

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVII ° Noviembre-Diciembre 1991 ° Núm. 607

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Antonio de Leyva y Andía.
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

SUMARIO

Págs.

“En memoria de mi buen amigo Pío Cabanillas”, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2099
---	------

ESTUDIOS

“Introducción al Derecho de sociedades griego”, por MANUEL CASERO MEJÍAS	2109
“Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990”, por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN	2157
“La intervención del ‘técnico competente’ del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo”, por JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO	2207

DICTAMENES Y NOTAS

“La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella. (Crítica de la sentencia de 23-F de 1991)”, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	2225
“Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos”, por MANUEL IGNACIO FELIU REY ..	2261

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2287
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CO- RRAL DUEÑAS	2299
II. Resoluciones de la Dirección General, por FERNANDO CANALS BRAGE	2305

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho civil:

b) Obligaciones y Contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA.	2345
d) Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2360
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2369

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

“El contrato de factoring”, de JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, por FRANCISCO J. ALONSO ESPINOSA	2381
“Honor, intimidad y propia imagen”, de F. HERRERO TEJEDOR, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2386
“El derecho a la autodeterminación informativa”, de P. LUCAS MURILLO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2389
“Las bases de las obligaciones contractuales, en el artículo 149, 1.º, 8.ª de la Constitución española”, de R. GAYA SICILIA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2392
“La nulidad de la sociedad anónima en el Derecho comunitario y en el Derecho español”, de JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2394
“Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina”, de JOSÉ BONET CORREA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2397
“La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal”, de JAIME SANTOS BRIZ, por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN	2399

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	2403
---	------

En memoria de mi buen amigo Pío Cabanillas

Querido Pío:

Te escribo esta carta —la última ya— sin saber dónde enviártela, pues no sé si en el cielo tenéis un sitio reservado los políticos, pero sí sé que allí entran las buenas personas, y tú eres una de ellas. Hace tres o cuatro días que no estás ya aquí y en ellos he intentado llorar, pero las lágrimas no han acudido. Ahora, al comenzar a teclear en mi vieja máquina que hizo tantos temas de oposiciones, se ha producido el milagro: las lágrimas —como campanas— están doblando por ti. Creí que me había endurecido, pero me sigo notando sensible a la amistad.

Estos días los periódicos y lo que ahora llaman “medios de difusión” hablan de ti. Lo he recortado todo y lo he incorporado a mi archivo, como siempre lo hice con todas tus actividades. La mayor parte de los artículos se refieren a tu actuación política y tu fina sensibilidad en ese campo, pero no sé si recordarás aquella dedicatoria que te ponía en uno de mis libros: “A Pío Cabanillas, en lo que nos une, que es la amistad, y en lo que nos separa, que es la política”. A ti esto último te gustó mucho, pero nunca olvidaste la amistad.

Nuestra vieja amistad se remonta nada menos que al año 1946. Habíamos cumplido la Milicia Universitaria y se abría ante nosotros el camino duro, áspero y largo de la oposición. Todo fue en Pontevedra, “boa vila”, reza el dicho, y allí —primero en el salón de tu casa y luego en la habitación de arriba (“el palomar”)— comenzamos a recitarnos temas. El “palomar” permitía contemplar el final de la ría de Pontevedra y era más propicio a leer literatura que a recitar temas. La “oración a Cristo” de Papini era la más preferida, pero también surgían páginas de Tagore, el “Ciprés de Silos” de G. Diego, Pemán, García Lorca, M. Hernández, etc. Recuerdo que en el Casino de Pontevedra —desde un diván de peluche— oímos pronunciar, con proyección incluida, la conferencia que allí dio Camilo José Cela sobre su “Viaje a la Alcarria”.

Aquel verano —en el parque del Casino de Pontevedra— conocí a tu novia, que luego sería tu mujer: “Nenolas” la llamaban, aunque luego tú la rebautizaste con el nombre de “Blas”; utilizando alguna vez el de María Teresa. Recuerdo que en aquel entonces y en un anochecer delicioso, nos explicaste a ella y a mí —que oíamos asombrados— la necesidad de un Concilio eclesiástico que reformase la Iglesia y marcaste los puntos claves de la reforma. Al lado de tu dimensión humana afloraba el poso de tu sabiduría. Por entonces no sé si seguías jugando al fútbol, pero sí recuerdo que presumías mucho de haber ganado al equipo de la Escuela Naval de Marín. Yo, como venía de Bilbao, seguía siendo partidario de ese equipo que le encajó al Celta una docena de goles...

Seguíamos estudiando, pero un poco a nuestro aire y nuestra única diversión era salir un día a la semana con un grupo de amigos con los que nos íbamos de excursión a una aldea cercana, merendábamos, tomábamos unos vinos, jugábamos a la “rana” y charlábamos mucho. Pero la preparación no avanzaba y aunque tú hiciste el alarde de “resumir” el Roca para los temas de Hipotecaria de Notarias y yo hice la “adaptación” al programa de Registros, lo cierto es que llegó un momento en que se planteó seria y familiarmente la “aventura” de Madrid.

Me adelanté yo —quizá de las pocas veces que tomé la delantera— y logré situarme en una pensión, me recomendaron un preparador que ha muerto hace poco (Rafael Chinchilla Rueda) y no cedí hasta que pude traerte a Madrid. Claro que tú, aparte de las maletas llenas de libros, traías bajo el brazo las Matrículas de Honor de todas las asignaturas de Derecho y el Premio Extraordinario obtenido en la Universidad de Granada, donde el Civil lo estudiaste por los siete tomos del Enneccerus. Así fue fácil lograr plaza en el Colegio Mayor “César Carlos”.

A mi padre le habían destinado a la Dirección General del Banco de España y yo tuve que dejar la pensión, concediéndome en casa un cuarto especial para estudiar. Tú le habías prometido a mi padre que nos ayudarías a colocar los ocho mil volúmenes de su biblioteca, pero lo recuerdo bien: abrimos el primer gran cajón, tropezaste con una de las publicaciones de la Revista de Occidente, te sentaste y comenzaste a leer... Viniste más veces, pero la escena se repetía y es que era una biblioteca capaz de tentar a todos aquellos que tenemos amor a los libros.

Quiero recordar —y aunque no me puedas corregir, ilumíname por lo menos— que comenzaste a dar temas con Giménez Arnau y luego con Gómez-Acebo. Yo me incorporé con vosotros (J. Martínez Flanmarique, A. Zulueta, J. Florit, J. Gualberto Pemán, J. Carlos Montul), pero tú aprobaste en Zaragoza y hasta creo recordar que te dieron la Notaría de Zuera. Al poco tiempo haces las oposiciones a Letrado de la Dirección de los Registros y Notariado y te dan el número uno. Yo presencié tu examen,

lo que pasa es que no me atrevo a citarte los temas que te tocaron en suerte, porque mi memoria veranea de vez en cuando. Lo que sí recuerdo de las clases con Gómez-Acebo es que, como a él le llamaban mucho por teléfono, te interrumpía el tema y cuando acababa de hablar, te decía: comienza otra vez. Y tú, del tema que estabas diciendo, dabas otra versión distinta. Antes o después de aprobar te compraste una “VESPA” y no sé si en el “academicismo” de la Dirección aquello sentó bien.

