de 1974) cosa por lo demás harto discutible, puesto que las respuestas de los conciliados difícilmente pueden significar la concesión de una prórroga al repetido primer contador (3) Considerando, que la concurrencia de ambas circunstancias y singularmente de la segunda, hace que debamos estimar en lo esencial el pedimento principal de la demanda, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de abril de 1929, la facultad de hacer la partición que, con arreglo al artículo 1.057 del Código Civil, pueden conferir los testadores a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, está necesaria y lógicamente relacionada con la aceptación que realice la persona designada y con que ésta no deje transcurrir el plazo señalado por el propio testador, o el del artículo 904, o por los herederos cuando todos fueran mayores de edad, para llevar a debido efecto el cumplimiento del encargo que se le confió, de donde se infiere que si no se realiza en tiempo oportuno la partición, queda *ipso facto* extinguido, conforme al artículo 910, el mandato recibido, aunque no se haya solicitado la declaración de nulidad de las operaciones particionales extemporáneamente practicadas por el contador testamentario, sin que en el presente caso sea correspondiente juicio sucesorio, ya que cabe perfectamente realizarla en ejecución de sentencia por los trámites del de testamentaría»; frente a cuya decisión se interpone el presente recurso de Casación por la parte demandada, con base a los motivos que son objeto de estudio seguidamente por la Sala, y en cuyo recurso se suplica se dicte otra sentencia ajustada a derecho en la que se confirme la apelación pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia.

Segundo. En el primer motivo del recurso se denuncia, en base al antiguo número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, que la sentencia recurrida desconoce el contenido de los propios documentos aportados en la demanda, pues de todos, esto es, los testamentos de los padres y causantes de los demandantes, y de los actos de conciliación celebrados el 25 de enero de 1979 (ff. 50 y 51) y 9 de diciembre de 1983 (ff. 72 a 74), resulta que ambos padres nombraron contador-partidor de su herencia a su hermano, tío de los mismos contendientes, que es el codemandado don Vicente; que en la primera conciliación de 25 de enero de 1979, el recurrente requiere al expresado contador-partidor que acepta el cargo y que ante las dificultades expuestas por los interesados a

dicho contador, el mismo trasladó su cometido al sucesivo don Manuel, el cual, juntamente con aquél, asiste a la conciliación en 9 de diciembre de 1983, y manifiesta que cumplió su encargo en 23 de noviembre de 1983, aclarando que ha sido el segundo contador sucesivo el que ha realizado la partición con el asesoramiento correspondiente, entre ellos, el del anterior contador, por lo que aparece claro que la partición se realizó por el contador sucesivo en 1983, sin que conste dato alguno que pueda determinar la prescripción o caducidad, por lo que la sentencia recurrida, al estimar caducado el plazo que disponía el contador-partidor sucesivo, incurre en el denunciado error; *el motivo no puede admitirse*, porque aunque tales antecedentes sean ciertos, según la constancia de los autos, es preciso subrayar que el designio del motivo en lo relevante, es el de afirmar que la partición fue realizada por el contador sucesivo, esto es, don Manuel, por lo que debe ceder la versión de la sentencia recurrida, de que por el primera contador no se podía realizar la partición de la herencia fuera de plazo, y que por tanto, hasta en el caso más favorable para él, si se entiende que los dos años empezaron a correr desde el acto conciliatorio de 25 de enero de 1979 y no desde los seis días siguientes a la muerte de la causante en 10 de diciembre de 1975, por haber transcurrido el plazo previsto con la prórroga correspondiente, ya que, en efecto, la convicción de la Sala *a quo* sobre que el primer contador partidor no podía delegar sus funciones ni compartirlas, ni menos efectuar la partición fuera de plazo, como así ocurrió, no se desvirtúa por tales pruebas documentales, amén de que la denuncia sobre tales cuestiones incurra en valoraciones jurídicas que en modo alguno permitan aducirlo por la vía de hecho elegida, por lo que el motivo ha de rehusarse. En *el motivo segundo* del recurso, se denuncia por igual vía jurídica del extinto número 4.º y abundando en el motivo anterior, que el error proviene al declarar que, como consecuencia de la nulidad de la partición de referencia, proceda realizar una nueva en trámite de ejecución, porque se desconoce el valor de la disposición testamentaria contenida en la última voluntad de los causantes en la que los padres de los interesados nombran contadores-partidores para realizar tal cometido, y que aún en el negado supuesto de que hubiera transcurrido el plazo que tenían los dos demandados contadores, queda todavía el nombrado sucesivamente en último lugar, don Gumersindo Valiño Núñez. *El motivo en sí*, plantea el problema jurídico que se dilucida al examinar los subsiguientes en cuanto a la índole del nombramiento de los contadores partidores realizados por los testadores y, sobre todo, de la eficacia de la partición realmente efectuada e instrumentada en Escritura Pública de 26 de enero de 1984, por lo que se relega su respuesta al examen de los sucesivos motivos. En *el motivo tercero* se denuncia, al amparo del antiguo número 5.º del artículo 1.692 LEC, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico, pues con independencia de lo expuesto en los anteriores motivos, la Sala de instancia, al estimar extinguido el plazo de que dispone el contador-partidor don Manuel para realizar la partición, vulnera el artículo 1.057, párrafo 1.º en relación con el 1.969 y 1.125 del Código Civil, por cuanto que, el plazo de prescripción de toda clase de acciones y derechos solamente viene a contarse desde el día que pudieron ejercitarse y que es evidente que este plazo debe empezar desde que se puso en conocimiento de don Manuel, su condición de contador-partidor, hasta el acto de conciliación de 1983; en resumen, don Manuel, como contador-partidor testamentario realizó su encargo dentro del plazo estimado al efecto, pues no consta que conociera ese encargo hasta ese acto, y al estimar caducado o vencido el plazo

citado, se vulnera la normativa legal y jurisprudencial que se cita en este motivo. En *el cuarto y último motivo* del recurso se denuncia por igual vía que la sentencia infringe las normas del ordenamiento jurídico, vulnerándose por aplicación indebida los artículos 904 y 906 del Código Civil: 1.º porque ambos preceptos se refieren al albaceazgo y no al cargo de contador-partidor, cuya regulación está en el artículo 1.057 del Código Civil; 2.º porque está claro y así consta en la sentencia que la partición está realizada por el contador sucesivo y con la colaboración de los asesores; 3.º porque también resulta aplicable la doctrina jurisprudencial que impone el principio de conservación o *favor partitionis*; por lo que tanto por el desconocimiento de la fecha del comienzo del plazo del contador de don Manuel, como por la incuestionable decisión del mismo sobre la partición que le ha sido encomendada ha de ser rechazada la caducidad o la prescripción apreciada por la Sala de instancia. *Ambos motivos han de rechazarse*, porque habida cuenta que, ante la orfandad de normas reguladoras del cargo de contador partidor —salvo la específica del art. 1.057 del Código Civil— una antigua línea jurisprudencial lo asimila al albaceazgo y a su normativa correspondiente —Sentencias 22-2-1929, 5-7-47, la más reciente 21-7-86 y, en consecuencia, ha de confirmarse la *ratio decidendi* contenida en el segundo FJ de la sentencia recurrida, ya que, en efecto, la disposición testamentaria que acoge el nombramiento de este/estos contadores-partidores (cl. 8.ª del testamento del padre de los causantes de 10-1-49: «Nombramos Comisario ... a Vicente y, en defecto de éste, por premoriencia, incapacidad o renuncia, sucesivamente a Manuel, todos con prórroga del cargo por dos años más desde el fallecimiento de su esposa si el sobrevive o del propio en su caso) los configura pues como un nombramiento sucesivo, siempre que el primer nombrado no actuara por razones exclusivas de «premoriencia, incapacidad o renuncia», y cuyo plazo de dos años debía empezar tras el fallecimiento de la esposa de ese causante (en cuyo testamento suscrito en 18-12-1965, también en su cl. 9.ª aparece una disposición semejante) que lo fue en 10 de diciembre de 1975, de lo que se colige en sustancia que para el funcionamiento de ese segundo nombramiento de contador-partidor era preciso que aconteciera alguna de esas tres causas —premoriencia, incapacidad o renuncia— por lo que al no haber acontecido ninguna de ellas (ni siquiera la 3.ª, cabe apreciar al no haberse constatado de forma evidente en los Autos, ni menos aún ejercitarse dentro del plazo marcado) no es posible la entrada en juego del segundo contador-partidor: que por ello, e incluso, como expresa la Sala, comenzado el plazo de dos años tras el acto de conciliación de 25 de enero de 1979, para el primer contador nombrado, en que por la intervención de todos los interesados cabe aplicar la prórroga analógica prevista en el artículo 906 del Código Civil, tampoco se verificó dicha partición en el tiempo previsto; y no se ignora que esa partición se efectuó en 26-1-84, que es sobre la que se pide su nulidad como consta en su protocolización notarial (f. 13 autos) y la cual aparece efectuada actuando los dos partidores conjuntamente y de común acuerdo; sin que por tratarse de un plazo de caducidad quepa la sanción que el motivo tercero aduce del artículo 1.969 del Código Civil, por lo que de todo ello se deriva que la actuación del segundo partidor nombrado carecía de eficacia —aparte de que en modo alguno, como sostiene el recurso, esa partición la ejecutó él, exclusivamente, según lo acreditado del citado instrumento notarial—, porque, se repite, intervino, en el sentido que fuese, sin que previamente concurriera el evento determinante de su designación sucesiva, aparte de que esa su partición fue no ajustada, pues se practicó fuera de plazo, por lo

que, de consiguiente, la nulidad de citada partición deviene inconclusa, como acuerda la Sala de instancia, tanto se atienda a que la actuación del segundo contador-partidor fue improcedente al no acaecer ninguna de las causas previstas por el testador, al amparo de los artículos 1 057.1.º en su reenvío por analogía al 901 del Código Civil (pues, es obvio, que el segundo contador intervino sin que se produjera ni la premonición, ni la incapacidad ni la renuncia expresa y tempestiva del primero, sino, exclusivamente, por la falta de diligencia de éste de no actuar conforme al mandato testamentario recibido), como si se entiende que la partición fue efectuada por el primer contador (o, incluso, por el segundo) o en concurrencia de ambos, según consta en el Acta Notarial referida, pues en todos esos supuestos se ejecutó fuera del plazo —arts. 904, 905 y 906 del Código Civil— y su extinción resultará del juego sancionador del artículo 910 del citado Código, por lo que procede el rechazo de los motivos y la desestimación del recurso con los efectos derivados

COMENTARIO

Le asiste toda la razón a esta sentencia cuando recuerda la orfandad de normas reguladoras del cargo de contador-partidor, salvo la específica del artículo 1.057 del Código Civil, que la propia jurisprudencia ha llenado, declarando aplicables por analogía las normas relativas al albaceazgo, en especial las relativas al modo de actuación, aceptación y plazo de duración. A esta asimilación pudieran hacerse algunas objeciones, derivadas de los antecedentes históricos de las figuras, además de otras afines, encaminadas a conseguir una mayor flexibilidad en la normativa de los contadores-partidores frente a la de los albaceas; flexibilidad que puede encontrar fundamento en la respectiva propia función que ambas figuras jurídicas están llamadas a desempeñar, consistentes, fundamentalmente, en que el albacea es un ejecutor de las disposiciones personales del testador (entierro, sufragios, mandaspías en efectivo, custodiar los bienes, etc.), mientras que el contador-partidor tiene encomendado la ejecución de las disposiciones de contenido patrimonial: inventario y avalúo de los bienes, efectuar la partición o distribución de los mismos, según el contenido del testamento, que puede ordenarlos con mayor o menor detalle. Este diverso carácter ya se contemplaba en los Derechos canónico y musulmán (precisamente el término albacea procede del árabe *alhaci*) y encuentra su reflejo en el distinto contenido de los artículos 902 y 1.057 del Código Civil. Dentro de este último puede, a su vez, basarse la distinción entre contador-partidor y comisario: el primero, con facultades limitadas a efectuar la partición, mientras que el segundo tiene atribuidos plenos poderes de ejecución testamentaria. Así, el primer párrafo del artículo 1.057 se refiere a «la simple facultad de hacer la partición», mientras que su párrafo tercero parece referirse a otra figura con facultades más amplias («lo dispuesto en este artículo y en el anterior») al ponerlo en relación con el artículo 1.056 parece atribuirle, además de las facultades simplemente participacionales, las que el mismo testador corresponden según dicho artículo 1.056. Esto tiene o puede tener una indudable repercusión práctica, por ejemplo, en materia de capacidad. Mientras que para el simple acto participacional el testador puede nombrar a cualquier persona que no sea una de los coherederos, y por tanto, podría nombrar a un pariente próximo de uno de éstos o a un legatario, la capacidad para ser nombrado comisario debe estimarse con mayor rigor.

En nuestro Derecho histórico, Francisco Carpio distingue entre el mero ejecutor, al que sólo corresponde el acto ejecutivo y no el dispositivo, y el comisario, al que corresponde poder dispositivo-atributivo. El hecho de que normalmente confluyan todas las atribuciones en una sola figura, no debe llevarnos a desconocer la diferencia conceptual entre cada una de ellas.

En otro orden de cosas, la sentencia estima acertadamente la caducidad del plazo del albaceazgo. Para impedir ésta, parece aconsejable redactar la cláusula testamentaria de este o semejante tenor: «Nombro albacea, comisario y contador partidor a... por el plazo de... años contados desde que sea requerido fehacientemente por cualquiera de mis sucesores y tenga a su disposición los documentos y antecedentes precisos para desempeñar su cometido.» También la manera de actuar los albaceas debe interpretarse estrictamente, sin que los nombrados con carácter sucesivo puedan actuar conjuntamente

ALBACEAZGO. NATURALEZA JURIDICA, ACEPTACION TACITA REMOCION. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1993.)

El albaceazgo, más que un propio mandato, se configura como cargo testamentario de gestión y ejecución de últimas voluntades del testador.

El silencio del designado ha de interpretarse como aceptación

La indemnización de daños y perjuicios en materia de albaceazgo opera, no como una responsabilidad propiamente contractual, sino como consecuencia obligada del deber jurídico que asume por razón de su aceptación del cargo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el albacea demandado y recurrido contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que revocó la del Juzgado de Primera Instancia número 6 de esa capital, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho.

Fundamentos de Derecho.—Primero. Constituyen hechos firmes y acreditados como probados, al no haber sido objeto de recurso la base fáctica del pleito y sin perjuicio de los que puedan adicionarse, los siguientes: *a)* Don Vicente Pérez —padre de los recurridos doña Eva y don Juan— otorgó testamento con fecha 18 de noviembre de 1980, designando herederos únicos y universales a los dos demandantes mencionados y albacea-contador-partidor y comisario a su hermano, el recurrente en esta casación, don Joaquín Pérez, y al tiempo lo promovía al cargo de tutor mientras sus citados hijos fueran menores de edad; *b)* Dicho causante falleció el 25 de septiembre de 1981, y *c)* A medio de instrumento notarial de fecha 2 de diciembre de 1987 —practicado el día 4 siguiente— don Joaquín Pérez fue requerido para proceder a la formalización de las correspondientes operaciones particionales, fijándosele un plazo máximo de diez días, dada su condición de albacea testamentario, con el apercibimiento de ser responsable de los perjuicios que pudieran imputársele y sin que conste que hubiera llevado a cabo en ningún tiempo el encargo testamentario.

Segundo. El recurso de casación se integra por once motivos, que por razones de adecuada y procedente técnica conviene agrupar en dos apartados, en los que se da coincidencia y finalidad. El primero referente a la remoción impugnatoria postulada del cargo de albacea diferido a favor del recurrente,

don Joaquín Pérez y que integra con los motivos segundo (infracción del artículo procesal 359); tercero (infracción del artículo 24-1 de la Constitución); quinto (vulneración del artículo 359 de la LEC), —todos ellos conforme al número 3.º del precepto 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—; sexto (infracción del artículo 904 del Código Civil); séptimo (vulneración del artículo 910 del Código Civil) y octavo (infracción de la Jurisprudencia que se relaciona), —estos por el cauce del número 5.º del artículo procesal 1.692—.

El segundo tiene por objeto compartir la condena al pago de la indemnización de daños y perjuicios que también se solicitó y lo confirman los motivos primero (aportado conforme al número 3.º del artículo 248-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 120-3 de la Constitución); cuarto (vulneración del artículo 372, por el cauce del número 3.º del 1.692, ambos de la Ley Procesal Civil); noveno (indebida aplicación del artículo 1.902 del Código Civil); décimo (aplicación improcedente del precepto 1.101 del Código Civil), y undécimo (indebida aplicación del 1.031 del Código Civil) —motivos estos con residencia en el número 5.º del precepto 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Tercero. El albaceazgo, más que un propio mandato, por la dificultad de ejercicio, dado que el mandante ha fallecido (art. 1.732-3.º del Código Civil), se configura como cargo testamentario de gestión y ejecución de las últimas voluntades del testador, ya que designa a persona de su confianza para llevar a cabo el cometido de liquidación, partición y adjudicación de sus bienes y demás que prevé el artículo 902. Las funciones tuitivas que lo integran abarcan asimismo las acumuladas correspondientes a los contadores-partidores (art. 1.057 del Código Civil).

Cuando sucede, como en el caso de autos, que el testador no ha fijado plazo al ejecutor designado para realizar sus principales actividades de división de los bienes, ha de tenerse en cuenta y partirse al momento de la aceptación del cargo. No habiéndose acreditado concurra aceptación expresa ni tácita, y así lo determinó la sentencia recurrida, entra en juego la aceptación por ministerio de la Ley, que opera cuando no se efectúa excusa dentro de los seis días siguientes a aquél en que se tenga noticia del nombramiento (art. 898 del Código Civil). El silencio del designado ha de interpretarse, consecuentemente, como aceptación.

La sentencia de apelación determina a estos efectos y como fecha fija, la correspondiente al requerimiento judicial que se practicó personalmente el 4 de diciembre de 1987 y, a partir del mismo, ha de computarse que el recurrente contaba con seis días para excusarse, lo que no realizó y transcurrido dicho plazo, comenzó el término legal que establece el precepto 904 del Código Civil de un año para el desempeño de sus funciones, término que si bien no había transcurrido al tiempo de interposición de la demanda, si se cumplió durante la tramitación del proceso, que no opera como interruptor de la obligación asumida de realizar el cometido testamentario que le incumbía, ya que las causas interruptivas son las que contempla dicho precepto 904, toda vez que, al tratarse de una función transitoria, la inherente temporalidad de la misma que la Jurisprudencia ha declarado insistentemente, no hace posible que se convierta en indefinida, con las consecuentes incertidumbres para los herederos interesados.

El recurrente pudo acreditar en todo momento haber llevado a cabo el encargo testamentario que presuntamente aceptó (arts. 506 para la primera instancia, 707 y 862 respecto al recurso de apelación y 1.724 para el recurso de casación), lo que no efectuó y su nula actividad, negligencia y omisión

resultan bien patentizadas y así las refiere y denuncia expresamente la sentencia recurrida, por lo que la remoción postulada es totalmente procedente.

El precepto 910 menciona la remoción como terminación del albaceazgo, sin embargo, no hace referencia alguna a las causas motivadoras de la misma, vacío que ha ido contemplando la Jurisprudencia de esta Sala, aunque no se la logrado una definitiva determinación de los supuestos integrantes de tal caso, por tratarse de una construcción doctrinal abierta a las diferentes cuestiones litigiosas.

La aplicación a la contienda y que la sentencia de apelación cumple, es haberse dado la extinción del albaceazgo, que también contempla el referido artículo 910 y que ha sido producida por haber transcurrido cumplidamente el plazo legal del año de que se disponía para llevar a cabo en encargo testamentario confiado al recurrente que, en forma alguna, realizó, apartándose así de la confianza que le otorgó el testador Extinción que opera en forma automática, aunque la norma no lo especifique, pero que reiteradamente ha mantenido la Jurisprudencia de esta Sala, ya que las funciones delegadas a dichos ejecutores testamentarios no les son concedidas para que meramente las ostente, sino y primordialmente para que las utilice y cumpla con su correspondiente, adecuado y diligente ejercicio.

Consecuentemente a lo expuesto, los motivos analizados —segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo y octavo—, resultan improcedentes y han de ser rechazados.

La sentencia que se revisa no resulta incongruente en su parte decisoria, al acomodarse esencialmente a lo suplicado en la demanda creadora del pleito y fundamentación jurídica que la integra, pues declaró la extinción del albaceazgo por el transcurso del tiempo legal para su ejecución, al devenir totalmente negativo el resultado de la gestión y estar vacío de toda actuación.

No se da supuesto de indefensión. La extinción se alegó en la demanda y el recurrente contó con todas las oportunidades probatorias legales, tanto para advenir que el término del albaceazgo no se había extinguido, como si se daba incidencia de prórroga o concurría otro plazo más amplio. En todo caso, su actividad de prueba fue totalmente nula para intentar acreditar la realización o, al menos, el inicio del cometido que se había encargado y del que no estaba exento, al no haber alegado causa justa o renuncia justificada (art. 900 del Código Civil); lo que presupone, en todo caso, y por la más simple lógica, una anterior y necesaria aceptación que nunca admitió, incurriendo en abierta contradicción. Tampoco se da concurrencia de renuncia tácita por su inhibición, pues la renuncia ha de ser alegada y apoyarse en justa causa, utilizando el procedimiento de la jurisdicción voluntaria, quedando su apreciación al prudente arbitrio del Juez. Por lo tanto, la renuncia no opera por sí misma, es decir, por la simple declaración unilateral del albacea interesado.

Cuarto. El otro bloque que integra el recurso lo viene confirmado por la impugnación que en los motivos que ya se dejan señalados, se hace a la indemnización de daños y perjuicios. La sentencia combatida condenó al recurrente a pagar a los actores el precio de la venta del chalé en Benidorm, tras deducir de ello el importe de los pagos efectuados para satisfacer deudas dejadas por el padre de aquellos a su fallecimiento, acreditado todo ello en ejecución de sentencia

La indemnización de daños y perjuicios en materia de albaceazgos, opera no como una responsabilidad propiamente contractual, sino como consecuencia obligada del deber jurídico que asume por razón de su aceptación del

cargo. De esta manera está obligado a la indemnización de daños y perjuicios, si constan acreditados, cuando actúa con negligencia o morosidad, con culpa o dolo, según los artículos 1.101, 1.102, 1.103 y 1.104 y de aplicada concordancia del Código Civil, pero no conforme al precepto 1.902.

Incluso cabe también atribuir responsabilidad indemnizatoria, no sólo cuando se da ejercicio incorrecto y anómalo del cargo, sino por su no ejercicio, en base a una conducta relacionada y constatada con resultados dañosos debidamente averados. Pero este no es el caso de autos y el recurso en los motivos que se estudian resulta mal y equivocadamente planteado. Efectivamente, en la demanda, que no se distingue por su claridad y acierto en las razones que aporta, se suplicó, aparte de la remoción del cargo y que como se deja dicho el Tribunal de Apelación entendió que era procedente, la condena a la indemnización de daños y perjuicios que resultan acreditados y a fijar en trámite de ejecución de sentencia.

La sentencia recurrida no refiere expresamente la procedencia de tal petición, pues resulta un tanto confusa en su exposición jurídica. Lo que viene a quedar aclarado es que en su fallo no acogió la demanda en su totalidad, sino en parte y sin referencia decidida a la indemnización de daños y perjuicios postulada, se hace condena complementaria de la extinción del albaceazgo que decide, respecto al deber que se le impone a don Joaquín Pérez de pagar el precio de la venta de la finca que enajenó y era de la propiedad del testador.

En este sentido ha quedado probado y es hecho firme que el recurrente vendió dicho inmueble, sito en la calle Estocolmo, 7, urbanización «El Rincón», de Benidorm, el día 25 de septiembre de 1981, que coincide con la del fallecimiento del causante. No se discute la validez o no de dicha enajenación y por tanto si estaba amparada en el poder que su hermano le confirió el 13 de abril de 1981 o fue un acto posterior al fallecimiento de dicho poderdante, con contravención del artículo 903 del Código Civil.

En consecuencia prescindiéndose del tema de la cobertura legal de dicha enajenación, lo que sí resulta evidente es que siendo el bien del caudal hereditario, la contrapartida correspondiente al precio percibido, también ha de integrarse en aquél y en forma alguna puede pasar a ser de la libre disponibilidad del recurrente, con notorio perjuicio de los herederos que son los únicos titulares del mismo.

Por ello, extinguido el albaceazgo, consecuencia obligada e inherente a tal situación es el reintegro de la masa hereditaria de lo que le corresponde y que el albacea retiene, máxime al no estar facultado expresamente en la disposición testamentaria para poder proceder a la cesión onerosa del chalé de referencia (Sentencias de 27 de mayo de 1915 y 5 de julio de 1947). Tal restitución constituye una efectiva y necesaria obligación por ser de aplicación analógica el artículo 1.720 del Código Civil, en relación al 902-4.º

Lo expuesto conlleva la conclusión de que tampoco resulta incongruente la sentencia objeto del recurso en relación a la cuestión analizada, sin que se dé concurrencia de estado de indefensión, y respecto a lo cual esta Sala ha declarado que no genera defecto de incongruencia el hecho de que en aplicación del principio *iura novit curia* el fallo se extiende aún a aquellos extremos que, en el supuesto de no haberse solicitado, sean consecuencia lógica de lo pedido y más cuando es obligado y actúa como complementario, habiendo sido objeto del debate, con las posibilidades impugnatorias y de práctica de prueba por la contraparte (Sentencias de 16-6-1987, 21-1-1991, 20-6-91, 3-1-1992 y 3-3-1992).

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que sostiene que la alegación o silencio de los litigantes de determinados preceptos procesales no obliga ni sujeta a los Tribunales, pues la función de juzgar no puede así limitarse, ya que están facultados para aplicar las normas que sobre la base de los supuestos fácticos y pruebas practicadas sean las procedentes. Los motivos tenidos en cuenta no proceden y acarrear la sanción de su rechazo.

COMENTARIO

Aborda esta sentencia cuestiones interesantes relativas al albaceazgo, en alguna de las cuales, quizá la de mayor interés por la escasa doctrina legal y jurisprudencial, como es la de la responsabilidad del albacea, no entra tan a fondo como fuera deseable, quizá por el presupuesto del caso contemplado. El fundamento legal de esta responsabilidad se encuentra en los artículos 1.101 a 1.104 del Código Civil. También podría invocarse el artículo 1.718 e incluso el 1.889 por analogía, ya que si incurre en responsabilidad el gestor oficioso, con mayor razón lo hará quien acepta un previo llamamiento para efectuar tales gestiones. Esta responsabilidad comprende tanto el supuesto de ejercicio defectuoso como la falta de ejercicio del cargo, supuesto que no se haya excusado legalmente. El fundamento doctrinal de la responsabilidad creo que debe moverse dentro del campo contractual, ya que aunque no exista un propio y verdadero contrato, sí hay una voluntad inicial —la del testador—, que amparada por la ley, surte efectos después de su muerte, de modo análogo a como se producen las demás disposiciones testamentarias. (Vid.: ALBALADEJO: *El albaceazgo en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1969, págs. 413-425; GITRAMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*, Edit. Revista Derecho Privado, Madrid, 1950, págs. 301-312; GÓMEZ YSABEL. *Problemas fundamentales del ejercicio del albaceazgo*, Edit. Reus, Madrid, 1963, págs. 45-50 y 249-251).

PARTICION. INSTITUCION EN COSA CIERTA. ARTICULO 768 CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1993.)

El artículo 768 del Código Civil no tiene carácter imperativo, sino interpretativo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid que había estimado parcialmente la demanda, rectificando en un extremo la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Salamanca, conforme a los siguientes fundamentos de derecho:

Fundamentos de Derecho.—Primero. Promovida por los hoy recurrentes demanda en la que solicitan se declarase la nulidad o, en otro caso, la rescisión parcial de las operaciones particionales de la herencia de don Domingo V M., practicadas por los albaceas contadores-partidores por él designados, protocolizadas en 24 de marzo de 1987, solicitud fundada en que la finca denominada «Cortina de los Caños o Peña Gorda», sita en término municipal de Lumbrales, había sido incluida por los contadores-partidores en hecho a las demandadas por el testador en la cláusula 3.ª del testamento ológrafo por él otorgado, según la cual legaba «a mis sobrinas (sic) María Teresa, María Isabel, Gil y

María de los Angeles Vicente Barahona, el resto de todas las fincas rústicas que poseo en los términos municipales de Lumbrales y de Hinojosa de Duero, a todos ellos por partes iguales...», siendo así que aquella finca tenía carácter de urbana y debió de ser atribuida a los actores en virtud de la cláusula testamentaria sexta del siguiente tenor literal: «Del remanente de mis bienes y derechos instituyo únicos y universales herederos a los sobrinos Luis y Angel Pierna Miguel del Corral, cuyos bienes son el Cuarto del Majadad con Chalet, enseres y demás dependencias, y la planta baja de la casa Vieja, con corral y demás dependencias, al Toral de San Cristóbal de los Mochuelos», desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial de Valladolid dictó la sentencia en grado de apelación por la que se estimó parcialmente la demanda «declarando la nulidad parcial de las operaciones particionales realizadas por los albaceas contadores-partidores en lo referente a la adjudicación de la finca número 28 del inventario a los demandados, desestimando la demanda en el resto de sus peticiones y sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias»; estima la sentencia ahora recurrida que, si bien la finca cuestionada es urbana, la misma no puede ser atribuida a los demandantes, ya que la institución hecha a su favor lo fue en cosa cierta y determinada, a la que es aplicable el artículo 768 del Código Civil.