En los artículos que te dedica la prensa no hablan para nada de tu labor jurídica y recuerdo que siendo ya Letrado pusiste en marcha la *Revista de Derecho Notarial*, donde fui un asiduo colaborador a través de tu secretaria Charo Hurtado de Mendoza. Como en ese pasillo de los *pasos perdidos*, los tuyos se me pierden un poco en aquella etapa: supe que te casabas en Orense y supe poco después que asesorabas a Barreiros. Varias anécdotas me has contado de todo ello, pero hubo una de un inglés al que visitasteis que llegó tarde a la cita y cuando terminó la entrevista os acompañó a la puerta de su casa donde había aparcado un “jaguar” blanco con la parte delantera destrozada; ante vuestra exclamación ibérica de ¡menudo golpe se ha pegado ese coche!, el inglés, mofletudo y parsimonioso, dijo: es mi coche y esa es la razón de mi retraso.

Habías dejado el “César Carlos” (bueno hubo una época en que lo cerraron y tuvisteis que ir al San Pablo) y toda esa serie de amigos que allí quedaban o habían estado: Olivencia, Verdera, Ballarín, Zulueta, Flanmarique, Baselga, Berjillos, Carbajo, Lejarreta, Cañadas, etc. La verdad es que la historia de aquella época y la inauguración del “monumento al opositor desconocido” debía ser contada. Vivías por el Barrio del “Niño Jesús” y debió ya aflorar en ti el “veneno” de la política. Te habían hecho Jefe nacional de los Servicios Jurídicos de la Organización sindical y habías estado como Vicepresidente de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos... No sé si por entonces eras o habías sido Procurador en Cortes. Aún mantenías el “fuego sagrado” de aquella Academia de preparación de Gómez-Acebo que bajo el título “SEMPER FIDELISIMA” se reunía de vez en cuando.

Llegó el momento de casarme y así lo hice en Bilbao, iglesia de Begonia, doce de la mañana. Como debe ser. Faltaba aún año y un poco para aprobar la oposición de Registros y aunque en el Dictamen me dieron la segunda mejor puntuación, los orales me arrastraron hacia la cola. Saber hablar no es lo mismo que saber escribir. No sé si fue por entonces cuando tuviste aquel percance en un coche que te habías comprado y el milagro de la salvación obró otro milagro que cristalizaría en un hijo: Pío. Un golpe saca otro golpe...

Cuando el barco de la Jefatura de Estado se decide a abrir las puertas políticas a nuestra generación —que nació bajo otra dictadura— estamos

bordeando el año 1963. Cumplíamos por entonces los treinta y ocho años o cosa así (pues yo no suelo quitarme años, pero sí oposiciones) y tú —con bagaje jurídico de profesor de Universidad y miembro de Comisiones redactoras de leyes importantes (General Tributaria, Propiedad Industrial, Código de la Circulación) y el prestigio que añade el ser Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado— llegas de la mano de FRAGA a convertirte en Subsecretario del Ministerio de Información y Turismo. De los últimos de la gente, aupándome, oí tu discurso de toma de posesión.

La verdad es que aquellas cenas que hacíamos mensualmente un grupo de amigos —Leyva, Ventura, Alvarez Garcillán, tú y nosotros— sufren interrupciones por tu vida política. Estabais preparando la Ley de Prensa y el Estatuto de Publicidad y de repente recibo tu llamada: me haces colaborador tuyo en aquel Ministerio que hoy se ha convertido —me refiero al edificio— en el del Ejército. A mi aquello me gustó en un principio, pero luego me pesó mucho y cuando tuvisteis que abandonar el barco fui uno de los primeros en escribirte mi renuncia. En aquel Ministerio hice muy buenas amistades y hubo momentos de auténtica felicidad. En medio de la singladura tuve el infarto. ¿Lo recuerdas? Recuerdo con gratitud cómo tu indulgencia para conmigo fue esencial para recuperarme. Cito a Amparito —tu nerviosa secretaria— y a E. Rincón, que se nos marchó hace tiempo.

Aunque estoy intentando centrar estas líneas en el aspecto humano, no quiero dejar de destacar algo que registralmente debe conocerse. Al borde de una piscina del Club Duque de Osuna me preguntaste y ejerciste el derecho de asimilación a Registrador de la Propiedad que la Ley Hipotecaria te concedía y, con una precisión digna de ser destacada, como la reforma de la Iglesia, me diste el esquema de los problemas que había que plantear. Entre ellos fue el de la creación descentralizada de los Centros Hipotecarios de Provincias (más conocidos por Seminarios). Y todavía recuerdo cómo reuniste a muchos Registradores en una comida, en una cena y especialmente me dijiste que llamase a dos al Ministerio, que contribuyeron a la realización de la idea, pues yo no podía figurar como punta de lanza. Cuando en el Ministerio se discutía el Estatuto de los Funcionarios, una chica desde el fondo del anfiteatro quiso tomar la palabra y, como por aquel entonces no había micrófono portátil, la dijiste: acérquese al estrado y así conseguiremos dos cosas: oírla y contemplar su extraordinaria belleza... La pobre chica no dio pie con bolo...

Llegado este momento se me apelonan acontecimientos, todos ellos decisivos, que tratan de ser protagonistas y en ese punto mi precisión es poco fiable, pues yo lo que quiero destacar es ese otro aspecto en el que los que se ocupan de ti no profundizan en tus aportaciones jurídicas... La

etapa puede comprender hasta el fallecimiento de Franco y ahí juegas política y jurídicamente. Que yo recuerde pasas a formar parte del Consejo del Reino, eres Secretario del mismo y luego te elegimos Decano del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Yo te voté, claro está ¡faltaría menos! Acelero un poco para reflejar el acontecimiento de Carretero Blanco que le hacen volar por los aires, eliminando así el sillón de la sucesión. Poco después Arias te nombra Ministro de Información y Turismo: vuelves a la casa, siendo ya señor de ella.

De esa etapa me gustaría contar cómo fuimos a Buenos Aires para asistir a lo que se tituló Primer Congreso Internacional Registral. La especie de “furia” española quiso en aquel Congreso arrollar, pero tus grandes condiciones de parlamentario y tus profundos conocimientos registrales hicieron el milagro de la Carta de Buenos Aires y de aquel discurso tuyo que cerraba los actos donde invocabas a la Virgen del Buen Aire que había soplado para que los vientos fueran favorables. Yo estuve en la Comisión que presidías y puedo mantener lo que digo. Claro que tú ya habías tenido otra intervención importante con una aportación extraordinaria en el Congreso Internacional del año 1961 con motivo del Centenario de la Ley Hipotecaria, donde juristas del mundo europeo nos acompañaron y donde tu oración final —con invocación al libro de BETTI— hablaba de la proyección de un Registro de futuro en el que había que manejar la idea italiana de la “circulación controlada”. Además de ello, quiero ver tu mano en la elaboración de la Ley de Prenda sin desplazamiento e Hipoteca mobiliaria de años anteriores.

En esa etapa, a la que puso fin la agonía prolongada de Franco, tu ministerio —incluida la barretina— debió irritar al General y a tu marcha te siguieron Barrera de Irímo y Fernández Ordóñez. Pero a mí lo que me interesa destacar es aquel acto en una librería de la calle Cardenal Cisneros, Barrio de Chamberí, donde se presentaba el libro de M. FRAILE CLIVILLES sobre el sistema constitucionalista y tú, con esa valentía y previsión de futuro, le pedías al General que diese paso a nuevos horizontes. Tengo fotocopia del discurso que me hizo invocar al Cristo de los Temblores.

Nos seguíamos viendo, pero ya en forma más espaciada. Tendría que consultar fechas y datos para precisar tu protagonismo en la transición y en los sucesivos Ministerios que ocupaste, pero eso son datos de archivo y aquí hay que recordar los acontecimientos humanos y los jurídicos, que escoltan tu trayectoria política. Recuerdo una anécdota de cuando en el final de año de 1975 nombraban a Garrigues Ministro de Justicia y, en una cena, te pasaste toda ella convenciendo a una persona para descartarle de ser Director de los Registros y del Notariado y poco antes me habías ofrecido el cargo a mí. Entre desconcertado y asombrado decliné la responsabilidad. No sé si hice bien o mal, pero sí sé que aquello dio la gran

oportunidad posterior a un personaje que yo califico de “iluminado” que no cesó —en su camino de Damasco— de perseguirme. ¿Saulo, Saulo, por qué me pesigues? Dice Julio Cerón que “era uno de estos que no dan nunca su brazo a torcer, pero por apearse del burro un mal día lo atropelló un camión que venía lanzado y ahora, cuando le pica un muñón, se rasca con el otro”.

Te habían hecho Académico de la Gallega de Jurisprudencia y Legislación en 1970 donde leíste tu discurso en La Coruña, sobre un tema que te apasionó durante mucho tiempo, muy conectado con la institución registral, “La finalidad y la naturaleza de la exclusiva”. Siete años más tarde leías también tu discurso de Académico de número en la Real de Jurisprudencia y Legislación. El tema fue “Consideraciones sobre los principios generales del Derecho”, que también te había preocupado mucho y que tenía sus antecedentes en una conferencia que diste en el Colegio Nacional de Registradores sobre la obra de WIEHWEG “Tópica y Jurisprudencia” y su famosa distinción entre jurisprudencia de intereses, de principios y de problemas. Y ya que estamos citando retroactivamente debo hacerlo también de tu conferencia “LA PUBLICIDAD EN LA SOCIEDAD MODERNA”, publicada en “Control de publicidad y ventas”, Madrid 1965. La razón de tu actividad jurídica residía en tus conocimientos sacados de una biblioteca, repartida entre Madrid y Pontevedra, de muchos volúmenes. A ello hay que añadirle tu capacidad de trabajo y de síntesis, pues mientras yo, en el Ministerio de Información y Turismo, te fichaba mensualmente cinco libros, tú leías y fichabas diez. Además de ficharlos los subrayabas y en sus márgenes dibujabas, dibujos que permitían tu concentración tanto en tus lecturas como en tus actividades políticas. Guardo unos cuantos para cuando se escriba tu biografía.

Y en esta línea de trabajos jurídicos, conferencias, publicaciones y libros quiero recordar lo maravilloso que era ir contigo de “librerías” de viejo. Una vez fuimos a la Feria del Libro, en el Retiro madrileño, y quise presumir de “doctrina” y te dije: ¡Mira, en ese diccionario vengo citado! Y tú, pícaro gallego, le guiñaste el ojo al librero y le dijiste: ¿Verdad es que yo además de citado vengo fotografiado?... Sí, señor Ministro, te dijo: en la página tal que nos mostraba.

Habías fundado el PP (Partido Popular que luego se integra en la UCD) y aún conservo el carnet de afiliado. Poco después te nombran Ministro de Cultura y Bienestar Social, aunque luego queda sólo en lo primero. A mí se me había ocurrido la insensatez de pedir un Registro del Norte y tú te convertiste en mi Ángel de la Guarda ofreciéndome el cargo de Registrador de la Propiedad Intelectual. El imperio del terrorismo estaba en su auge y creo que te debo algo de mi vida, pues el pueblo era pequeño, metido entre montañas, propicio a la emboscada, al tiro en la

nuca, al secuestro y a la petición de “rescate”. A cambio de ese puesto que acepté sin pensarlo, hubo que hacer la Ley de Propiedad Intelectual que, iniciada en tu etapa y con algún antecedente importante, querías poner en marcha. Pero hubo en esas fases políticas muchos cambios ministeriales y la Ley la tuvo que rematar el “catorceavo” Ministro de Cultura, ya socialista, que alteró esencias y dejó el trabajo en una forma lamentable. Antes de aprobarse la Ley, el “iluminado” logró mi cese en el cargo.

No quiero alargarme mucho, pues tus cargos de Ministro de la Presidencia y Justicia ofrecen, desde mi ángulo jurídico, dos o tres cosas que deben contarse. Hubo un ataque solapado a la institución registral en un verano caluroso y tú fuiste el que paró el golpe, que era mortal. Sin embargo, cuando llega un momento de modificación legislativa de nuestro Reglamento, tú solamente aceptas una reforma parcial. Yo estaba en tu despacho cuando das la contestación definitiva, pero, te juro y tú me crees, que nunca supe las razones de esa negativa. Sin querer entrar en este punto y, como tú me dijiste en alguna ocasión, el político te enseña un hilo, si eres amigo un segundo hilo, pero el tercero se lo reserva siempre. Por eso no me gusta la política.

Cuando los socialistas te despojan de todas tus túnicas —como a Cristo— avanza la “internacional” por los años 82. Sólo puedes moverte en la sombra, pero te mueves. Es cuando yo te propongo —y me imagino que muchos otros te lo habrán dicho— publicar tus memorias, apuntes y cuadernillos —algunos cerrados con un pequeño candado— y tú me contestas: no es tiempo todavía. ¡Mira, cuando nos jubilemos, nos dedicamos dos años a poner literariamente los apuntes! Pero tú no te has podido jubilar. Te has ido antes que todos, como los números uno: antes que nadie.

Bien, estoy llegando al final de esta carta que he tratado de llenar de humanidad y de juridicidad. Mi alma está plena de colgaduras de luto y mi sonrisa apenas aparece. Parezco un “resentido” con tu muerte. En la procesión que te ha llevado al cielo —en un instante fugitivo— yo he querido llevar uno de los ciriales. Y al despedirme de ti —en espera de reunirme contigo el día que Dios lo ordene— no tengo la frase adecuada para hacerlo. Querría utilizar a alguno de los autores que en el “palomar” de Pontevedra manejábamos, pero se me ha cruzado FOXA cuando habla del momento posterior a su muerte y dice que “pensar que cuando yo me muera seguirá habiendo primaveras...”. Como las primaveras no dependen de uno, acudo a T. LUCA DE TENA que, hace poco, decía: “Si hoy duermo es porque ayer estuve despierto / Que el alto privilegio de estar muerto / es la confirmación de haber vivido”.

Y tú, Pío, no sólo has vivido, a pesar de que ahora estás muerto, sino que has vivido derramando dones, enseñanzas, frases ingeniosas, estudios

jurídicos, alegrías, sonrisas y muchas cosas más —entre las que señalo tu picardía política—, y sobre todo, tu fidelidad, culto y recuerdo a la amistad.