Segundo. La cuestión suscitada en el recurso, articulado en un solo motivo en el que, por el cauce procesal correcto, se denuncia infracción del artículo 675 del Código Civil, gira en torno a la interpretación de la transcrita cláusula sexta del testamento ológrafo otorgado por don Domingo Vim. Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la intervención de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo que las mismas puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley y si bien, de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil, en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando ésta se expresa de modo oscuro. En el presente caso, la literalidad de la cláusula sexta del testamento no permite alcanzar cuál fue la voluntad del testador, pues si bien instituye a los recurrentes como únicos y universales herederos del remanente de todos sus bienes y derechos, seguidamente concreta esos bienes a los que se relacionan en la misma cláusula, lo que hace necesario acudir a la norma contenida en el artículo 768 del Código Civil, según el cual «el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario»; en la actualidad, de acuerdo con la doctrina científica mayoritaria, no puede atribuirse al artículo 768 citado un carácter imperativo sino interpretativo, ofreciéndose en él criterios hermenéuticos que ha de utilizar el Juzgador en su tarea de búsqueda de la verdadera voluntad del testador cuando para ello no sea bastante el sentido literal de la disposición testamentaria; dicho precepto tiene, por otra parte, carácter presuntivo en cuanto en él se contiene una presunción *uris tantum* en virtud de la cual si a una persona se le deja una cosa determinada se ha de entender como voluntad del testador la de que esa persona le suceda en la herencia como legatario, aunque en la institución se le designe como heredero. De acuerdo con ello y aunque la sentencia recurrida parece inclinarse, aunque no de modo claro, por el sentido imperativo del artículo 768, su interpretación de la disposición testamentaria contenida en la citada cláusula sexta no puede calificarse como de ilógica o contraria a la voluntad del testador o a la ley, ya

que los medios probatorios obrantes en autos no acreditan que la voluntad del testador, al designar cuáles eran los bienes que constituían el remanente de su herencia después de ordenar los legales que establecía, fuese otra que la de concretar la herencia de los hoy recurrentes a los bienes que en la citada cláusula se establecen por lo que las personas instituidas en dicha disposición testamentaria han de ser consideradas como legatarias de tales bienes, no obstante, su designación como herederos, lo que hace decaer el motivo; no obstante y a mayor abundamiento, aunque se acepte que los recurrentes fueron designados como herederos a título universal del causante, la designación en la institución de bienes concretos y determinados, ha de interpretarse en el sentido de que el testador, haciendo uso de la facultad que le reconoce el artículo 1.056 del Código Civil de realizar él mismo, por actos *inter vivos* o en última voluntad, la partición de sus bienes por la que han de estar y pasar los herederos, ha fijado el activo hereditario correspondiente a tales herederos en los bienes concretamente especificados. Sin que a ello se oponga el que el testador no haya dispuesto por el testamento de todos sus bienes, dada la compatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada que permite el artículo 658, párrafo tercero, de Código Civil, lo que conduce a la misma solución a que llega la sentencia de instancia.

COMENTARIO

Precisamente en relación con el artículo 768, se plantea la cuestión del sistema seguido por nuestro Código. Según el sistema romano es heredero el designado como tal, prevaleciendo el *nomen heredis* sobre la *assignatio*, al contrario de lo que ocurre en el sistema germano, conforme al cual sólo es heredero —propriadamente legatario universal—, el llamado al todo o a una parte alícuota de la herencia, haya sido o no designado como heredero. En suma, existen tres posibles criterios, objetivo, subjetivo y mixto. Según el criterio objetivo, es heredero el llamado a toda la herencia o a una cuota parte de la misma por el testador. La distinción entre heredero —sucesor a título universal— y legatario —sucesor a título particular— no puede ser desvirtuada ni ignorada por la voluntad del testador, que sólo es soberana dentro de los límites marcados por el Código, que el testador no puede alterar (FERRARA, OSSORIO MORALES). Según el criterio subjetivo, es heredero el llamado por el testador como tal, incluso aunque no haya usado materialmente esta palabra, si su voluntad está clara, con independencia de que sea llamado a toda la herencia, a una cuota de la misma o a una cosa determinada. El artículo 768 no es un obstáculo insalvable, pues sólo expresa que «será considerado como legatario», no que efectivamente sea legatario. Y la consideración como tal legatario (v. gr.: a efectos de la limitación de responsabilidad por las deudas hereditarias) es perfectamente compatible con su cualidad de heredero. El Código se limita a establecer una presunción *iuris tantum* que no excluye, además, otra formas de llamar al heredero (LACRUZ BERDEJO). Y conforme a un criterio mixto o acumulativo, para que el sucesor sea heredero es preciso que sea instituido a título universal y querido efectivamente como heredero. Y cuando el sucesor es instituido a título universal, pero no es querido como heredero, estamos ante el legatario de parte alícuota (cfr. Sentencia 22-1-1963).

En el presente caso, el Tribunal Supremo toma como elemento decisivo para decidir el supuesto debatido, precisamente la voluntad del testador, que

interpreta en el sentido de que la especificación hecha por el testador de determinados bienes en la institución de heredero, no implica que su voluntad fuese considerar a los instituidos como legatarios de tales bienes, sino que dentro de dicha institución —«el remanente», frase que no goza de mis simpatías— se comprenden todos los demás bienes de los que particularmente no haya dispuesto el testador.

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS. LEGISLACION APLICABLE. LEY 2.ª, TITULO 14, PARTIDA 2.ª LEY 40 DE TORO. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1993.)

En la sucesión de títulos nobiliarios se admite la representación sin límites en las líneas descendente y colateral, siempre que estén dentro de la descendencia del fundador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora, apelante y recurrente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había desestimado el recurso interpuesto contra la del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid, conforme a los siguientes fundamentos.

Fundamentos de Derecho.—Primero. Son hechos en los que las partes están de acuerdo: que el 5 de septiembre de 1689 se creó la merced nobiliaria de Marqués de Villar de Tajo a favor de don Antonio Zamudio de los Infantes, para sí y sus sucesores, sin que conste que tuviera otros poseedores, y fue suprimido el 18 de noviembre de 1855; el 7 de marzo de 1921 fue rehabilitado en favor de don Jerónimo Villalón-Daoiz y Halcón, pariente colateral, como descendiente de los octavos abuelos de don Antonio Zamudio, primer favorecido con la merced. Vínculo de pariente colateral del primer Marqués de Villar de Tajo tiene también el demandante y hoy recurrente por descender del matrimonio formado por don Fernando Halcón Mendoza y doña María Carmen Sáinz de Tejada con grado de biznieto (nieto de don Fernando Halcón y Sáinz de Tejada e hijo de don Fernando Halcón-Villalón). El demandado, don Manuel Halcón Villalón-Daoiz es nieto de don Fernando Halcón Mendoza y hermano del padre del actor. El rehabilitante, don Jerónimo Villalón-Daoiz y Halcón, era igualmente nieto de don Fernando Halcón Mendoza a través de su madre, doña Ana María Halcón Sáinz de Tejada, hermana del padre del demandado don Manuel.

A la muerte de don Jerónimo litigaron por el mejor derecho al título el hoy actor, su tío, hoy demandado don Manuel, y un hijo adoptivo de don Jerónimo. El pleito terminó sin dar lugar ni a la demanda ni a la reconvenición, en las que respectivamente pedían la declaración de su mejor derecho por no haber probado ninguno su enlace genealógico con el primer Marqués de Villar de Tajo a través de los veinticinco enlaces que existen en el árbol genealógico presentado.

Expedida por el Ministerio de Justicia Carta de Sucesión de 1983, a favor de don Manuel Halcón, el actor plantea nuevo litigio alegando su mejor derecho con relación al concesionario y también frente al rehabilitante del título, don Jerónimo. Desestimada en ambas instancias la existencia de cosa juzgada, se desestimó también el fondo de la demanda por entender que don Manuel es pariente más propincuo, tanto del rehabilitante don Jerónimo como del

primer Marqués de Villar de Tajo y que, según el Código Civil, la sucesión de colaterales se da a favor del pariente más próximo, y que el actor tenía reconocido en el pleito anterior a don Jerónimo como poseedor legítimo y no puede desconocer sus actos propios

Segundo. Contra dicha sentencia se plantea este recurso de casación por el actor, compuesto de tres motivos, todos por infracción de ley o doctrina legal al amparo del número 5.º del artículo 1.692, tendentes a demostrar que yerra la Audiencia al aplicar la doctrina de los actos propios por contrariar la jurisprudencia sobre dicha materia; que el Código Civil no es aplicable a las sucesiones de títulos nobiliarios y que en esta sucesión la Ley XL de Toro admite la representación de los transversales y, en consecuencia, que el actor por derecho de representación de su padre, nacido en 1894, y de su abuelo, tenía mejor derecho que el rehabilitante don Jerónimo, nieto por línea de la segunda hija de don Fernando Halcón Mendoza.

Los términos del recurso aconsejan analizar la naturaleza de los títulos nobiliarios, la legislación aplicable a la sucesión y, determinada ésta, decidir si se da o no el derecho de representación en línea colateral.

Aconseja también recordar que el engarce de todos los litigantes se produce porque del matrimonio de don Fernando Halcón Mendoza y doña María Sáenz de Tejada nacieron un hijo, Fernando, y una hija, Ana María. El varón se casó con doña Aurora Villalón y tuvieron dos hijos, don Fernando, nacido en 1894, y don Manuel, nacido en 1900. La hembra se casó con don Andrés Villalón-Daoiz y de su matrimonio nació don Jerónimo.

El litigio se plantea por sobrino frente a tío carnal, don Manuel Halcón Villalón-Daoiz, poseedor de título, y frente a los descendientes de don Jerónimo, rehabilitante del título, de quien era pariente de quinto grado el actor. Ambos, don Manuel y don Jerónimo, son descendientes de segundo grado de don Fernando Halcón Mendoza, mientras el actor lo es de tercero grado.

Tercero. Los títulos nobiliarios participan de la naturaleza de los mayorazgos, que surgieron con el debilitamiento del feudalismo y constituyen una especie de vinculación como reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 29 de diciembre de 1914, 4 de junio de 1955, 19 de noviembre de 1955, 17 de junio de 1930, 10 de abril de 1961 y 21 de abril de 1961).

De ellos surge un nexo entre unos bienes y una persona, unos honores y una persona, atribuidos por quien tiene poder para ello y que sujeta los mismos a un orden de llamamientos contenido en el acta de constitución. Son caracteres genuinos que el título fija en la ley sucesoria y que los tenedores no suceden al inmediato anterior sino al primer instituido y por derecho de sangre, no por aplicación de las normas de la sucesión, de modo que cuando fallece el primer beneficiario se abre la sucesión regida por la sola voluntad y múltiples llamamientos sucesivos que la han de respetar. La muerte es la causa del llamamiento y lo dejado tiene carácter rigurosamente indivisible.

Cuarto. La sucesión se produce también por la muerte, desde cuyo momento se traspasa la posesión civil y la natural (SSTS 4 de julio de 1955, 19 de noviembre de 1955), sin que la Real Carta de Sucesión tenga otro carácter que el de cédula posesoria (STS 25 de junio de 1952).

El orden de suceder viene marcado por la Ley de 1948 que al restaurar las mercedes respetó la naturaleza de éstas, así como el rango de primera norma a lo establecido por la voluntad del instituyente, que puede fijar el orden de la sucesión incluso con irregularidades tales como los saltuarios, llamamientos de segundo-genitura, de femineidad, etc., y sólo en su defecto debe acudir

para regular la sucesión al orden tradicional seguido en la materia. Aquí radica la cuestión medular del pleito: determinar cuál sea el orden tradicional en la materia, si el de la Corona, recogido en las Partidas o en el de los Mayorazgos, establecido en las Leyes de Toro.

La Ley 2.^a del Título XV de la Partida II establece para el caso de muerte de todos los descendientes que debe heredar «el Reyno el mas propincuo pariente que oviessi, seyendo ome para ello, non aviendo fecho cosa, porque lo deviesse perder». Y este régimen sucesorio de la Corona se suele entender aplicable a «los grandes señores de la tierra que la han de mantener en justicia y libertad», pues a ellos se refiere toda la Partida II y la Ley XII, que habla del poder que «han los señores sobredichos que han señorio de las tierras por heredamiento» junto a otros pasajes de las Partidas.

La diferencia entre la sucesión a la Corona y a los mayorazgos pretende derivarse de la Ley XL de Toro, según la cual nacidos éstos de la autonomía de la voluntad como acto de ejercicio de una prerrogativa real, puede quien lo instituye establecer el régimen sucesorio y sólo cuando no se establezcan reglas se aplicarán las disposiciones contenidas en dicho precepto, cuyo tenor permite afirmar que la representación se aplica incluso «en la sucesión de los transversales».

Estos diversos preceptos han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de cuyas sentencias cabe destacar la de 8 de marzo de 1919, que reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral, siempre que estén dentro de la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendientes. Igual criterio sustenta la de 6 de julio de 1961, según la cual el mejor derecho a los títulos nobiliarios debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales «sucederá el más propincuo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia» (Ley 2.^a del Título XV de la Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al «primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra» (Ley 5.^a, Título I, Libro III). Ratifican este criterio las Sentencias de 16 de noviembre de 1961 y 28 de octubre de 1971, debiendo añadirse que la propincuidad se mide con referencia al último poseedor y no con el fundador (SSTS 5 de julio de 1960 y 4 de junio de 1963), si bien en el caso de autos, la propincuidad del demandado es mayor, tanto respecto del rehabilitante como del primer Marqués de Villar de Tajo.

La Sentencia de 17 de octubre de 1984, además de reiterar el criterio, disipa todas las dudas al prescindir de aplicar la Ley XL de Toro y la Pragmática de 5 de abril de 1615 de Felipe III, que entró en la Ley IX del Título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación, pero que fue derogada por Felipe V en 1713.

Como última razón puede añadirse que si la representación se diera en la línea colateral, carecería de sentido por innecesaria la misma norma que establece la propincuidad en defecto de descendientes, puesto que en nada variaría el régimen de llamamientos que se resolvería por la preferencia de líneas.

Por todo lo anterior debe mantenerse el criterio jurisprudencial antes expuesto, que no ha sido alterado por la Sentencia de 20 de junio de 1987, única que se aparta frontalmente de éste y aplica la representación en la línea colateral como *ratio decidendi* de la cuestión allí planteada.

Quinto. Aplicando esta doctrina al caso de autos decaen los tres motivos

planteados. La solución dada al litigio coincide con la de la sentencia recurrida, bien que por otros fundamentos, puesto que para declarar la preferencia de los demandados al goce de la merced no hay que acudir a la doctrina de los actos propios, pues reconocido o no el mejor derecho del rehabilitante del título en 1921 en el pleito anterior, es evidente que don Jerónimo era pariente más próximo del último tenedor y primer beneficiario del título, y es evidente también que don Manuel, a cuyo favor expidió Carta de Sucesión el Ministerio de Justicia, era más propincuo tanto respecto al rehabilitante como al primer instituido, lo que no significa que fuera necesariamente el pariente de mejor derecho, pues ni las cartas de sucesión ni los litigios deciden la cuestión en favor del óptimo sucesor como en una ocasión dijo esa Sala (vid. Sentencia 9 de junio de 1964).

La fundamentación de la sentencia tampoco puede estar en la aplicación del Código Civil que establece que la representación en línea colateral se da sólo en favor de los hijos de hermanos y que no hay sucesión legítima más allá del cuarto grado colateral, pues a los títulos nobiliarios no pueden aplicarse normas sucesorias del Código Civil.

TESTAMENTO. NULIDAD. INCAPACIDAD DE TESTIGO. EMPLEADO DEL NOTARIO. (SENTENCIAS DE 10 DE MARZO DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora y apelante, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado íntegramente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos.

Fundamentos de Derecho.—Primero. El primer motivo del recurso se ampara en el artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la Reforma de 30 de abril de 1992, y, como documentos en que se basa el error en la apreciación de la prueba atribuido a la Sala de instancia, se señalan el acta notarial de requerimiento, de fecha 6 de julio de 1982, en que consta la manifestación de don Juan Pérez Castillo de «que trabajó de una manera esporádica, por tanto, fuera de Censo y Seguridad Social», ello con referencia a la Notaría de don Juan José Gerona Almech, en que fue testigo del testamento otorgado por don Marino Jiménez García el día 21 de mayo de 1966, y la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número 6 de Madrid, de fecha 1 de marzo de 1987, en cuyos «hechos probados» consta que dicho señor Pérez «de manera esporádica y dada la relación parental con su primo, había prestado sus servicios en dicha Notaría, realizando protestos, por cuya actividad percibía gratificaciones», sentencia que fue revocada por la Audiencia Provincial.