¿Y cómo me despido de ti? Si la vida —para los juristas— es un plazo y el tuyo se ha cumplido, aquí estoy en espera de que el mío se cumpla. Entonces podré darte el abrazo —allí arriba— que no tuve posibilidad de lograr ante tu cuerpo sin respuestas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ESTUDIOS

Introducción al Derecho de sociedades griego

SUMARIO: I.—ORIGEN HISTORICO II.—CONCEPTO Y CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES. III.—SOCIEDAD COLECTIVA. IV.—SOCIEDAD COMANDITARIA.—Sociedad Comanditaria Simple Sociedad Comanditaria por acciones. V.—SOCIEDAD OCULTA VI.—SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—Constitución Aportaciones. Publicidad. Capital. Organización: Organo de administración y representación y Reunión o Junta de Socios. Posición jurídica de los socios: Derechos, obligaciones y responsabilidad. Modificación de estatutos y del capital. Transformación y fusión. Disolución y liquidación. VII.—SOCIEDAD ANONIMA —Fuentes legales. Constitución. Capital: Su aumento y reducción. Redención del capital. Acciones Clases y acciones privilegiadas y sin voto. Derechos y obligaciones de los accionistas. Organos de la sociedad: Organo de Administración. Nombramiento, remoción, derechos y responsabilidad de los administradores. Junta General de Socios Convocatoria, funcionamiento y derechos de los socios y de las minorías Auditores. Modificación de estatutos Disolución y Liquidación. Transformación. Fusión y Escisión. Emisión de obligaciones

La cada vez más estrecha unión entre diferentes países, así como la creciente internacionalización del comercio, hacen que resulte interesante el conocimiento de normas de Derecho Comparado. El interés puede resultar aún mayor cuando, como en el supuesto de Grecia, se trata de un país de nuestro entorno dada la común pertenencia a la CEE. En muchas ocasiones no resulta fácil el conocimiento de legislaciones extranjeras, por múltiples causas, y entre ellas las dificultades del idioma. En mi caso concreto he de confesar mi desconocimiento del griego, por lo que para la redacción de estas líneas me he tenido que valer de fuentes indirectas, singularmente de obras en inglés. Soy consciente de las dificultades que se plantean por el hecho de no haber consultado directamente los textos originales.

La obra fundamental en que se basan estas notas es el libro *Greek Company Law* del Profesor Kotsiris, obra magnífica y de una claridad

admirable. La gran mayoría de las ideas que se exponen a continuación están tomadas de dicho libro (1).

Debo aclarar que estas líneas sólo pretenden ser una breve introducción al Derecho de sociedades griego. Pueden en el mismo observarse grandes similitudes con nuestro Derecho, derivadas, no sólo de la necesaria adaptación a las directivas europeas, sino también del origen histórico del Derecho mercantil griego. Junto a estas similitudes resaltan diferencias llamativas, así como una regulación detallada de instituciones desconocidas, o al menos no reguladas legalmente en nuestro Derecho (pienso por ejemplo en la reactivación de la sociedad disuelta). Quizá la diferencia más llamativa resida en la fuerte y constante intervención administrativa prevista en el derecho griego para las sociedades anónimas (que como luego detallaré se ejerce a través del Ministerio de Comercio). Quizá la causa fundamental de esta intervención resida en la inexistencia de un Registro Mercantil con un principio de calificación registral como el existente en nuestro derecho.

A lo largo de estas líneas haré referencia a las principales características de las sociedades en el derecho griego. No he querido realizar un estudio comparativo con nuestro derecho (a pesar de alguna referencia esporádica), sino simplemente exponer a grandes rasgos los principios informadores de cada tipo societario. Finalmente debo resaltar las dificultades existentes para una correcta traducción de algunos términos, singularmente en el supuesto de instituciones no reguladas por nuestras leyes. En cada supuesto he empleado la traducción que me ha parecido más correcta, aun reconociendo que puede ser errónea.

I. ORIGEN HISTORICO

Prescindiendo de antecedentes históricos más remotos (se ha llegado incluso a decir que la Grecia clásica carecía de derecho comercial) lo cierto es que Grecia pertenece a los países propios del derecho común. Se vio fuertemente influenciada, fundamentalmente a través del derecho justinianeo. En lo que se refiere ya directamente al derecho mercantil, resultó directamente influida por la aparición del Código de Comercio francés de 1807 (que fue ya objeto de dos traducciones al griego en los años 1815 y 1820 por Papadopoulos y Rocos, respectivamente). Con la aparición del

(1) Debo agradecer las aclaraciones que en determinados temas me dieron los buenos amigos griegos: PANAYOTIS KANELLOPOULOS, abogado del Banco Nacional Griego y representante de dicha institución ante los organismos comunitarios, y el Registrador de la Propiedad de Atenas ANASTASOS MITSOPOULOS.

moderno estado griego se oficializó esta recepción, entrando en vigor en mayo de 1835 el Código de Comercio griego, traducción casi completa del Código francés. Dicho código prácticamente subsiste hasta nuestros días, si bien, tal como ocurrió en la mayoría de los países occidentales, lo cierto es que las instituciones comerciales, y singularmente la del derecho de sociedades, fueron reguladas por leyes especiales, a las que aludiré posteriormente. De hecho en la actualidad sólo 69 artículos de los primitivos que integraban el Código de Comercio de 1835 siguen en vigor.

II. CONCEPTO Y CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES

El concepto de sociedad, recibe en griego el nombre de *Etairia*. Su definición genérica se contiene en el artículo 741 del Código Civil griego, que define la sociedad como el contrato por el cual dos o más personas se comprometen recíprocamente a conseguir, a través de contribuciones comunes, un objetivo común y especialmente uno de carácter económico. El concepto griego de *Etairia* abarca pues tanto la sociedad civil como la mercantil. Requisitos fundamentales de la *Etairia* son la capacidad legal para contratar, legitimidad y posibilidad del objeto de la sociedad, la concurrencia de dos o más partes, contribuciones comunes, participación común en los beneficios y pérdidas, y específicamente la llamada *affectio societatis*, es decir la intención de concurrir las partes a la consecución del objeto.

Establecido el concepto griego de la *Etairia* y antes de estudiar las diferentes clases de sociedades, haré una breve referencia a la legislación que rige esta materia. Como antes expuse el Código de Comercio de 1835 se encuentra hoy modificado prácticamente en su totalidad por la legislación especial. No puede olvidarse que en Grecia el derecho de sociedades se encuentra en parte regulado también por el Código Civil griego (basta ver el art. 741 antes citado), complementado todo ello por multitud de disposiciones especiales. La necesaria adaptación a las directivas de la CEE ha hecho igualmente que se introduzcan muchas modificaciones en los últimos años. En síntesis, y sólo citando las principales disposiciones que rigen el derecho de sociedades griego, pueden mencionarse las siguientes: Código Civil (arts. 78 a 107, 122 a 126 y 741 a 784), Código de Comercio (arts. 18 y 19, 20 a 50), Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 3190/1955 complementada por Decreto 419/1986), Ley de Sociedades por acciones (podríamos denominarla Ley de Sociedades Anónimas: Ley 2190/1920 codificada por Real Decreto 174/1963, modificada por la Ley 148/1967 y por los Decretos 409/1986 y 498/1987), y otra serie de leyes de carácter secundario, al menos para el objeto de estas líneas (así,

por ejemplo, la Ley de Cooperativas Civiles, 1667/1986, Ley de Cooperativas Agrícolas, Ley 921/1979, Ley de Sociedades Marítimas 959/1979, incluso y con una cierta actualidad en nuestro país por ejemplo la Ley de las Sociedades por Acciones en relación a los clubs de fútbol, Ley 879/1979).

CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES

Pueden utilizarse diversos criterios para la clasificación de las sociedades:

Por razón de *su objeto* pueden clasificarse en sociedades civiles y mercantiles. Serán sociedades mercantiles aquellas que tienen como objeto una empresa mercantil. Los artículos 2.º y 3.º del propio Código de Comercio definen lo que ha de entenderse por acto mercantil o actividad mercantil. Sociedades civiles por el contrario serán aquellas que tienen un objeto civil. Dentro de las sociedades mercantiles en el derecho griego se incluyen las sociedades colectivas, comanditarias, comanditarias por acciones, las que podríamos denominar sociedades ocultas y lo que podríamos denominar copropiedad de un buque.

Por razón de *su forma* las sociedades consideradas por la Ley como mercantiles lo serán independientemente de que su objeto sea civil. Desde este punto de vista formal se consideran como sociedades mercantiles las Sociedades de Responsabilidad Limitada, las Sociedades por Acciones, las Cooperativas y las que podríamos denominar Sociedades Marítimas.

Por razón de *su estructura* pueden a su vez clasificarse las sociedades según tengan un predominio del carácter personalista o capitalista. Dentro del primer grupo se incluirían las sociedades Colectivas, Comanditarias y las que antes he denominado sociedades Ocultas. A su vez dentro de las Sociedades Capitalistas por razón de su estructura se incluirían las Sociedades de Responsabilidad Limitada, la Sociedad por Acciones, la Sociedad Comanditaria por Acciones y lo que antes he denominado copropiedad de un buque.

Dentro de este apartado es conveniente igualmente resaltar como el derecho griego adopta el sistema del *numerus clausus* en cuanto a las formas sociales. Por tanto legalmente sólo existirán las sociedades que se adapten a alguna de las formas específicamente admitidas, sin perjuicio de las modificaciones internas que puedan sufrir en sus elementos estructurales.

Vista someramente la clasificación de las sociedades, examinaré los diferentes tipos sociales con un breve análisis de las características funda-

mentales de cada una de ellas, que, como antes apunté, revelan un gran paralelismo con las principales características de dichos tipos en nuestro derecho.

III. SOCIEDAD COLECTIVA

La sociedad Colectiva se denomina en el derecho griego Omorhythmi Etairia (OE). Es una sociedad en la que todos los socios responden igualmente, y de forma solidaria. Su definición se encuentra en el artículo 20 del Código de Comercio con arreglo al cual esta sociedad es un contrato entre dos o más personas con el propósito de actuar conjuntamente bajo un nombre comercial. Esta definición sin embargo no se refiere a las características fundamentales de este tipo societario, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia definen la OE como una sociedad de tipo personal con personalidad legal en la cual todos los socios tienen responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales.

Su regulación fundamental se encuentra en el Código de Comercio (arts. 18 a 22, 24, 39, 41 a 44 y 64) y supletoriamente por las normas del Código Civil relativas a la sociedad civil (principalmente arts. 741 a 784). Todos los socios tienen la consideración de comerciantes, y de ahí que la quiebra de una OE determine como consecuencia y paralelamente la quiebra de sus socios. El nombre obligatoriamente ha de estar compuesto por el de los socios. Sin embargo, la práctica acepta que el nombre esté formado por el de uno o más de los socios seguidos de las palabras "Kai Sia" ("y syntrofia" que significa y compañía). El título de constitución ha de contener los estatutos y un extracto del mismo ha de ser publicado. Las circunstancias que ha de publicar dicho extracto vienen determinadas por el artículo 43 del Código de Comercio, pero sin embargo, en la práctica dicho extracto es sustituido por una copia de dicho documento que, dentro de los 15 días de su otorgamiento, ha de ser publicado en los Libros de Sociedades que se llevan en el Juzgado de Primera Instancia (Departamento de Sociedades) del distrito en el cual tenga la sociedad su domicilio. Igual publicidad se requiere para cualquier modificación estatutaria. Es discutido el carácter de esta inscripción y consiguiente publicidad si bien la generalidad de la doctrina le atribuye carácter constitutivo.

En relación a la *gestión y representación* de la sociedad en principio cualquier socio tiene encomendada dichas facultades salvo que haya sido delegada en uno o más de los socios exclusivamente (arts. 756 del Código Civil). La generalidad de la doctrina entiende que la gestión puede ser encomendada no solamente a un socio sino incluso a una tercera persona. En principio, pues, cualquier socio obliga a la sociedad (en este sentido

art. 22 del Código de Comercio), salvo que la representación se haya atribuido a varios de ellos conjuntamente. Esta limitación de la gestión individual de los socios ha de tener la correspondiente publicidad, como expresamente previene el artículo 42 del propio Código de Comercio.

La responsabilidad de los socios es personal e ilimitada por las deudas sociales (art. 22 del Código de Comercio) y, como dicho precepto previene, es imperativo, es decir no puede ser excluida ni limitada por acuerdo en contrario. Cualquier persona que adquiera la condición de socio adquiere simultáneamente dicha responsabilidad, incluso por las deudas existentes antes de su entrada en la sociedad. El acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de los socios, contra la sociedad, o contra ambos simultáneamente (art. 920 de la Ley de Enjuiciamiento Civil griega).

Pueden ser socios de la OE tanto personas naturales como jurídicas (así, por ejemplo, una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad anónima, etc.). Todo socio tiene la correspondiente participación en la sociedad que le atribuye derechos y deberes. Esta participación en principio es intransferible (arts. 760 y 761 del Código Civil), pero sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido la posibilidad de pactar la transferibilidad de esta participación, generalmente con el acuerdo de todos los otros socios. Como *principales derechos* que atribuye la participación podrían señalarse los siguientes:

Derechos de propiedad: El socio tiene el derecho de participar en los beneficios, y la correspondiente obligación de participar o de asumir las pérdidas (arts. 762 a 764 del Código Civil). Si los estatutos no determinan la participación de cada socio, en principio participan todos ellos por partes iguales en los beneficios o las pérdidas. No es posible el pacto de excluir a un socio de participación en beneficios o pérdidas, si bien la nulidad de este pacto sólo podrá ser invocada por el socio que tenga interés legítimo. En el supuesto de disolución el socio tiene derecho a participar en la cuota correspondiente resultante de la liquidación.

Derechos de Gestión o representación: Como antes se indica todo socio tiene el derecho de gestión y representación de la sociedad. Incluso el socio excluido de la gestión tiene el derecho de información sobre todos los actos de la sociedad, de inspeccionar la contabilidad de los documentos, etc. Cualquier acuerdo en contrario está prohibido (art. 755 del Código Civil).

Todos los socios tienen en principio la obligación de realizar sus contribuciones a la sociedad, que pueden consistir no solamente en dinero, sino también en trabajo u otras aportaciones (art. 742-I del Código Civil). Salvo pacto en contrario no es posible que los socios realicen la competencia a la sociedad. La doctrina y jurisprudencia ha configurado el principio

de la lealtad hacia la sociedad que significa la necesidad de contribuir en todo lo necesario para la consecución del fin, y desde un punto de vista negativo, de abstenerse de todo aquello que constituya una obstrucción a la consecución de dicho fin.

Disolución y liquidación: Una OE puede disolverse por diversas causas, como son el cumplimiento del período de tiempo para el que se constituyó (art. 765 del Código Civil), la terminación o conclusión del objeto para la cual se constituyó (art. 772 de Código Civil), por decisión unánime de todos los socios, por caer la sociedad en quiebra, o abrirse un procedimiento de tal naturaleza contra cualquiera de los socios, por muerte de alguno de los socios (si bien es posible y de hecho así ocurre en la práctica pactar que la sociedad continuará entre los socios sobrevivientes o entre estos y los herederos del fallecido), o incluso por notificación o denuncia de algún socio caso de apreciarse una justa causa. Se prohíbe incluso la limitación de este derecho de denuncia o notificación (art. 766 del Código Civil). Pero sin embargo, si la causa alegada por el socio no es de suficiente gravedad resultaría obligado a indemnizar a los otros socios por los perjuicios ocasionados.