El motivo no debe prosperar porque: *a)* Según reiterada doctrina jurisprudencial —así, Sentencia de 20 de marzo de 1991— las actas notariales no tienen el carácter de documento a efectos casacionales y, en cualquier caso, su alcance probatorio no sería otro, en el caso presente, que acreditar que el señor Pérez Castillo hizo las manifestaciones que constan en el acta, pero no pueden ser valoradas como prueba testifical, y *b)* Tampoco las sentencias judiciales son documento idóneo para basar en las mismas un motivo amparado en el antiguo artículo 1.692-4.º (Sentencias de 3 y 16 de febrero y 2 de

abril de 1990), cuanto menos si, como aquí sucede, se trata de una sentencia revocada por la Audiencia Provincial.

Segundo. En el segundo motivo y por la vía procesal del antiguo número 5.º del artículo 1.692, se acusa «infracción de las reglas valorativas de prueba del artículo 1.218 del Código Civil», y ello con referencia a los mismos documentos examinados en el anterior. Es claro que ya de lo dicho se sigue la desestimación del ahora estudiado, pues la sentencia penal revocada carece de virtualidad alguna y, en cuanto al acta notarial de requerimiento, la Sala de instancia no niega que se formularan las manifestaciones que en ella constan, y, en definitiva, como ya se ha dicho, la eficacia probatoria del acta se contrae al hecho que fueron hechas por el señor Pérez en los términos como aparecen reflejadas en el acta, mas no a su exactitud y veracidad intrínseca (Sentencia de 7 de julio de 1989), debiendo advertirse nuevamente que carecen de valor como prueba testifical, cuya apreciación, además, sería facultad privativa de la Sala de instancia, no sujeta al control casacional.

Tercero. El tercer motivo del recurso, residenciado en el antiguo número 4.º del artículo 1.692, se plantea «por infracción del artículo 1.249 del Código Civil relativo a las presunciones». Hace referencia este motivo a que el Tribunal *a quo* estimó que «parece razonable entender que se ha acreditado» que el señor Pérez Castillo era «administrador de fincas, al menos administrador sindical, en el tiempo de otorgamientos del testamento», de donde deduce que «su manifestación de que no trabajaba esporádicamente “en la Notaría” sino “con la Notaría” adquiere indudable verosimilitud». Para demostrar el error en la apreciación de la prueba en cuando al hecho básico de la presunción invocan los recurrentes lo que consta en el acta notarial de requerimiento y en la sentencia del Juzgado de Instrucción, que ya se ha razonado carecen de virtualidad al fin propuesto, así como las declaraciones testificales del propio señor Pérez, quien dijo ser administrador de fincas colegiado en 1965, no obstante, haberse aportado a los autos un oficio del Colegio de Administradores de Fincas de Madrid expresivo de que se creó en 1968 y de que el señor Pérez Castillo no figura afiliado, pero sucede que este documento fue tenido en cuenta por la Sala de instancia (Fundamento de Derecho cuarto) y relacionado con otras pruebas (informe de detectives, manifestaciones del Ministerio Fiscal en el proceso penal) llegó a la conclusión de que más bien parece que era administrador sindical, por todo lo cual ha de perecer también este motivo.

Cuarto. Al amparo, como los que le siguen, del artículo 1.692-5.º, se formula el motivo cuarto por infracción del artículo 1.253 del Código Civil y se alega, en esencia, que la Sala de instancia niega que el señor Pérez fuera auxiliar de Notario porque era a la sazón administrador de fincas y falta en esta declaración el «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», que, según el artículo 1.253, es indispensable para apreciar la presunción. En realidad, lo sostenido en la sentencia es que «no se ha realizado por la parte apelante una completa justificación del extremo esencial para su pretensión de nulidad testamentaria, no cabiendo elevar a la categoría de prueba suficiente de tal extremo (la relación de dependencia) la existencia de menos indicios o sospechas al respecto», por lo que el hecho de que fuera o no administrador de fincas el señor Pérez no resulta decisivo, sino que lo esencial es la falta de prueba del determinante de la causa de nulidad testamentaria, como es la relación de dependencia del testigo respecto al Notario, y lo cierto es que esta apreciación de la Sala es correcta; por otra parte, no resulta ilógico

afirmar, como se hace en la sentencia recurrida, que si el señor Pérez se dedicaba a la administración de fincas, ello le llevara a trabajar «con la Notaría», aunque, ha de insistirse, lo fundamental no es esta circunstancia, sino que no se haya demostrado convincentemente su relación con el Notario en cualquiera de los supuestos especificados en el artículo 681-7.º del Código Civil en la redacción vigente al otorgarse el testamento de que se trata; procede, por tanto, el rechazo de este motivo.

Quinto. Se acusa en el motivo quinto la infracción del artículo 681-7.º en relación con el artículo 687, ambos del Código Civil. Parte este motivo de que se ha probado la relación de «dependencia» del señor Pérez respecto al Notario autorizante del testamento, lo cual ya se ha dicho que no es así, por lo que obviamente ha de decaer, si bien cabe añadir que: *a)* El hecho reconocido en la sentencia de que el señor Pérez «intervino como testigo en diversos instrumentos notariales» nada significa para inferir su cualidad de oficial, auxiliar, copista, subalterno o criado del Notario; *b)* Se ha declarado por esta Sala (Sentencia de 4 de abril de 1967) que goza de idoneidad para ser testigo testamentario la persona que presta servicios esporádicos y desinteresados al Notario, y no hay, en este caso, prueba alguna mínimamente convincente de que las actuaciones del señor Pérez excedieran aquel carácter discontinuo y no asalariado sin dar lugar a una dependencia significativa, y *c)* No obstante, el carácter rigurosamente formal del testamento, el principio de seguridad jurídica lleva a exigir a quien pretende su nulidad una cumplida demostración del defecto de forma que se alegue (Sentencia de 7 de enero de 1975), demostración que no se ha producido.

Sexto. Por último, tampoco puede prosperar el motivo sexto en que, con citas jurisprudenciales, vienen a sostener los recurrentes que la inidoneidad para ser testigo testamentario alcanza «a los que sin cumplir las condiciones de afiliación laboral reglamentarias, de hecho, mantienen con el Notario tal relación» y que es igualmente aplicable «aún cuando no pudiera dudarse racionalmente de que el testamento reflejaba, con fidelidad, la voluntad del testador». Pues bien, a este respecto sólo es preciso decir que: *a)* No se trata en este caso de que existiera una relación de «hecho» similar a la laboral formalizada, sino de que no se ha probado relación alguna generadora de dependencia que pudiera ser contraria a la dignidad de la función notarial si se admitía la actuación como testigo testamentario de quien, aún «de facto», se encontrara en alguna de las situaciones previstas en el artículo 681-7.º, y *b)* La sentencia impugnada no se ha basado en absoluto en que debiera obviarse el defecto formal alegado por no ofrecer duda que se reflejó fielmente la voluntad del testador, sino que se ha negado la existencia del defecto y admitido la idoneidad del testigo, señor Pérez Castillo, por no haberse probado que se hallara incurso en el citado artículo 681-7.º del Código Civil.

F. C. L.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

POZO VILCHES, JUAN: *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, Madrid, Editorial Trivium, 1993, 183 págs.

La obra que reseñamos del Profesor Pozo, producto de una parte de su Tesis Doctoral, constituye un excelente y exhaustivo estudio de los requisitos complementarios del reconocimiento de la filiación no matrimonial.

En efecto, basta con examinar la monografía con detenimiento para darnos cuenta de la coherencia del planteamiento seguido por el autor, pues no sólo da soluciones concretas a los diversos problemas que se plantean sobre esta materia sino, además, trata de saber si el principio de la verdad biológica rige plenamente en la determinación extrajudicial de la filiación. Para resolver estas cuestiones el autor atiende fundamentalmente a la regulación anterior a la reforma de 1981, a las normas vigentes, a las diversas opiniones doctrinales, aportando las suyas propias y, por último, al Derecho Comparado.

En la introducción el autor explica la incidencia de la Constitución Española en el derecho de filiación, resumiendo los principios básicos que inspiraron la reforma de la filiación de 1981, para terminar indicando el ámbito al que ceñirá su estudio: «La determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial por reconocimiento» (pág. 23).

Tras lo cual, el autor inicia el contenido esencial de su obra, que podemos dividir en cinco bloques temáticos.

I. El primer bloque comprende el primer capítulo denominado «El reconocimiento del mayor de edad. El consentimiento del reconocido». Empieza con un examen detallado de las técnicas jurídicas que han adoptado las legislaciones europeas para regular el establecimiento de la filiación, apreciando que para unos ordenamientos es suficiente con el reconocimiento mientras que para otros es preciso un requisito complementario.

Dentro de este segundo sistema se ha encuadrado el Código Civil español al exigir el consentimiento del reconocido como requisito de eficacia del reconocimiento. Si nos preguntamos por el fundamento de esta exigencia, debemos convenir con el autor que su finalidad es proteger el interés del reconocido, pues con ello podrán evitarse reconocimientos tardíos del progenitor que obedezcan a un móvil egoísta. Pero debemos reconocer, como pone de manifiesto Pozo, que no todo reconocimiento tardío es interesado ya que muchas causas pueden justificar el retraso.

El autor sostiene que el artículo 123 del Código ofrece como inconvenientes: *a)* que el hijo puede actuar de forma interesada, pues por el solo hecho de aceptar el reconocimiento en el momento de la muerte del progenitor es suficiente para que se convierta en sucesor del mismo, sin haber cumplido con sus obligaciones filiales; *b)* el no introducir el interés del hijo para la determinación de la filiación matrimonial supone una discriminación no justificada, y *c)* no se garantiza la verdad biológica.

Consecuentemente con este planteamiento, cree que de no verificarse el consentimiento del reconocido debe extenderse la legitimación para reclamar judicialmente la filiación más allá del presupuesto del artículo 131 del Código Civil y, por tanto, hay que considerar que tal facultad subsiste en el reconocedor aunque no reúna la condición de la posesión de estado. Ahora bien, podríamos pensar que esta opinión no puede acogerse porque lo impide el artículo 131 del Código Civil, pero ello no desvirtúa, en modo alguno, lo afirmado por el autor si tenemos en cuenta que la exigencia de la posesión de estado, como expone Pozo, no tiene razón de ser no sólo por ser discriminatorio con relación a la filiación matrimonial, sino porque no garantiza la verdad biológica.

Completa el capítulo abordando los caracteres que pueden atribuirse al consentimiento del hijo, los problemas que suscita la ausencia de plazo para que el reconocido preste su consentimiento y el consentimiento del hijo como requisito indispensable para que el reconocimiento tenga acceso al Registro Civil.

II. Según nuestra clasificación, el segundo bloque es el comentario del artículo 124.1 del Código Civil, de éste resulta que el reconocimiento del menor de edad o incapaz no puede tener inmediata eficacia por requerir una decisión favorable, ya que el reconocimiento deberá completarse con el consentimiento del representante legal del reconocido (Cap. II) o con la aprobación judicial (Cap. III).

En el Capítulo II el autor se cuestiona acerca del criterio que deberá de atender el representante legal para otorgar su consentimiento, a la vista de que nuestro Código guarda silencio. La respuesta de Pozo es que deberá de estarse, ante todo, a la verdad biológica en virtud de tres razones que nos parecen sobradamente convincentes: en primer lugar, porque la filiación debe basarse en que una persona ha sido engendrada por otra; en segundo término, en que normalmente el interés del hijo queda protegido con un reconocimiento que responda a un hecho biológico; y, por último, en que es peligroso valorar la conveniencia del reconocimiento para el hijo.

A continuación el autor contempla un grupo de casos, en especial el reconocimiento bilateral existiendo posesión de estado, que resuelve teniendo en cuenta las soluciones aportadas por la DGRN.

Como sabemos, no se fija un plazo de tiempo para que el representante legal preste su consentimiento expreso al reconocimiento; ahora bien, como observa el autor, una vez otorgado tiene carácter irrevocable aunque el representante legal está legitimado para impugnar la filiación determinada por su voluntad.

Después, Pozo se plantea la situación creada por la falta de representación legal constitutiva para el menor o incapaz, problema que la DGRN contempla en diferentes ocasiones y que soluciona encomendando la representación al Ministerio Fiscal, solución acorde con el artículo 3.7 de su Estatuto Orgánico; de tal forma, el Ministerio Fiscal puede prestar su conformidad al reconocimiento. Hay que convenir con el autor que la realidad nos enseña que el Ministerio Fiscal ignora si el reconocedor es el progenitor, lo cual supone la demostración de que los requisitos complementarios obstaculizan la verdad biológica.

Finalmente, como conclusión, aborda a quien compete dar el consentimiento en diferentes supuestos.

El tercer capítulo, dedicado a la aprobación judicial, el autor comienza por considerar que la intervención judicial es subsidiaria, en la medida en que acudiendo primero al representante legal puede conseguirse una mayor coordinación entre la verdad biológica y el interés del hijo.

En cuanto al criterio que los tribunales deberán de atender para conceder su aprobación judicial, el autor expone la opinión seguida por un sector doctrinal y la DGRN en favor del interés del reconocido. Sin embargo, Pozo considera infundada esta solución desde la perspectiva de la verdad biológica, de forma que la sola presencia de los intereses del hijo puede dar lugar a resultados poco coherentes con la realidad de la generación. Sentado lo anterior, cree que es preferible sostener que el Juez deberá tener en cuenta, en base al principio de la verdad biológica, la mayor o menor verosimilitud de la paternidad o maternidad y, una vez que llegara a la conclusión de que el reconocimiento corresponde a la realidad biológica, el Juez podrá considerar el interés del hijo.

Por lo que respecta a la audiencia que el Juez deberá conceder, el autor es partidario de hacer extensiva dicha audiencia, a pesar del silencio del Código, al representante legal del menor, al reconocido, al reconecedor, así como a otros sujetos que dotarán al Juez de mayores elementos de juicio.

Seguidamente el autor expone detalladamente los supuestos en que el reconocimiento válido no aprobado por el Juez posteriormente podrá devenir en eficaz.

III. El tercer bloque se dedica a analizar las dos formas de reconocimiento del menor o incapaz exentas del consentimiento o aprobación judicial.

El estudio concreto de estas formas de reconocimiento comienza en el capítulo cuarto con el reconocimiento testamentario. Tras examinar el proceso de elaboración del párrafo segundo del artículo 124 del Código Civil, centra su atención en el fundamento que la DGRN ha sostenido para explicar el tratamiento privilegiado que el legislador otorga al reconocimiento testamentario, que se halla en la idea de que esta modalidad de reconocimiento no causa perjuicios al hijo por haber fallecido el reconecedor.

Respecto de cuál es el momento en que el reconocimiento tiene eficacia como título de determinación de la filiación, lo primero que el autor señala es que, antes de la reforma de 1981, la doctrina y jurisprudencia habían sostenido que el reconocimiento testamentario, por su carácter irrevocable, resulta eficaz desde el momento del otorgamiento del testamento. Sin embargo, tras la reforma de 1981, advierte que la doctrina y la DGRN adoptan una solución radicalmente opuesta a la que habían mantenido hasta entonces y, así, señalan que el reconocimiento tendrá eficacia desde el momento del fallecimiento del testador. Por ello, para que el reconocimiento testamentario sirva en vida de su autor no basta con que el mismo esté contenido en un testamento, sino que, además, es necesario la concurrencia de los requisitos complementarios exigidos en el artículo 124.I del Código Civil. Sólo así, aducen quienes arguyen este planteamiento, se evita que el reconecedor pueda eludir fraudulentamente los requisitos complementarios exigidos en la regla general.