La disolución es seguida de la correspondiente *liquidación* durante la cual la sociedad mantiene su personalidad jurídica (arts. 72-2 del Código Civil). La liquidación se efectúa por todos los socios salvo que hayan delegado en uno de ellos como liquidador (art. 778-1.º del Código Civil). En caso de disputa el liquidador puede incluso ser sustituido por resolución judicial a petición de cualquier socio. El proceso de liquidación incluye tanto la satisfacción de los derechos de acreedores y terceros, como el reembolso a los socios de sus participaciones. Las contribuciones no dinerarias deben ser valoradas con arreglo al valor que tuviesen en el momento de realizarse. Las contribuciones consistentes en trabajos no son compensadas (arts. 780 del Código Civil). El remanente después de satisfacer a terceros y las contribuciones se distribuye entre los socios en proporción a sus participaciones. Si los bienes de la sociedad no son suficientes para el pago de las deudas y de las contribuciones efectuadas, los socios son responsables del resto de la proporción en que están obligados a soportar las deudas (art. 783-1 del Código Civil). Se admite expresamente *la reactivación* de la sociedad en liquidación si bien se requiere el consentimiento de los socios, que no haya terminado el proceso de distribución de los bienes y la consiguiente publicidad. Los socios siguen siendo responsables incluso después de la disolución, si bien el artículo 64 del Código de Comercio establece una prescripción de cinco años para esta responsabilidad a contar desde la fecha de la disolución correspondiente y de su publicación.

IV. SOCIEDAD COMANDITARIA

La sociedad comanditaria en el derecho griego recibe la denominación “Eterorhythmi Etairia” (EE). La EE es una sociedad en la cual los partícipes responden de forma desigual. En ella pueden distinguirse dos diferentes tipos de partícipes, pues al menos uno o más socios colectivos (en griego “omorhythmos Etairos”), responden de forma individual e ilimitada de las deudas y obligaciones sociales, y al menos uno o más socios comanditarios (“eterorhythmos Etairos”), cuya responsabilidad por las deudas queda limitada al importe de su aportación (art. 23 del Código de Comercio). Es un tipo societario muy frecuente en Grecia principalmente en pequeñas y medianas sociedades, pues la Ley no requiere un capital mínimo ni un determinado volumen de negocios. Es una sociedad de tipo personal con personalidad jurídica.

La Ley distingue dos tipos de sociedades comanditarias: La simple y la comanditaria por acciones (art. 38 Código de Comercio). La diferencia radica en la posición del socio. Mientras en la sociedad comanditaria simple, la cualidad de socio bien sea colectivo o comanditario es en principio intransmisible, en las comanditarias por acciones las participaciones se incorporan a acciones al igual que en la S.A. y son transmisibles. Le son aplicables la mayoría de las normas que regulan la sociedad colectiva. La situación, derechos, poderes y responsabilidad del socio colectivo es similar a la que se aplica a los socios de la colectiva. Deben sin embargo hacerse algunas referencias a la posición especial del comanditario:

Pueden ser socios comanditarios tanto las personas naturales como las jurídicas, y la pertenencia como tal a una EE no determina su caracterización como comerciante, es decir el socio comanditario no adquiere por ese hecho la característica de comerciante. La Ley le caracteriza como un “financiador” (art. 23 del Código de Comercio). En principio sus derechos son los mismos que corresponden al socio colectivo (así participación en la gestión, en el voto, etc.). La aportación puede realizarse en metálico o especie no dineraria, pero no puede consistir en prestación de trabajos o servicios. El nombre de la sociedad comanditaria se integrará con el nombre de uno o más de los socios colectivos, pero no de los socios comanditarios. La doctrina y la jurisprudencia admiten sin embargo la inclusión del nombre de un socio comanditario en el nombre social, pero ello le genera una responsabilidad ilimitada, por aplicación analógica del artículo 28 del propio Código de Comercio.

Para garantizar los derechos de terceros, y evitar confusiones, la ley prohíbe al socio comanditario representar a la sociedad frente a terceros, o realizar contratos con dichos terceros. La sanción por la violación de

esta prohibición será la responsabilidad ilimitada concurrente con la de los socios colectivos (arts. 27 y 28 del Código de Comercio). La extensión de su responsabilidad en los supuestos enunciados no convierte, sin embargo, al socio comanditario en colectivo, sino simplemente su responsabilidad se convierte en idéntica a la del colectivo. Sin embargo los tribunales griegos en determinados supuestos le han equiparado al socio colectivo, atribuyéndole la cualidad de comerciante y considerándole responsable incluso por las deudas pasadas o futuras de la sociedad.

En relación a *la sociedad comanditaria por acciones* el Decreto 419/1986, ha añadido un artículo a la Ley 3190/1955 sobre sociedades de responsabilidad limitada (concretamente núm. 50.a), que incluye determinadas previsiones en relación a las sociedades comanditarias por acciones, fundamentalmente las siguientes: la nulidad de dicha sociedad ha de ser declarada por orden judicial, basada en alguna de las causas taxativas determinadas por la ley. La acción para la declaración de nulidad corresponde exclusivamente a las personas con interés legítimo para ello, y ha de dirigirse contra la propia sociedad. La decisión judicial que declare la nulidad ha de publicarse convenientemente.

Igualmente el citado artículo 50.2 modificado por el Decreto 419/1986 aplica a la sociedad comanditaria por acciones la mayoría de las normas sobre publicidad que rigen para las sociedades con limitación de responsabilidad, así por ejemplo la obligación de hacer constar en su documentación los datos de inscripción, todo el régimen de publicidad que posteriormente examinaré y que afecta a esta sociedad, el régimen de auditoría anual previsto para las mismas, régimen de disolución, liquidación, etc. Finalmente advertir que la sociedad comanditaria por acciones ha de ser registrada en el Registro de sociedades de responsabilidad limitada.

V. SOCIEDAD OCULTA

Una sociedad oculta es un contrato entre varios socios, que convienen en asociarse para la consecución de un objetivo común, y la cooperación entre ellos, de tal forma que sólo uno de los socios será público y aparecerá como comerciante, mientras los otros permanecerán ocultos (silenciosos) frente a terceros, sin que por lo tanto adquieran la cualidad de comerciantes ellos mismos. El contrato por el cual se establece una sociedad oculta puede incluir todo aquello que los socios deseen sin limitaciones legales (art. 48 del Código de Comercio). El Código de Comercio contiene muy pocas disposiciones acerca de este tipo societario (arts. 47 a 50), y le son de aplicación supletoria las normas relativas a la sociedad civil, en tanto sean compatibles con esta especial característica de la sociedad oculta. La

denominación en el derecho griego es “Metochiki Etairia” que significa sociedad de participación, pero en la práctica y en la doctrina se la denomina “Aphanes Etairia”, cuya traducción sería sociedad oculta o sociedad no visible.

La constitución de esta sociedad no requiere forma especial alguna ni publicación (art. 50 Código de Comercio). La publicación sólo será necesaria si la aportación, o mejor dicho la específica naturaleza de los socios requiere alguna forma específica de transmisión. Se podría caracterizar la sociedad oculta como una sociedad mercantil, personal e interna, sin propia personalidad jurídica.

Todos los socios, públicos o no, deben de contribuir a la sociedad en la forma pactada en el contrato. Los derechos de cada partícipe serán los propios de la sociedad, así por ejemplo no tendrán derecho a la representación salvo el socio público. Todo partícipe tiene derecho de control o supervisión de las cuentas. La gestión y representación lógicamente corresponde al socio público, que frente a terceros aparece como el único titular de la empresa. Este realiza los contratos como si fuesen en su propio nombre, y de ahí que adquiere responsabilidad ilimitada frente a acreedores. Es frecuente, sin embargo, que el contrato incluya una cláusula por virtud de la cual el socio o socios ocultos se obligan a garantizar los pagos contraídos por el socio público frente a terceros. Es igualmente frecuente pactar la exigencia interna del consentimiento de los socios ocultos, para que el socio público pueda emprender determinadas transacciones con terceros. Desde un punto de vista empresarial la sociedad oculta podría catalogarse como un préstamo con participación en beneficios. Sin embargo, existe una importante diferencia legal como es que los socios ocultos son realmente socios desde un punto de vista legal, y no acreedores. Para estar en presencia legalmente de una relación de acreedor y no de socio oculto, esto debe constar así expresamente en el contrato fundacional, de tal forma que se haga constar en dicho contrato que la responsabilidad frente a las pérdidas ha sido excluida y que la misma respecto del socio oculto frente a terceras personas queda limitada a la contribución pactada.

VI. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La SRL recibe en griego la denominación de “Etairia Periorismenis Efthinis”. Se encuentra regulada por la ley 3190/1955 (publicada en el *BOE* núm. A-91 de 6 de abril de 1955), reformada por el Decreto 419/1986 para adaptarla a la primera directiva, cuarta directiva y parcialmente séptima directiva de la CEE. Al igual que ocurre en nuestro país desde la

promulgación de la reciente reforma mercantil, la SRL se ha convertido en Grecia en un tipo societario de frecuente utilización, al adaptarse plenamente para las pequeñas y medianas empresas. Al igual que en nuestro derecho, como veremos, combina elementos de las sociedades personalistas y capitalistas. Lógicamente la limitación de responsabilidad se refiere a los socios, mientras que la sociedad en sí responde ilimitadamente con todo su patrimonio de las obligaciones y deudas que contraiga. Se trata de un tipo societario muy flexible, con un capital mínimo muy bajo (en la actualidad 200.000 dracmas) fácil de administrar y con enorme margen a la autonomía de la voluntad en su regulación.

En el estudio de la misma distinguiré los siguientes apartados:

CONSTITUCION: La constitución de una SRL (en terminología griega abreviadamente EPE) se regula en los artículos 6 a 8 de su ley, que se refieren tanto a la constitución de la misma, como al pago de las aportaciones y a los requisitos de publicidad.

1. *CONSTITUCION PROPIAMENTE DICHA:* La estructura de la sociedad viene regulada por el contrato entre sus fundadores siendo necesario que concurren al mismo dos o más personas, naturales o jurídicas. No puede por tanto constituirse una sociedad de responsabilidad limitada por una sola persona (sin embargo, aquí será en su día necesario considerar la duodécima directiva sobre sociedad de un solo socio. Desconozco si en la actualidad ya se han incorporado sus previsiones a la ley griega). La ley sin embargo admite expresamente la posibilidad de continuar la sociedad en el supuesto que tras su constitución devenga unipersonal por adquisición de las participaciones por un solo socio.

Debe constituirse en escritura pública (notarial), y los estatutos deben contener al menos las siguientes circunstancias (art. 6.2 de su ley):

1. Nombre completo, profesión, domicilio y nacionalidad de sus socios.
2. El nombre de la sociedad. Al mismo habrán de añadirse las palabras sociedad de responsabilidad limitada.
3. Debe tener su domicilio dentro del área de un municipio o una comunidad de Grecia.
4. El objeto de la sociedad. La sociedad tiene naturaleza mercantil cualquiera que sea su objeto, es decir aunque el mismo sea civil.
5. El importe del capital. Como antes dije el mínimo en la actualidad es de 200.000 dracmas sin que exista límite máximo. En realidad la mayoría de las sociedades se constituyen con el citado capital mínimo.

6. Las participaciones en que se divide el capital con la declaración de los fundadores de haber sido íntegramente desembolsadas.
7. Las aportaciones en especie, si existen, su valor, el nombre de los miembros que las realizan y el valor total de las mismas.
8. La duración de la sociedad. Aquí sí existe una importante diferencia con respecto al derecho español, pues el griego exige un tiempo determinado, sin que puedan constituirse estas sociedades por tiempo indefinido.

Los miembros de la misma pueden regular sus relaciones con libertad, pero sin embargo determinados acuerdos para producir efectos deben estar expresamente incluidos en el contrato fundacional.

2. *PAGO DE LAS APORTACIONES*: Como antes expresé, el capital ha de ser desembolsado en su totalidad en el momento de la constitución de la sociedad. Los Estatutos pueden admitir tanto las aportaciones dinerarias, como las no dinerarias. No obstante en caso de aportaciones no dinerarias, al menos la mitad del capital ha de ser desembolsado en metálico. Las aportaciones no dinerarias sólo son admisibles si son susceptibles de incorporarse al balance. La Ley griega (art. 5.2) exige en el supuesto de aportaciones no dinerarias la valoración de las mismas por un experto oficial, más bien un comité oficial de expertos, al que se refiere el artículo 9 de la Ley 2190/1920. Como especialidad puede señalarse que esta misma valoración se requiere para el supuesto de que la sociedad adquiera determinados bienes en propiedad para una explotación permanente (así por ejemplo maquinaria, inmuebles), si los transferentes son miembros o Administradores de la sociedad o sus parientes hasta el segundo grado inclusive. En el supuesto de no acompañarse la citada valoración la transmisión no es válida en relación a la sociedad (art. 5.3).

3. *PUBLICIDAD Y SUS CONSECUENCIAS*: La constitución de una EPE ha de ser objeto de publicación de acuerdo con el artículo 8 de la ley reguladora. Una copia del contrato, legitimada notarialmente por el notario que lo autorizó, debe ser depositada dentro del mes siguiente a su otorgamiento en el Juzgado de Primera Instancia del distrito donde la compañía tiene su domicilio. Allí se le da entrada en el Registro de sociedades de responsabilidad limitada. El Juzgado lleva dicho Registro, que se compone del libro de registro, el registro de cada sociedad, el archivo de la misma y el índice de sociedades. Un extracto del contrato social con las circunstancias legalmente previstas, ha de ser publicado a instancia de los socios o administradores en el Boletín de S.A. y SRL dentro del Boletín Oficial (art. 8.2 de la Ley 3190, y art. 21.3 de la ley 1599/1986). Sólo después del cumplimiento de todas estas circunstancias de publicidad adquiere la sociedad personalidad jurídica (art. 9.1 de su ley reguladora). La

ley, sin embargo, establece que las transacciones efectuadas en nombre de la sociedad con anterioridad a la publicación, generan para los que las otorgan responsabilidad solidaria e ilimitada. No obstante la propia sociedad será responsable si ratifica dichas actuaciones dentro de los tres meses siguientes a la publicación (art. 9.2), cesando en estos casos la responsabilidad personal de los que otorgaron los actos.

Publicidad y efectos frente a terceros: El artículo 8.a) regula los efectos de la falta de publicidad en relación a terceros. La regla general es que los actos y contratos realizados por la sociedad no afectan a terceros en tanto no se haya completado la publicidad exigida por el citado artículo 8 de la Ley 3190. Igualmente la sociedad no puede frente a terceros oponer actos o documentos respecto a los cuales no se haya completado la publicidad, a no ser que aporte evidencia de que los terceros tuvieron conocimiento de los mismos (art. 8.a.1,1). Incluso actos o contratos realizados por la sociedad, respecto de los cuales se haya completado la publicidad, no pueden afectar a terceros dentro de los 15 días siguientes a su publicación, si éstos prueban que no pudieron tener conocimiento de ellos (art. 8.a.1,2). En caso de discrepancia entre el texto publicado en el Boletín Oficial y el texto que ha tenido acceso al Registro, la sociedad no puede oponer el texto publicado. Los terceros, sin embargo, pueden confiar en dicho texto, en tanto la sociedad no pruebe que conocían el texto que tuvo acceso al Registro.