Sin entrar ahora en un estudio en profundidad, nos limitamos a decir que el autor ofrece soluciones concretas a problemas que se plantea acerca de qué ocurre cuando resulte acreditada otra filiación contradictoria, cuál es la razón de que el legislador no otorga un idéntico trato privilegiado al reconocimiento testamentario del hijo mayor de edad o de un hijo premuerto y, por último, en qué casos hay reconocimiento de un menor o incapacitado

Concluye el estudio de las formas de reconocimiento exentas de los requisitos complementarios en el capítulo quinto, dedicado al reconocimiento de menores efectuado dentro del plazo señalado para practicar la inscripción del nacimiento. El fundamento de su trato privilegiado parece encontrarse en el hecho de que el progenitor declare voluntariamente su paternidad, asumiendo las obligaciones que la Ley impone a los padres respecto de sus hijos precisamente en fechas tan próximas al nacimiento, hace pensar, como dice Pozo, que se logran dos objetivos: en primer lugar, el interés del hijo porque procura al hijo desde el primer momento una filiación determinada legalmente y, en segundo lugar, la verdad biológica porque el contexto en que se produce la declaración del reconocedor revela que responde al hecho biológico de la procreación.

En cuanto al plazo legal de inscripción del nacimiento, hay que decir que se debe practicar entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento. Dicho plazo se amplía a treinta días si se acredita justa causa.

Es digno de mención el tratamiento que el autor efectúa de los casos que pueden ocurrir si el padre reconoce después del nacimiento. El supuesto que plantea mayores problemas es el nacimiento que se haya inscrito entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento, y el reconocimiento se haya efectuado después de esos ocho días pero antes de los treinta días siguientes al nacimiento. Queda resuelto por Pozo con una interpretación que justifica sobradamente, según la cual, este caso se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo 124.II del Código Civil.

A continuación, el autor estudia el derecho de la madre de suspender la inscripción de paternidad. Sobre el fundamento de la facultad de la madre, tras exponer las diversas opiniones de la doctrina, nos advierte que carece de justificación, pues el motivo que haya llevado a la madre a pedir la suspensión de la inscripción es irrelevante, dado que su voluntad se configura sin la obligación de atender a la realidad biológica o al interés del hijo.

Cuando la madre sea menor de edad o se encuentra incapacitada, Pozo señala que la cuestión de si el representante legal de la madre puede ejercitar el derecho, debe responderse negativamente porque esta facultad es personalísima y, por tanto, sólo la madre podrá ejercitar este derecho si tiene suficiente juicio.

Por último, se ocupa del contenido de los requisitos necesarios para ejercitar este derecho, como son la observancia del plazo de caducidad y que la maternidad se encuentre determinada legalmente, y de la confirmación de la inscripción.

IV. El cuarto bloque de nuestra clasificación es el capítulo sexto, donde aborda el «Reconocimiento del ya fallecido. El consentimiento de sus descendientes o representantes legales». Destacamos el amplio estudio de los dos sistemas que existen sobre el reconocimiento del hijo ya fallecido en el marco del Derecho comparado.

Posteriormente, se centra en nuestro Código, y de aquí podemos poner de relieve la crítica que desde el punto de vista biológico efectúa a la exigencia del consentimiento de los descendientes, la solución que propugna para superar las dificultades de coordinación entre la verdad biológica y el interés del hijo y, también, la postura de Pozo de exigir, si son varios los descendientes, el consentimiento de todos en base a unos argumentos que expone en el libro

V. En la conclusión final, el autor, a la vista de todo lo que precedentemente ha dicho, entiende que se revela como inexacto afirmar que en la determinación extrajudicial de la filiación rige plenamente la verdad biológica. Sostiene dos soluciones alternativas al Derecho vigente si queremos que la filiación se ajuste a la realidad biológica: *a)* eliminar los requisitos complementarios creando una acción de impugnación de reconocimientos que sean falsos con la verdad biológica; *b)* o mantener los requisitos complementarios al reconocimiento y, en caso de no producirse, el autor del mismo podrá ejercitar la acción para reclamar la filiación, tanto si hay posesión de estado como cuando no lo hay. Pero, en dichos casos, los efectos de la filiación deben limitarse con carácter general.

En definitiva, esta precisa y documentada obra evidencia en POZO un profundo conocimiento del Derecho, la mejor prueba de lo cual es la valoración que su prologoista, el Catedrático ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, otorga tanto a la monografía «que fue realizada con ilusión, cuidado y rigor» (pág. 14) como al autor «que es un profesional cualificado» (pág. 14). Por ello, estamos ante una obra necesaria para cualquier estudio óptimo de la materia abordada.

EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO
Universidad Autónoma de Madrid

PÉREZ ALVAREZ, MIGUEL ÁNGEL: *Interpretación y Jurisprudencia (Estudio del art. 3.1 del Código Civil)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994. Prólogo del Profesor SANCHO REBULLIDA. Un tomo de 286 págs.

Pasaron los tiempos del absolutismo en los cuales se imponía la aplicación de la letra de la ley en cuanto que ésta dimanaba directamente de la voluntad del legislador, omnipotente y sin posibilidad de comentarios o recortes al «dixit» del soberano.

Ya, por supuesto, no se concibe una norma sin el correspondiente y natural estudio. Como bien dice el Profesor SANCHO REBULLIDA en el prólogo, las leyes no se aplican por sí mismas sino que las aplica alguien y ese alguien primero tiene que entenderlas, y en esto consiste la interpretación. Y hasta en los casos en que los términos legales no dejan duda hay también una interpretación que es la puramente gramatical. Esto es lo que viene a significar la regla de los clásicos de que *in claris non fit interpretatio*; o sea, que baste leer la norma en cuestión y no sea preciso compararla o sopesarla con otras análogas o concomitantes.

Pero tales claridades no se dan siempre. Más bien sucede lo contrario y de ahí la importancia que conceden los autores al tema de las pautas que deben presidir la búsqueda de la verdadera voluntad contenida en la Ley.

Es ya clásica la postura cuatrimembre de SAVIGNY, que expuso en su *Sistema del Derecho Romano actual* sobre los posibles métodos interpretativos: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Sobre estos puntos, algunos doctores han intentado variaciones más o menos novedosas, sin que hayan faltado los partidarios de una aplicación conjunta o sincrética de los varios caminos para mejor lograr la más completa visión del sentido de la norma.

Ultimamente, al lado de esos elementos clásicos, se ha producido la recepción de los cánones sociológico y teleológico como muy importantes para en-

cauzar la interpretación de la Ley. Esa recepción comenzó en los ámbitos doctrinales, que se extendió después a la jurisprudencia y pasó por último a las legislaciones. En España la tendencia se ha recogido en el Código Civil, según el texto modificado en 31 de mayo de 1974. En el nuevo artículo 3.1 se ordena acudir, para interpretar las normas, no sólo al sentido de las palabras, sino relacionándolas con su contexto y los antecedentes históricos y legislativos. A esto se añade, resaltándolo, «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

La novedad es lo suficientemente importante como para que haya motivado la atención de los tribunales que la toman con cierta frecuencia como base de sus decisiones y también de los tratadistas que la estudian con la atención que merece.

Y aquí tenemos uno de esos estudios, concienzudo y profundo, que analiza la interpretación desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial.

El autor del libro, Miguel Angel PÉREZ ALVAREZ, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, es conocido de nuestros lectores, ya que aparece por tercera vez en estas páginas en un corto espacio de tiempo. Su debut tuvo lugar con ocasión de su Tesis Doctoral sobre la solidaridad en la fianza y volvió con nosotros al comentarle un libro sobre las nuevas directrices de la adopción. En ambos casos hubimos de hacerle unos comentarios merecidamente encomiásticos, que ahora tenemos que repetir con toda justicia. Pues este libro que estamos presentando contiene un estudio importante del tema, caracterizado tanto por su rigor doctrinal como por la exhaustiva búsqueda y reseña de resoluciones judiciales de todo tipo con las que ilustra su exposición.

Comienza el libro estudiando los criterios tradicionales utilizados en España tanto por la doctrina como por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código Civil. A ellos se vino a añadir el canon sociológico, aunque con la cautela impuesta por el dato importante de que no existía entonces una norma legal aplicable en que basar la nueva teoría. Así ocurrió con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1934 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1968, que el autor analiza. En ambas sólo pudo acudirse a una interpretación extensiva de los preceptos del Código que se referían a los supuestos discutidos.

La cuestión ha quedado resuelta con la nueva redacción del artículo 3.1 del Código Civil, cuyo íter legislativo nos muestra Miguel Angel PÉREZ, para entrar después en el estudio detenido de su contenido.

El primer punto que analiza es la polémica doctrinal suscitada sobre la cuestión de si las leyes deben o no contener reglas interpretativas. La examina según el planteamiento de varios conocidos tratadistas extranjeros que argumentan en diversas direcciones, pasando después a aplicar tales posturas el Derecho Español. Aquí incluye ya una numerosísima relación de sentencias del Tribunal Supremo en sus distintas Salas, algunas de las cuales sólo invocan de modo genérico el artículo 3.1 y otras, las más, toman en consideración y resaltan algunos de los elementos interpretativos contenidos en dicho precepto. Advertimos que no se trata de una relación «pelada», sino explicativa de los diferentes matices de cada sentencia, con lo que se da una más completa visión del tema. De verdad, se ha realizado un auténtico trabajo de chinos.

¿Tienen carácter imperativo o solamente indicativo las normas legales sobre interpretación? El autor recorre y recoge las diversas opiniones doctrina-

les, aceptando la del Profesor Federico de Castro, en su conocido trabajo sobre el particular, según la cual el nuevo artículo 3.1 del Código Civil tiene sólo carácter de *ius cogens* y así lo ha declarado también el Tribunal Supremo en algunas sentencias que se citan.

En el Capítulo IV del libro se hace una exposición también detallada de la aplicación por Tribunal Supremo de los elementos histórico, sistemático y finalista para proceder a la interpretación de las normas. Pero el elemento más importante, por su novedad y aplicación, que es precisamente el sociológico, parece que queda aplazado, según nos dice el autor, para un estudio monográfico posterior. Desde ahora le emplazamos para que, en su día, podamos comentar este nuevo libro que nos anuncia y que será, sin duda, utilísimo.

Quizá en ese futuro estudio sobre el elemento interpretativo sociológico nos aclare el autor una idea que deja suelta en el último Capítulo de este libro. Al tratar de la ordenación jerárquica del nuevo artículo 3.1 del Código dice que este precepto obedece a la idea de considerar al espíritu y finalidad de la norma como el objeto al que debe responder la actividad hermenéutica y al que en consecuencia deben ser subordinados los cánones de la interpretación. Y sigue diciendo el autor que si bien esto es lo correcto cuando se trata de la interpretación *intra legem*, por el contrario considera que la idea debe revisarse cuando haya una interpretación *extra legem*, a la que a menudo se llega cuando se trata de indagar el sentido y alcance atribuible a la norma. ¿Cabe, en este caso, que una interpretación extensiva basada en el dato sociológico, puede llegar a ser prácticamente derogatoria de la propia norma?

Esperamos la respuesta en el próximo libro. Ahora sólo nos queda felicitar al autor por este libro que hemos comentado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

VARIOS AUTORES: *Derecho Agrario Español y de todas las Comunidades Autónomas (Congreso Internacional e Iberoamericano de Derecho Agrario)*, editado por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes de la Comunidad Autónoma de Aragón. Zaragoza, 1993. Un tomo de 445 págs.

En los últimos días de septiembre y primeros de octubre de 1992 se celebró en Zaragoza este Congreso Internacional bajo el patrocinio del Gobierno de aquella Comunidad, que así quería contribuir a la conmemoración del V Centenario del Descubrimiento de América. El Congreso fue un completo éxito cultural y de organización.

Asistieron unos 200 congresistas de todos los países del mundo, todos juristas prestigiosos que con sus ponencias, comunicaciones y aportaciones dieron una completa visión del iusagrario en todo el orbe. Se recibieron 111 trabajos para los tres temas generales tratados en el Congreso, distribuidos así:

- Ambito de España. Aspectos de las legislaciones propias de sus Comunidades Autónomas.
- Ambito de Iberoamérica.
- Ambito de Europa y el resto del mundo.

En este tomo se han recogido las ponencias y comunicaciones presentadas al primero de los temas y es de desear que pronto aparezcan también las

restantes, tan interesantes como éstas. De ello podemos dar fe quienes tuvimos la suerte de asistir a este gran Congreso; representando al Colegio de Registradores de España participaron Manuel AMORÓS GUARDIOLA y quien escribe este resumen, ambos Registradores de la Propiedad de Madrid.

El libro se abre con un afectuoso saludo de presentación del que era por entonces Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón, don Emilio Eiroa García. Después se entra en materia reproduciendo el discurso académico de apertura que corrió a cargo del Director de la Asociación Española de Derecho Agrario, organizadora del Congreso, el Catedrático don Juan José Sanz Jarque, el cual trató de las instituciones del Derecho Agrario y en especial de la cooperativa, como paradigma del asociacionismo, medio urgente para conseguir la necesaria modernización de nuestra agricultura.

A continuación se recogen las ponencias en las que se exponen y desarrollan las normas especiales que han promulgado las diversas Comunidades del ámbito español, en uso de las competencias que les ha atribuido la Constitución en la esfera rural.

— Por Aragón, región organizadora y sede del Congreso, hubo tres ponencias a cargo de Gabriel GARCÍA CANTERO, Manuel GARCÍA SALETE y Luis MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ.

— Por Andalucía, José Damián TÉLLEZ DE PERALTA.

— Por el Principado de Asturias, Juan FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL.

— Por Baleares, Isabel BURGOS BALLESTEROS.

— Por Canarias, Guadalupe GONZÁLEZ TAÑO.

— Por Cantabria, Marcelino Jesús TOUBES HERRERO.

— Por Castilla y León, José María DE LA CUESTA SÁENZ.

— Por Castilla-La Mancha, FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.

— Por Cataluña, Primitivo BORJABAD GONZÁLEZ.

— Por Extremadura, José Ramón RUBIO ROFFIGNAC.

— Por Galicia, José María FRANCO GARCÍA.

— Por Madrid, Juan SÁNCHEZ JEREZ.

— Por Murcia, José María CID DÍAZ.

— Por Navarra, Aránzazu BETELU CORCUERA.

— Por La Rioja, Luis GORDO CALVO.

— Por la Comunidad Valenciana, Luis AMAT ESCANDELL y Desamparados LLOMBART BOSCH.

— Y por el País Vasco, Juan MARTÍNEZ DE MARIGORTA ANDRÉS.

En sus trabajos respectivos se exponen las características agronómicas y jurídicas que conforman la estructura de la tierra y sus cultivos en las distintas regiones, según sus particularidades, conteniendo un resumen de la normativa correspondiente, todo ello con vistas a adaptarse a las nuevas exigencias de la sociedad. En varias de estas exposiciones se trasluce también la inquietud por el trato no siempre justo que España recibe de los organismos de las Comunidades Europeas en el sector agrario. En conjunto se articula un completo abanico de necesidades y aspiraciones que reflejan la realidad campesina española con datos de primera mano.

Las novedades que trajo el año 1992 en materia de Derecho Agrario en el ámbito español fueron recogidas por el Profesor Carlos VATTIER FUENZALIDA en su conferencia, pasando después a estudiar los principios del Derecho autonómico a la vista de las exposiciones antes relacionadas.

También se presentaron muchísimas comunicaciones —ya hemos dicho que alrededor del centenar—, aunque aquí sólo se reproducen las referentes al ámbito español, agrupadas por temas. constitucionalidad, particularidades autonómicas, modernización de la agricultura, cooperativas, pastos, bosques y medio ambiente, aguas, crédito agrario, materia fiscal y tributaria, procesal y hasta turismo y consumo.

El Notario y gran agrarista Alberto BALLARÍN MARCIAL pronunció como final una extensa y magnífica conferencia de síntesis de lo tratado en este Congreso, que se reproduce íntegramente en el libro, ocupando 40 páginas de apretada letra. Hizo un planteamiento científico del Derecho Agrario estudiando sus principios generales, entre ellos lo que llamó «el gran respeto a los derechos humanos». A continuación resaltó la internacionalización del Derecho agroalimentario, lo que supone una gran renovación y ampliación del viejo Derecho Agrario, tanto en su contenido como en su perspectiva de ámbito internacional; así, estudió los últimos tratados sobre la materia, cada vez más frecuentes e importantes, como también las condiciones actuales para el progreso de este Derecho internacional agrario.

En el apartado del Derecho Agrario español estudió la básica normativa nacional, o estatal, como se dice ahora impropiaemente, que es la general y en todo caso supletoria. Después estudió el Derecho autonómico resumiendo y comentando las aportaciones de los ponentes y construyendo sobre ellas una teoría de las tendencias generales que se manifiestan en las normas regionales.

Finaliza su magnífico estudio con un resumen de la agricultura en África y Asia y con especial atención de la de Iberoamérica, tema central en definitiva de este Congreso conmemorativo. Repasa el Derecho indiano, el mestizaje jurídico, las reformas agrarias, el reconocimiento de la propiedad individual, la importancia de los recursos naturales renovables, los derechos del campesino, la lucha contra la droga y los grupos étnicos, todo ello en nuestra América. Un completísimo y documentado trabajo, tal como corresponde a la indudable talla internacional del autor.

Este libro, que ha llegado a nuestras manos con bastante retraso por diversas y complejas causas, nos ha hecho revivir unas gratas jornadas en las que a la brillantez de los estudios aportados y el gratificante y constructivo diálogo con participantes extranjeros y españoles se unieron las grandes atenciones prodigadas por los aragoneses, autoridades y particulares, que agradecemos muy de verdad.

El tomo, denso de contenido, es un completo trasunto de lo que fue y significó aquel Congreso Internacional e Iberoamericano de Derecho Agrario de Zaragoza, de feliz recordación.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

PAU PEDRÓN, A.: *Clarín, Ganivet, Azaña (Pensamiento y vivencia del Derecho)*, Ed. Tecnos, 1994.

No he sido asiduo lector de biografías, pero las que he leído me han impresionado sobremanera. Voy a citar algunas, pues ello me va a servir para encuadrar las que son objeto de esta recensión. Stefan ZWEIG me dejó alucinado con sus *Momentos estelares de la humanidad*. MARAÑÓN, con su *Conde Duque*

de Olivares y con los *Tres Vélez* me llenó de esos personajes históricos. MARI-CHALAR me hizo sentirme español al leer las prodigiosas hazañas del segundo «Duque de Osuna»; GIRBAL diseñó genialmente la figura del Marqués de Salamanca y PÉREZ FERRERO contó la historia de dos poetas, hijos de un Registrador de la Propiedad, llamados Antonio y Manuel MACHADO. Podría ampliar el campo de las citas, pero con las que hago me bastan y me sobran para enjuiciar las que son objeto de esta recensión. PAU PEDRÓN, autor del ensayo, reúne muchas de las primorosas cualidades de alguno de los que he citado. Domina, en primer lugar, la trayectoria del personaje al que suele enmarcarle humanamente, para luego diseñar el objeto fundamental de su estudio: su proyección jurídica. Pero además de ello el autor juega con datos de investigación que ponen notas de humor en la figura y rigor académico en la vivencia que se ofrece. La síntesis, el esquema y la proyección del personaje llevan al lector a una placentera lectura que se enriquece con conocimientos y que permite un encuadramiento rico en perfiles y humano en su presentación.

El libro —libro de bolsillo, como debe ser— nos acerca y nos ofrece a cuatro personajes que ocupan sitio preferente en el campo jurídico. Leopoldo ALAS «CLARÍN», Angel GANIVET, Manuel AZAÑA y don Jerónimo GONZÁLEZ. Son cuatro figuras que ofrecen en su ámbito personal y jurídico unos singulares modos de pensar y unas indiscutibles originalidades que abren campos para la discusión y el sometimiento disciplinario del pensamiento. Son figuras, son personajes que, como grandes espejos, podemos acercarnos a ellos con el propósito de la emulación o con el sentido crítico de superación, lo cual resulta difícil. Son figuras que el autor trata con mimo y acierto y de tres de las cuales dice: «Pero en el tema que aquí los reúne resultan pensadores muy distintos. CLARÍN, GANIVET y AZAÑA tienen tres concepciones del Derecho; concepciones muy diversas, pero llamativamente complementarias: el Derecho como determinante de la conducta, el Derecho como conducta, el Derecho como consecuencia de la conducta.»

Los tres primeros personajes, a los que luego se agrega la figura de don Jerónimo GONZÁLEZ no han pasado para mí de ser literarios y, por eso, me sorprende tanto el estudio que PAU hace de los mismos en el campo jurídico. Una de las imposiciones paternas que tuve fue la de leer *La Regenta*. A GANIVET lo leí por mi cuenta y todavía recuerdo el «trabajo» en el que Pfo CID trata de «desasnar a unos estudiantes». La figura de AZAÑA —uno de los hombres más nefastos en la Historia política— me defraudó en *El jardín de los frailes* y, sin embargo, me entusiasmaron sus dos conferencias: «El problema español» y «Apelación a la República».

A. LEOPOLDO ALAS «CLARÍN».—Pesa sobre el autor de estos ensayos biográficos la idea del «krausismo» y aunque afirma que no existen o no hay apenas rastro de las concepciones jurídicas de ese movimiento, enlaza la figura del mismo con la de Francisco GINER DE LOS RÍOS para ver sus diferentes concepciones. La figura de «CLARÍN» la presenta el autor a través de dos circunstancias: como Catedrático del Derecho y su dudosa vocación de jurista, examinando para ello sus dos obras fundamentales *El Derecho y la Moralidad* y el prólogo a la obra de IHERING *La lucha por el Derecho*.

Parece ser que las posibles influencias que Máximo MANSO, Catedrático y adscrito a la escuela krausista (cuya esencia es la armónica relación de todos los seres, entre ellos y con Dios) no llegó a penetrar en sus esquemas del Derecho. Leopoldo ALAS es Catedrático años más tarde y, al igual que Máximo MANSO, su vocación es la enseñanza. La condición de Catedrático de Leopoldo

ALAS es una de las claves reveladoras de su pensamiento y de su obra. Las explicaciones de cátedra del último curso son sorprendentes, y desbordan el interés que puedan tener para valorar el contenido de su *Derecho natural*: diferencia entre altruismo y caridad; el hombre y la creación; justicia, libertad, Dios; los fines del hombre: fin religioso y fin económico.

La dudosa vocación jurídica de Leopoldo ALAS «CLARÍN» la dibuja PAU a través de dos de sus obras jurídicas. La primera es la tesis doctoral en la que —a diferencia de la brillantez como novelista y ensayista— aquí resulta farragoso y confuso y su prosa está llena de oscuridad y descuido. La tesis es una adhesión pública a GINER DE LOS RÍOS y en sus páginas resplandece la adhesión del autor a la tesis krausista del pensamiento propio y el rigor científico. En el prólogo a la obra de Ihering es donde ya claramente se pone de manifiesto un rechazo a las concepciones krausistas, existiendo una ruptura con el idealismo filosófico. Pero también en la anterior obra da «un tirón hacia abajo» de la filosofía krausiana concluyendo que «el Derecho es todo orden de prestaciones que ha de poner el ser racional para cumplir el fin de la vida». Leopoldo ALAS da el salto hacia la «facticidad» del Derecho y entiende que es «una realidad inmediata que llena toda la vida y que se gana en lucha perenne con la injusticia, como el pan de cada día en la guerra del trabajo».

B. ANGEL GANIVET—Se llamó «regeneracionismo» al que representan Joaquín COSTA y Angel GANIVET, pero ello se refiere al campo literario donde a este último se le pretende situar como «cabeza» de la generación del 98 ya que en un año apenas más joven que UNAMUNO y porque su obra *Idearium español* se considera central y decisiva para la comprensión de la problemática y la actitud vital de tal generación.

PAU PEDRÓN sitúa a GANIVET —sin despojarle de su condición de diplomático, literato y escritor— en el campo jurídico y considera que tiene una formación jurídica y hace uso confiado de ella atreviéndose a sintetizar en pocas frases la historia del Derecho español y a comparar, por ejemplo, el régimen de la filiación en el Código Civil y en las Partidas. GANIVET —sigue diciendo PAU— es jurista y por eso lo es también Pío CID, que ejerce esporádicamente la abogacía y sacrifica sus ocios escribiendo unos *Comentarios* —filosóficos e histórico-comparativos— *al Código Civil*.

El autor nos conduce en la trayectoria del personaje a través de su etapa universitaria donde primero se hace Licenciado y luego por oposición se convierte en «archivero y bibliotecario» y luego en Abogado. Los rasgos que perfilan el pensamiento de GANIVET son el *estoicismo* (al estilo del estoicismo natural y humano de SENECA), el *cinismo* (basado en su orientación antidemocrática, el elogio de la pobreza y la exaltación de lo natural) y el *utopismo* (ya que se aleja del optimismo y del fatalismo cósmico, situando la voluntad humana desnuda, libre y sin ayuda transcendente).

La contraposición —o el «desgarro»— entre Justicia y Derecho es otro de los puntos en los que GANIVET profundiza y llega al examen del sentimiento de la justicia dentro del pueblo español, siendo, a mi juicio, actuales las siguientes frases: «Somos una nación donde todas las injusticias, inmoralidades, abusos y rebeldías tienen su natural asiento». En su «España filosófica contemporánea» —frustrada tesis doctoral— denuncia algo que con el tiempo va a ser uno de los males más graves que tiene el mundo del Derecho español: *las leyes no sirven para nada*. «La incoherencia de las leyes procede de la incoherencia social y, en última instancia, de la incoherencia individual, que tienen de incoherencia a las normas que producen. ¿Cómo se remedia este

mal?» La solución es una de las tesis más repetidas por GANIVET: la labor educadora ha de sustituir a la tarea legislativa. Yo, cuando a un Ministro de Cultura le definí ésta como situación inversa al Derecho. a mayor cultura se empequeñece el Derecho y a menor cultura se agranda, por no saber respetar el de los demás, estaba, sin saberlo, citando a GANIVET.

Se concluye el estudio con dos temas claves en el intento jurídico de GANIVET —a través de Pío CID— y son la reforma jurídica de la sociedad y la transformación social del hombre, no a través o por medio de leyes, sino de ideas y tras la restauración espiritual de la sociedad lograr una restauración del Derecho. En un principio lo que hace falta no son legisladores, sino hombres de acción y sentido común. Cosa que —trasladada a los momentos actuales— es de urgente necesidad. Lo que sucede es que a GANIVET le desconocen la mayor parte de los legisladores y HELSINKI y sus nieblas le ponen sombras de credibilidad y excusa

C. MANUEL AZAÑA.—La gran virtud literaria e investigadora de PAU es haber sabido presentarnos la figura de AZAÑA como un jurista, atrayendo la misma a todos aquellos que habiéndole contemplado en «carne mortal» no pudimos separar la «nefasta» visión política, de la belleza de su pensamiento jurídico. A mí me parece casi *milagroso* que se haya podido escribir con objetiva serenidad de sus aportaciones jurídicas, olvidando la frase que se le atribuyó de «tiros a la barriga», pero parece ser que en este personaje su idealismo jurídico nada tenía que ver con el político.

Esto es lo que yo pienso, pero no lo que nos ofrece PAU, quien con su maestría descriptiva nos conduce por esos pasillos jurídicos que AZAÑA transitó y así nos dice que «El Derecho está, sin embargo, presente siempre». Como protagonista está en su formación universitaria y en algunos escritos y actuaciones públicas; como soporte, en sus veinte años de funcionario del Ministerio de Justicia; como trasfondo en actuación política final: en ella, una de las palabras más repetidas, una de las ideas más arraigadas, es la de justicia. Por ello nos presenta la vocación jurídica y su dedicación, las huellas del desastre (se refiere al desastre colonial de 1898), la responsabilidad de las multitudes en su tesis doctoral, su faceta de abogado en el bufete de DÍAZ COBEÑA, la libertad de asociación en su discurso de recepción de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sus oposiciones a Letrado de la Dirección General de los Registros y Notariado, los estudios de Derecho en París, los recursos gubernativos de la Dirección General de los Registros, su negociado de Registro Mercantil, Registro Civil y miembro de oposiciones a Notarías, etc.

En la tercera parte de este trabajo el autor sitúa al personaje en el campo exclusivo del Derecho y sus ideas predominantes de que el Estado no puede pensarse más que en función del Derecho, la necesidad de la presencia de la justicia, la reorganización jurídica de Ejército, el problema religioso como cuestión de estricto Derecho, y la organización territorial del Estado.

Esta vertiginosa síntesis que hago, claramente demuestra mi falta de equilibrio para respetar todas las cosas que PAU dice en elogio del personaje, pero en la dimensión de los tiempos uno se siente preso de sus recuerdos y no hay que olvidar que durante mi ya larga vida viví una Dictadura, una República, una Guerra Civil y una etapa de «años triunfales», platos únicos y días sin postres, hasta llegar al paraíso democrático que podría exigir una nueva «desamortización» por acumulación en «manos vivas» de riqueza. Puede ser —y no lo niego— que AZAÑA pueda ser calificado —como él mismo se definió— como «Hombre de Derecho y de Ley», pero ya OSORIO le contestó —mejor de lo que

yo tenía pensado hacer— que «procrea leyes legítimas, mas no jurídicas». Volvemos a la eterna cuestión del derecho justo e injusto...

E. DON JERONIMO GONZALEZ.—Concebido el libro para las tres figuras que hemos reseñado, el autor agrega a las mismas la de don Jerónimo, que es, sin duda, un trabajo que él parcialmente expone en un ciclo de conferencias en honor del personaje. Escinde la materia para diseñar la figura y el pensamiento de don Jerónimo en tres partes fundamentales: el mito, paradigma y parábola.

El «mito» reside en las grandes dificultades de lograr la reconstrucción histórica de su vida y actividad a través de una documentación. Esta simplificación —dice el autor— de su trayectoria vital, ha hecho que don Jerónimo, que fue casi mito en su vida, se convierta definitivamente en mito tras su muerte.

Don Jerónimo es, además de mito, «paradigma». Paradigma de intelectual. Fue la antítesis del científico obsesionado sólo con el estudio de su limitada parcela de investigación. Don Jerónimo aplicó su mentalidad de intelectual a todo lo que abordaba.

Don Jerónimo, que es mito y paradigma, es también el personaje principal de la «parábola» del sabio en la Administración. Don Jerónimo, sentado en su mesa isabelina de la Dirección General, enseña, sin voluntad didáctica, a todos los que se acercan a él para resolver un problema o para aclarar un concepto. Ejerció un fecundo magisterio sobre Notarios y Registradores.

Estas tres notas que he querido resumir para no alargar esta recensión diseñan serenamente la figura de don Jerónimo que, junto a las otras, ofrecen al jurista un campo para saber entender ciertos aspectos que se escapan de los habituales esquemas. Aparte de aprender muchas cosas, he disfrutado mucho leyendo el ensayo y «pasando algún apuro» en la recensión.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M.^ª. *La Protección Inmobiliaria del Consumidor en la Comunidad Europea*, Colegio Nacional de Registradores, Centro de Estudios Hipotecarios, 1994.

Hace ya algunos años la «fiebre» de la protección al consumidor contagió a muchos, lo mismo que sucede con la «gripe». Lo que sucede es que la fiebre y la gripe tracen consecuencias poco recomendables y la lucha para la protección del consumidor solamente beneficios ofrece. Del «contagio» que el tema suscita puedo dar dos testimonios, recién llegado de América. Uno es el de La Plata, en donde se celebraron los actos conmemorativos del Centenario de la Revista Notarial y donde —en mi conferencia inaugural— se me preguntó por ese tema tan candente en la actualidad. Al regresar a España he recibido una convocatoria de Uruguay para asistir a una especie de semicongreso y cuyo tema central es el de la protección al consumidor. En Europa, por lo que veremos en la monografía que comentamos, el tema es actual.

Pero también convendría retroceder un poco o un mucho, pues a mi memoria acuden al reclamo de la cita —como si se tratara de un cornetín de órdenes— unos datos que quieren desfilar. El 15 de diciembre de 1978, en el Palacio de Exposiciones y Congresos, y organizado por la OCU, expliqué algo de las cláusulas abusivas en los contratos de transmisión y garantía. En el

grupo de Registradores figuraba Manolo AMORÓS. Es decir, ha llovido desde entonces, pero a mí no me extraña que no se hayan tenido en cuenta mis aportaciones, entre otras cosas porque no me preocupé de publicarlas. Soy una especie de contribuyente anónimo de ideas, pero sin el respaldo de la publicación. Pero, eso sí, aquella intervención me «legítima» para poder hablar con proyección de futuro y con recuerdo de etapas anteriores del problema central de la monografía. Vuelvo al ruedo del tema, aunque ya no sé si con plenas facultades.

La monografía —que es precedida de un prólogo del Decano del Colegio— está cuajada de sugerencias, planteamiento de problemas y proyectos de resoluciones. Es amplia, densa, pero clara. Anoto ocho apartados o capítulos y tres anexos, que debo respetar. En el prólogo el Decano recuerda la preocupación corporativa sobre el tema que se plasmó hace dos años en unas Jornadas celebradas en los cursos de verano de la Universidad Complutense en El Escorial. Se apunta el núcleo esencial de la monografía: la relación que el Derecho de los Consumidores tiene en el marco del Derecho Comunitario.

Y con estos antecedentes vamos a ir desmenuzando el tema y su exposición:

A. INTRODUCCION: LA COMUNIDAD EUROPEA.—La capacidad de síntesis de la que el autor hace gala se plasma en este primer capítulo, donde con breves pero acertadas puntualizaciones prepara el lector para comprender la situación de la Comunidad Europea en los momentos actuales y su proyección de futuro. El autor utiliza como claves para ello cuatro puntos decisivos: pluralidad de comunidades, ausencia de división de poderes, autodefinición de competencias e integración sucesiva. Es decir, que la normativa actual pretende, a través de una «unión económica», el camino de la «unión política». Ello obliga a respetar la pluralidad de comunidades y la ausencia de división de poderes que reconocen cuatro instituciones básicas: el Consejo, la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Justicia. Los otros dos puntos se explican por sí mismos.

B. LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO.—Aceptando esa sistemática que todos los opositores heredamos de CASTÁN, el autor la emplea con el ánimo de ofrecernos un panorama que va desde el concepto y las fuentes del Derecho comunitario hasta el punto clave de la relación entre este Derecho y el interno de cada Comunidad.

Se trata —dice el autor siguiendo a la doctrina— de un derecho «nuevo» carente de precedentes históricos directos y su definición tiene que ser «negativa» de una parte y en tanto se deslinda su ámbito de actuación singular frente a otros derechos y «positiva» de otra, en cuanto muestra su estructura y funcionamiento. Partiendo de ese doble aspecto, va desarrollando la teoría de las fuentes (obligatorias, no obligatorias, actos *sui generis*, fuentes complementarias (derecho originario y derivado, reglamento, directiva, decisión y recomendación o dictamen), principios generales del Derecho, Jurisprudencia Comunitaria, Costumbre, Derecho Internacional y actos atípicos.

Esbozada de esta forma —y explicada conceptualmente— la trama legislativa del ordenamiento europeo, el autor se plantea —y su aportación es importante en este punto— la eficacia de la normativa comunitaria sobre el derecho interno de cada Comunidad. Me tomo el atrevimiento de resumir un conjunto de razones en las que entran los Tratados, las directivas y la jurisprudencia, entendiendo que el principio fundamental es el de la aplicabilidad directa y de primacía del Derecho comunitario, correlativos a los principios de competencia y supremacía.

Recordando mis pobres aportaciones a estos temas veo que ya en el año 1986 me atrevo a recensionar una obra que me impresionó mucho y que, en el fondo venía a ofrecer unos conceptos semejantes a los que el autor utiliza. Se trataba de la obra «Introducción al Derecho Comunitario Europeo», de PLENDER, R., y PÉREZ SANTOS, J., publicada en la *RCDI*, 1986, pág. 587. Supongo que la citará el autor, aunque me resulta penoso recorrer las notas, pues a los perezosos nos sirven más las citas bibliográficas finales.

C. LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD.—El autor tiene que partir de lo que se denomina libertades comunitarias y que se enumeraban bajo los signos de libertad de circulación de mercancías, de trabajadores, de capitales y de establecimiento, a la que añade la quinta libertad comunitaria: «la competencia judicial». Por la fuerza de esos apotemas se reconocen los derechos fundamentales comunitarios, entre los que figura la propiedad. El dominio es un derecho protegido por el orden comunitario siguiendo las mismas pautas de las Constituciones de los Estados miembros. No es un derecho absoluto, sino limitado por la función social de los bienes sobre que recae, sujetos a una diversidad de regímenes jurídicos.

El examen que el autor hace de la propiedad lo centra en el derecho interno a través de la Constitución, el Código Civil, el derecho histórico y el contenido propio de la propiedad en sus aspectos urbano y rústico. Concluye este capítulo con la advertencia de la existencia de límites «comunitarios» dentro del derecho interno y así habla de la «función social comunitaria del contenido del dominio que lo delimita y que puede extraerse de dos tipos distintos de fuentes del Derecho: el derecho privado y la jurisprudencia comunitaria.

D. LOS PROGRAMAS DE ACTUACION DE LA CEE EN MATERIA AGRICOLA.—El presente capítulo abre tres puertas al lector: las actuaciones de la CEE sobre la propiedad rústica, la protección comunitaria del medio ambiente y la protección de los consumidores. Resulta difícil ofrecer un resumen ordenado de todo ello y, por eso, me limito a señalar cómo el autor destaca en la entraña las fases, los organismos y las conclusiones o disposiciones para el logro de estas tres direcciones

E. PROPIEDAD URBANA.—Destaca el autor el carácter estatutario de la propiedad urbana y señala hasta siete presupuestos que la configuran. Para mí resulta penoso volver al concepto de la propiedad urbana en nuestra actual legislación, ya que hablar de un derecho «vacío de contenido» es el atentado más serio que al Derecho se le puede hacer. Además de ser una regulación anticonstitucional, está legislada en momentos «de malhumor». Hace poco leía en *DE LOS MOZOS*, en su advertencia de que había que volver a las raíces del concepto, y ahora veo que algo de todo ello deja traslucir el autor.

F. EL CONSUMIDOR Y SU ENTORNO.—Cita el autor el panorama Comunitario y su relación con el Derecho interno en materia de protección al consumidor que ve una gran posibilidad en el Tratado de Maastricht y que culmina, por ahora, en la Comunicación de la Comisión al Consejo de 14 de febrero de 1984 sobre la conveniencia de la armonización de las legislaciones para desterrar el uso de cláusulas abusivas en los contratos y la propuesta de Directiva presentada a la Comisión el 24 de julio de 1990.

Precisa el autor el concepto de consumidor y ofrece las sucesivas disposiciones que en España existen sobre la materia, singularmente la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de consumidores y usuarios, el Estatuto del Consumidor por Ley del País Vasco de 18 de noviembre de 1981 y la de

Cataluña de 5 de marzo de 1993. El Real Decreto sobre Información en materia de viviendas (RD 515/1989 de 21 de abril), las circunstancias esenciales de la publicidad empresarial (RD citado), la Ley de 27 de julio de 1968 sobre garantías de los promotores de viviendas, la Ley del Notariado y la Legislación Hipotecaria.

G. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO A LA CONSTRUCCION.—Expone este interesante punto, considerando que el conjunto de medidas legislativas que se producen o pueden producirse no pasan los límites de la figura de la multipropiedad y de las condiciones generales de los contratos. En su exposición distingue las directivas técnicas de las jurídicas, la posible armonización de legislaciones y los convenios sobre ejecución de resoluciones judiciales. Toca temas tan importantes como la publicidad engañosa, la información preventiva, las condiciones generales, la responsabilidad extracontractual, la contratación pública, las adquisiciones inmobiliarias transfronterizas, la responsabilidad de los constructores, el crédito al consumo y los contratos a distancia. Me limito a enumerar, siguiendo el índice, estas materias que exigirían un mayor espacio para su precisión, ya que el desarrollo siempre necesita el libro.

H LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSTRUCTORES.—Es el último capítulo de la obra y donde se contienen un conjunto de estudios que si bien están referidos a los constructores, permiten al autor tocar otros puntos íntimamente relacionados, como pueden ser la teoría de los vicios ocultos, la responsabilidad de los terceros adquirentes, el principio del tracto sucesivo, el temible problema de la doble venta, el crédito refaccionario, la venta de finca gravada y el precio aplazado, aparte de los problemas del principio de legalidad y la compraventa sobre plano en el aspecto jurisprudencial.

Completan la obra tres ANEXOS: el primero referido al «Segundo Plan Trienal», el segundo sobre el «El Consumidor y el Mercado Interior» y el tercero con notas referidas a la protección de los consumidores.

Me ha satisfecho mucho haber dado una información de la existencia de esta obra, pues yo recuerdo que ya el Colegio —cuando yo servía en el Centro de Estudios Hipotecarios— fue la institución que tuvo la oportunidad de celebrar el primer ciclo de Conferencias sobre MERCADO EUROPEO tres días después de haber entrado España a formar parte del mismo. La verdad es que ese punto y el de las Jornadas de Registradores y Conservadores de Hipotecas en la CEE son cosas que no las puedo confiar ni a los «turdetanos» para que las transmitan en verso... Esta obra viene a poner muy alto el listón y es una especie de culminación de estudios sobre el tema, que nos llevan a ampliar horizontes que en aquel entonces estaban reducidos a pequeñas parcelas. Conociendo al autor espero que dentro de muy poco nos sorprenda con un nuevo estudio monográfico tan claro, sistematizado y documentado como éste.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MANZANO SOLANO, A., y otros: *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1993.

Urge aclarar que la referencia que se hace a los autores de esta publicación —con base en unas conferencias por ellos dadas— se cita expresamente al primero y luego se habla de *otros*, y esto no encierra nada peyorativo y se ha

hecho, lo mismo que la Constitución española que habla del «resto del ordenamiento» jurídico, para evitar alargar la cabecera. Son, aparte del citado, Fernando CANALS BRAGE, Juan Manuel REY PORTOLÉS, Jesús VÍCTOR MURO VILLALÓN, José Luis LASO MARTÍNEZ, Mariano ALVAREZ PÉREZ y Francisco CORRAL DUEÑAS. Esto de escribir tiene sus grandes ventajas, pero lleva consigo el contar con «susceptibilidades» que pueden plantearte problemas. Yo creo que me he salvado en salud con un artículo publicado en *Lunes 4,30*, donde hablo de los «citados», los «mal citados», los «aludidos», los «reproducidos», etc.

La publicación constituye una más que se suma a esa gran dirección de facilitar al público el contenido de los actos jurídicos que en el Colegio se celebran. Las altas esferas que se están alcanzando en este sentido son muy dignas de elogio, pues abarcan monografías, estudios, memorias, tesis doctorales, etc. Debo en este sentido felicitar al actual Director del Centro por su fructífera labor, pero sí creo que debe aclarar que durante mi mandato «inicié» un conjunto de publicaciones, pero tropecé con un «tesorero» cutre que limitó siempre mis impulsos.

La publicación que comentamos tiene su base en una serie de conferencias que se dieron y que abrazan temas tan importantes como la hipoteca cambiaria, en garantía de títulos al portador, con cláusula de *endowment*, la hipoteca flotante y la divorciada del crédito garantizado, la hipoteca en garantía de los préstamos sindicados, la del ámbito urbanístico, otra vez la de con cláusula *endowment* y la de en garantía de pensiones alimenticias en convenios de separación matrimonial.

La verdad es que las figuras que destacan en el grupo son las de la hipoteca flotante, la de la cláusula *endowment*, la de los préstamos sindicados y la de pensiones alimenticias, pues las demás —aunque exigieran unos nuevos estudios— ya están trabajadas con bastante extensión por la doctrina hipotecaria. Esto no supone dar mayor importancia a unas sobre otras, sino situar a todas en plano de igualdad, pero también de actualidad jurídica.

Vamos a hacer una breve referencia a cada una de ellas en lo que nos ofrecen los diferentes autores y así el lector no asistente a las conferencias tiene una visión general.

A. HIPOTECA CAMBIARIA.—Antonio MANZANO es el autor encargado de desarrollar el tema. Es evidente que la minuciosidad del autor no deja ningún hueco sin estudio y examen y, por ello, su aportación es tan completa que ya sería difícil añadir algún matiz al estudio que abarca desde los antecedentes de la figura hasta la cancelación de la misma, pasando por los caracteres, la naturaleza jurídica, la constitución, los pactos admisibles (entre los cuales destaca el de la renovación de letras de cambio) y la ejecución de la hipoteca cambiaria. El trabajo se enriquece con la exposición de unos resúmenes de Resoluciones de la Dirección General anteriores y posteriores a 1973, así como con una relación bibliográfica de autores que se han ocupado de la materia.

B. HIPOTECA EN GARANTIA DE TITULOS AL PORTADOR.—Su autor —Fernando CANALS BRAGE— matiza a través de una descripción los documentos «formalmente semejantes a las clásicas obligaciones» que llevan consigo una promesa unilateral de pago, de escaso número, que no integran un negocio colectivo de emisión y se esmeran en cumplir los requisitos de la legislación hipotecaria. Hace luego una historia de la materia y concluye con el examen de las emitidas por personas físicas y su necesaria vinculación a la Ley del Mercado de Valores.

C. HIPOTECA CON CLAUSULA *ENDOWMENT*.—De ella se ocupan dos autores: Juan Manuel REY PORTOLÉS y Mariano ALVAREZ PÉREZ, quienes explican la esencia del segundo y sus relaciones con los préstamos y la agregación a la hipoteca como garantía del prestamista, así como los efectos que la misma produce.

D. HIPOTECA FLOTANTE.—También Juan REY PORTOLÉS se encarga de diseñarnos la esencia de la figura que pertenece a las hipotecas de máximo, pero que esta caracterizaba por no tener concreta inicialmente la obligación que garantiza, sino que afecta a varias y que el tiempo de la ejecución se ciñe solamente a las elegidas. Está lleno el trabajo de sugerencias y ramificaciones. Se cierra con la R. de 3 de octubre de 1991 que «remata» la figura.

E. LA HIPOTECA DIVORCIABLE DEL CREDITO.—Igualmente Juan REY PORTOLÉS aparece como autor de esta conferencia, con citas históricas, con ejemplos, con casos, con legislación extranjera, etc., y va desarrollando su tesis de que tanto el crédito como la hipoteca tienen cada uno su específica función y a lo sumo se hallan en una relación finalista, pero no de estricta accesoriedad.

F. HIPOTECA EN GARANTIA DE PRESTAMOS SINDICADOS.—Jesús Víctor MUÑOZ VILLALÓN ofrece un estudio de esta figura como modalidad de operaciones activas financieras y que comprende los «créditos sindicados, los préstamos sindicados, los créditos subasta o subastados, que genéricamente se comprenden dentro de los llamados «contratos de crédito sindicado» que suponen una concurrencia de una pluralidad de operaciones bancarias en un único contrato de concesión de crédito; pluralidad que se explica y justifica por el concepto de riesgo. Examina el concepto de los créditos, y su tipología, la clase de hipoteca a constituir, la naturaleza de la obligación, el interés variable, las cláusulas posibles y la figura de la cesión del crédito.

G. HIPOTECA EN EL AMBITO URBANISTICO —Desarrolla el tema José Luis LASO MARTÍNEZ, quien partiendo del principio de la patrimonialización de las facultades urbanísticas y, singularmente, del aprovechamiento, estudia la figura de la hipoteca del suelo en los procesos de urbanización y edificación y la problemática de las transferencias del aprovechamiento urbanístico de fincas gravadas con cargas inscritas.

H. HIPOTECA EN GARANTIA DE PENSIONES ALIMENTICIAS.—Francisco CORRAL DUEÑAS es el encargado de ofrecernos esta singular figura en los casos de convenios de separación matrimonial. Para ello señala los siguientes apaderos: pensiones garantizables (alimentos al cónyuge e hijos, pensión compensatoria, indemnización en caso de nulidad), efectividad de las pensiones (medios y garantías) y el examen de la hipoteca con su naturaleza y elementos.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GÓMEZ GÁLIGO, F. J.: *Las prohibiciones de disponer en el derecho español*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1992.

Me encargan que recense este libro monográfico sobre el tema de las «Prohibiciones de disponer», del que es autor un joven Registrador al que, si la memoria no se me ha ido de veraneo, le prologué uno de sus primeros trabajos, quizá su tesis doctoral sobre el criterio diferencial entre las faltas subsanables de las insubsanables. Libro este último que debe ir por la segunda edición, pero del que se ha eliminado mi prólogo. Entiendo que el libro sin él ganará, pues yo ya no estoy para prólogos y sí para «epílogos». Esto de quitar prólogos me

trae a la memoria aquel acontecimiento en el que al tener que hacer una segunda edición de mis *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, el editor insistió mucho en que la seriedad del libro exigía otro prólogo y, ante tal presión, le pedí a PAU PEDRÓN que me hiciera uno. El prólogo, como todos conocen, de la primera edición llevaba una «carta resposorial», firmada por Camilo José CELA. Bien, salió la segunda edición y no habían transcurrido veinte días de ese hecho cuando todos los periódicos en primera plana daban la noticia de que CELA había sido elegido Premio Nobel de Literatura... Por eso, en la tercera edición el editor ha considerado «necesario» reproducir los tres prólogos.

La materia del estudio no me es ajena. Trabajé mucho sobre ella y leí bastantes cosas para documentarme, pero un ilustre compañero se empeñó en llevarme la contraria, pero a pesar de escribir varios artículos sobre el tema yo seguí manteniendo mi tesis en una especie de aplicación del «recurso de reposición». Vamos a ver ahora cómo se pronuncia el autor de este trabajo en su amplia exposición.

Suena muy fuerte hoy día lo de «PROHIBICION», que ha ido siendo sustituido por el «RUEGO» o por la «RECOMENDACION», pero hasta hace poco la España brava ha lucido carteles y anuncios llenos de «PROHIBICIONES»: se prohíbe fumar, se prohíbe hablar con el conductor, se prohíbe jugar a pelota, se prohíbe fijar carteles, se prohíbe asomarse al exterior... El tema para otra monografía, pues el carácter díscolo de los españoles, que son todos iguales porque se creen diferentes, según BORGES, ha sido siempre rehacio a la prohibición: basta que algo se prohíba para que se infrinja la prohibición. Yo podría traer a estas páginas —caso de permitirse el huecograbado— dos fotos reveladoras de lo que digo. Una procede de Guipúzcoa y otra de Navarra. En la primera se ve una leyenda prohibiendo «FIJAR CARTELES» y la pared está repleta de ellos. La segunda está enmarcada en una placa que dice «SE AUTORIZA A FIJAR CARTELES» y la pared está completamente limpia de ellos.

Cuento esto porque la prohibición de disponer —que supongo ofrecerá la tentación de saltársela— cobra relieve, transcendencia y cumplimiento al estar inscrita en el Registro de la Propiedad, impidiendo que el principio de autonomía de la voluntad haga de las suyas. No obstante veremos los «asaltos» sufridos al imperio de la prohibición.

El libro consta de siete capítulos, una introducción y un prólogo. El prólogo lo escribe el Decano y en él destaca la diferencia entre promesa y prohibición de disponer y la eficacia sustantiva que el Registro proporciona. Cita la razón histórica —recogida de ROCA SASTRE—, por la que el Código Civil y la Legislación Hipotecaria, sólo en forma muy marginal, se ocupan del tema.

En la introducción el autor expone claramente en postura frente a la figura a la que la hace recorrer los caminos históricos de las vinculaciones, desamortizaciones, mayorazgos, etc. para llegar a los momentos actuales en los que priva el principio de libertad de tráfico jurídico. Para él la prohibición debe tener una *razón* de existencia, puede funcionar en algunos *negocios onerosos* y la inscripción *constitutiva* de las mismas.

CAPITULO PRIMERO.—Este capítulo que «abre obra» está destinado a estudiar la figura, precisar sus caracteres y contraponer la misma frente a otras manifestaciones jurídicas que tienen relación con la misma. Estudia las diferencias que separan a la figura de los derechos de adquisición preferente, el modo, los derechos indisponibles, intransmisibilidad del objeto, falta de capacidad, legitimación, etc. Las define como «un gravamen consistente en la

restricción total o parcial de la facultad de disposición de los derechos transmisibles, protegida por las normas con eficacia real una vez publicada registralmente, que sin atribuir un correlativo derecho subjetivo al beneficiario de ellas, determina la nulidad absoluta —o excepcionalmente la anulabilidad— del acto realizado en su contravención». Con esta definición veo que el autor, en mi discusión con ALVAREZ BEJIGA, me da la razón.

Los caracteres son: causa, temporalidad, fundamento, reconocimiento legal, forma expresa y eficacia *erga omnes*. Se refiere a la oponibilidad con el pacto de reserva de dominio en general y el del *leasing* inmobiliario.

CAPITULO SEGUNDO.—El autor parte para su exposición de las siguientes diferencias o clases de las mismas: las prohibiciones *legales* (pacto de sobrevivencia en Cataluña, hipoteca mobiliaria, bienes del ausente, tutores, mandatarios y albaceas en su prohibición de compra, pacto comisorio, bienes adquiridos por retracto de abalorio y consorcio legal aragonés), prohibiciones configuradas como «asentimiento» (vivienda habitual de los cónyuges, vivienda privativa con uso del otro cónyuge, prohibición en la explotación agraria), prohibición y figuras afines (falta de legitimación, derechos preferentes, compromiso de no disponer y casos con exigencia de autorización administrativa), terminando con las prohibiciones procesales tanto en el campo del procedimiento administrativo como en el judicial.

CAPITULO TERCERO.—Está destinado este capítulo, corto pero muy interesante, a precisar las semejanzas y las diferencias existentes entre las prohibiciones de disponer y las limitaciones «estatutarias» de la propiedad horizontal y las instituciones de los derechos reales.

CAPITULO CUARTO.—El examen de las prohibiciones voluntarias es el tema que ocupa la totalidad del capítulo y en él, aparte de estudiar las prohibiciones que la legislación admite en el campo de los negocios gratuitos, esboza su opinión sobre la conveniencia de admitir las prohibiciones en determinados negocios onerosos (reserva de dominio, arrendar, suspensión de pagos, vivienda habitual, en las comunidades, prohibición de ejercicio de la acción de división, condición resolutoria explícita, de cuota parte indivisa, muebles a plazos, venta fiduciaria, restricciones en venta de acciones, derecho de superficie). He querido citar la mayor parte de los casos, pero han quedado algunos y la mayor parte de ellos es preciso leerse el libro para seguir o discrepar de su opinión.

CAPITULOS QUINTO Y SEXTO.—Englobo estos dos capítulos por razones de síntesis más que de semejanza, pues en el primero se estudia la verdadera esencia de la prohibición: es decir, los efectos que la misma produce frente a los actos dispositivos, anteriores, posteriores y los derivados de asientos anteriores. Mientras que en el segundo se especifican las causas y razones por las que la prohibición se cancela, que el autor enumera y le salen quince causas.

CAPITULO SEPTIMO.—Tiene dos partes este capítulo ya que comienza con el estudio de la legitimación mercantil y el artículo 129 de la S. A. para luego exponer las 13 razones en las que se apoya el autor para afirmar su tesis de la inscripción constitutiva de las prohibiciones.

La obra se enriquece con un conjunto de notas bibliográficas que recogen las principales aportaciones de la doctrina al tema. Entiendo que esta nueva salida de GÓMEZ GÁLLIGO con esta monografía aporta grandes soluciones a un tema que necesitaba este profundo estudio que el autor hace.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 596 (Mayo 1994)

- «La figura del agente provocador en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo», por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 4909.
- «Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil», por MARIO E. CLEMENTE MEORO, pág. 4923.
- «La responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsificados», por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 4947
- «Examen de la situación jurídica actual del tercer adquirente, que inscribe después de la anotación de embargo», por JUAN MANUEL LLOPIS GINER, pág. 4957
- «Ampliación de las medidas cautelares: la aplicación del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso contencioso-administrativo (Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993)», por MERCEDES LAFUENTE BENACHES, pág. 4983.
- «La problemática del referéndum consultivo en el sistema político español», por NICOLÁS PÉREZ SOLA, pág. 5007.
- «Consideraciones jurídicas sobre el accidente aéreo», por ENRIQUE MAPELLI, pág. 5291.
- «El robo de mercancías transportadas, conforme a la Convención CMR», por GORDON HUMPREYS y STANISLAS DE PEUTER, pág. 5309
- «Connotaciones jurídicas entre el contrato de transporte y el contrato de trabajo», por CARLOS GARCÍA GÓMEZ, pág. 5323.
- «El Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar», por JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, pág. 5417.
- «La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 5431
- «Constitución de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos», por JOSÉ JAVIER ESCOLANO NAVARRO, pág. 5477.
- «La reducción del capital social en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada», por FRANCISCO CORONADO FERNÁNDEZ, pág. 5523.
- «La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada», por JUAN CARLOS MARTÍN ROMERO, pág. 5553
- «La disolución y la liquidación de la sociedad limitada en el Proyecto de Ley de 22 de diciembre de 1993», por FRANCISCO VICENT CHULÍA, pág. 5603.
- «Efectos de la quiebra de la sociedad anónima sobre la obligación de aportar», por EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, pág. 5627.
- «La armonización en el marco del Derecho Europeo de Sociedades: la obligación de resultado exigida por las Directivas societarias a los Estados miembros», por RAFAEL GUASCH MARTORELL, pág. 5651.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Junio 1994)

- «La rescisión por lesión en Derecho navarro», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, págs. 507 a 544
- «Justificación y naturaleza jurídica de la obligación alternativa», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, págs. 545 a 555

Julio-Agosto 1994

- «La vecindad civil en Vizcaya tras las últimas reformas», por ADRIÁN CELAYA IBARRA, págs. 619 a 638.
- «La responsabilidad civil en el desarrollo de la actividad educativa privada», por MERCEDES TAULER ROMERO, págs. 639 a 658.
- «Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 de julio de 1993)», por MARÍA TERESA ALVAREZ MORENO, págs. 659 a 670.

ACTUALIDAD CIVIL Número 26 (1994)

- «El fuero especial del Estado», por ANTONIO FRAGA MANDIAN.

Número 27 (1994)

- «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1993», por JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS.

Número 28 (1994)

- «La oficina de armonización en el mercado interior (Marcas, dibujos y modelos)», por MANUEL LOBATO GARCÍA-MIJAN.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Número 138 (Mayo-Junio 1994)

- «Otras medidas de protección de la legalidad urbanística», por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 11.
- «Las reparcelaciones urbanísticas», por PERE FIGAREDA I CAIROL, pág. 35.
- «El Registro Municipal de Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos», por FERNANDO SENANTE MASCAREÑO, pág. 55.
- «Configuración de la propiedad desagregada: Dualidad de derechos en la propiedad inmobiliaria», por JAVIER GARCÍA-BELLIDO Y GARCÍA DE DIEGO, pág. 83.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 210 (Octubre-Diciembre 1993)

- «Reflexiones en torno a los denominados títulos valores impropios y documentos de legitimación», por IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, pág. 1189.
- «La extinción del contrato de Agencia», por LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO, pág. 1243.
- «La política de la competencia en los sectores exceptuados —un balance de la desregulación en Alemania y en Europa—», por JURGEN BASEDOW, pág. 1277.
- «Las anotaciones preventivas y las Sociedades Anónimas», por JOAQUÍN LANZAS GALVACHE, pág. 1309.
- «Seguridad jurídica y transmisión de participaciones de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por UBALDO NIETO CAROL, pág. 1363.
- «Control del órgano de gestión de la sociedad en Derecho holandés», por FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, pág. 1383

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3 (1994)

- «Publicidad directa y competencia desleal», por ANXO TATO PLAZA, pág. 573
- «El régimen sancionador de la Ley de Costas», por RAMÓN TORRES I ESTRADA, pág. 613.
- «La regulación de los horarios comerciales», por DANIEL BEUNZA IBÁÑEZ y CÉSAR SANZ PÉREZ, pág. 633.
- «De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», por M.^a CORONA QUESADA GONZÁLEZ, pág. 657.
- «La transmisión irregular de la empresa», por JOSÉ JULIÁN TOVILLAS ZORZANO, pág. 685.
- «La responsabilidad del propietario del buque en el supuesto de contaminación marina por hidrocarburos», por SANTIAGO HERNÁNDEZ IZAL, pág. 701.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1 (1992)

- «L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé (du 1^{er} janvier au 31 décembre 1992)», por MALCOLM EVANS, pág. 2
- «Controle quantitatif et qualitatif des marchandises Les contrats d'inspection dans la vente internationale de marchandises», por JELENA VILUS, pág. 70.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 114 (Julio 1994)

- «La propiedad inmobiliaria y el derecho de la construcción en las Directivas Comunitarias», por LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, pág. 11.

- «El nuevo estatuto jurídico del suelo agrario. Consecuencias jurídico-privadas de la legislación agraria comunitaria», por JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, pág. 45
- «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, pág. 51.
- «La multipropiedad en el Derecho Comunitario y en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios», por ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 59
- «La propuesta de un código europeo del "Convegno di Pavia" vista desde España», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, pág. 69.
- «El *Leasing* inmobiliario: su relación con el Convenio de UNIDROIT (Ottawa 1988)», por MIGUEL ANGEL PETIT SEGURA, pág. 81.
- «La ratificación constitucional del Tratado de Unión Europea», por FERNANDO DÍEZ MORENO, pág. 97.
- «Notas sobre la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 89/552 del Consejo de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 1989, sobre la televisión sin fronteras», por ANTONIO MARTÍ DEL MORAL, pág. 111.