Una SRL constituida notarialmente, vulnerando las normas imperativas, no será nula pero sí *anulable*. Para garantizar los derechos de terceros la ley exige en estos supuestos que la sociedad sea declarada nula a través de la correspondiente resolución judicial. La declaración de nulidad sólo puede fundarse en alguna de las tres siguientes causas: 1.º Violación de alguna norma imperativa (así el capital mínimo, la necesidad de contrato notarial, las normas imperativas sobre el nombre y el objeto y el desembolso íntegro del capital o la valoración de las aportaciones no dinerarias). 2.º Que el objeto de la sociedad sea inviable o contrario a normas de orden público. Y 3.º Que en el momento de constituirse la sociedad todos los fundadores fuesen incapaces (art. 7.1). La acción de nulidad sólo puede ejercitarse por quien tenga interés legítimo. La declaración judicial de nulidad ha de incluir también el nombramiento de liquidadores, lo que supone una importante especialidad con respecto a nuestro derecho.

Examinaré a continuación algunas de las principales circunstancias o características de la SRL:

CAPITAL: Como antes aludí, el capital mínimo exigido para esta sociedad es de 200.000 dracmas, la mitad del cual ha de ser necesariamente satisfecho en metálico (art. 4.1). Cada socio tendrá sus correspondientes

participaciones en la sociedad. El valor de cada una de ellas ha de ser de 10.000 dracmas cada una o múltiplos de dicha cantidad. Dicha participación tiene la doble característica de atribuir un conjunto de derechos y obligaciones y a la vez ser una parte del capital. Dichas participaciones son transferibles, si bien no se incorporan a títulos negociables. En principio las participaciones son libremente transmisibles (arts. 28 y 29 de la ley 3190/1955), pero sin embargo, la transmisión *inter vivos* puede ser restringida por los estatutos, exigiendo el consentimiento de los otros socios, o estableciendo otras limitaciones para la transmisión, principalmente un derecho de preferencia en la adquisición a favor de los demás socios. Su transmisión requiere documento notarial y sólo es oponible frente a la sociedad desde su constancia en el libro de socios de la propia sociedad.

En principio todas las participaciones conceden iguales derechos. Sin embargo, esta regla no es imperativa, y por ello los estatutos pueden establecer diferencias, de tal forma que determinadas participaciones concedan otros derechos. Sin embargo en la práctica esta posibilidad no suele utilizarse.

ORGANIZACION: La sociedad posee fundamentalmente dos órganos, como son el Órgano de Administración y Representación y la Reunión o Junta de socios.

ORGANO DE ADMINISTRACION Y REPRESENTACION: Los Administradores deben ser designados por los Estatutos o bien por acuerdo de todos los socios, sin que sea necesario que tengan la cualidad de socios. Pueden ser personas naturales o jurídicas. No pueden ser Administradores los funcionarios públicos ni, lo cual no deja de ser curioso, los profesores universitarios (art. 17.4). Salvo previsión en contrario, la representación corresponde a todos los socios actuando colegiadamente (art. 16). Las reglas de funcionamiento de este órgano colegiado quedan al arbitrio de los Estatutos o decisiones de los propios socios. La revocación de los Administradores tiene alguna especialidad. Así si un socio ha sido designado Administrador en los Estatutos por tiempo indefinido su revocación sólo es posible por medio de una resolución judicial, y sólo con justa causa (art. 19.1.3). Si el designado Administrador ha sido un tercero, su revocación es posible en cualquier momento. Sin embargo, en determinados supuestos el revocado puede exigir daños y perjuicios a la sociedad por ruptura del contrato (art. 19.4). El nombramiento y revocación de los Administradores debe ser objeto de publicidad en las condiciones ordinarias. *El poder de representación* de los Administradores se extiende frente a terceros a todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social (art. 180.1). Incluso frente a terceros obligan a la sociedad aún cuando se extralimiten en el objeto, salvo que la sociedad demuestre que los terceros tenían conocimiento de que el acto excedía del objeto social. Los estatutos

pueden limitar este derecho de representación, pero dicha limitación no será eficaz frente a terceros aunque haya sido objeto de publicación (art. 18.1.3). Salvo pacto en contrario los Administradores no pueden realizar la competencia a la propia sociedad. Son responsables frente a los socios y frente a terceros por los daños ocasionados por infringir la ley reguladora de esta sociedad (art. 26) o los estatutos sociales. Su *responsabilidad* es solidaria, si han actuado conjuntamente. Las reclamaciones de terceros frente a los Administradores, sin embargo, que, previamente, la reunión de socios haya interpuesto acción contra los mismos, o que no se haya tomado dicha determinación pasado un período de tiempo razonable (art. 26.2).

REUNION O JUNTA DE SOCIOS: La reunión de socios es el órgano supremo de la sociedad, que puede decidir sobre cualquier cuestión que le afecte (art. 14.1). Es a su vez el único órgano competente para decidir modificaciones de estatutos, nombramiento o revocación de Administradores, aprobación de las cuentas anuales, interposición de una acción contra los representantes, prolongación del tiempo de duración, disolución de la sociedad, y demás materias especificadas en la propia ley (art. 14). La reunión se convoca por los propios Administradores, por escrito a los socios al menos con 8 días naturales de anterioridad a la fecha prevista, como establece el artículo 10.2. Si todos los socios están de acuerdo puede prescindirse de dicha notificación escrita o de cualquier otra. Debe celebrarse como mínimo una reunión ordinaria cada año, dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio anual. Las reuniones extraordinarias han de convocarse siempre que se estime necesario, o lo soliciten socios que representen al menos el 5 por 100 del capital, que determinarán las cuestiones que desean se incluyan en el orden del día (art. 11.1). Los acuerdos requieren ordinariamente una doble mayoría como es la mayoría de socios y la mayoría de capital. Excepcionalmente determinados acuerdos requieren una mayoría, tanto de socios como de capital, de tres cuartas partes (art. 38.1). Incluso se requiere una resolución unánime de todos los socios para cambiar la nacionalidad de la sociedad, para aumentar las responsabilidades de los socios, o para restringir los derechos que les corresponden con arreglo a los estatutos (art. 38.3). Los acuerdos tomados con violación de alguna de estas normas, o de las normas estatutarias, son anulables, debiendo anularse por la correspondiente resolución judicial a instancia de los Administradores o de cualquier socio dentro de los tres meses siguientes a la adopción del acuerdo (art. 15).

Cuentas anuales y auditoría: Los Administradores deben anualmente preparar el inventario y las cuentas anuales. Debe acompañarse el informe de gestión. Sobre esta materia y en concreto sobre las sociedades obligadas a someterse a auditoría, son de aplicación las normas establecidas para las

S.A. (arts. 42.a) a 42.e), 43 y 43.a) de la ley 2190/1920), a las que aludiré posteriormente al estudiar las características de la S.A.

POSICION JURIDICA DE LOS SOCIOS DE SRL: Para determinar su posición jurídica distinguiré sus derechos, sus obligaciones y su responsabilidad.

DERECHOS: Un socio de una SRL tiene como fundamentales derechos los siguientes: participar en la administración y representación de la misma (art. 16) en la forma antes vista. Tomar parte en las reuniones de socios y votar. Cada socio ha de tener, al menos, un voto (art. 12.1) si bien el número total de votos dependerá del número de participaciones que posea. No tiene sin embargo derecho a voto cuando vaya a ser objeto de resolución el acuerdo de ejercitar contra él una acción de responsabilidad por sus acciones u omisiones cometidas en el momento de la fundación o durante la vida de la sociedad (arts. 19.2 y 12.2.d). Todo socio tiene igualmente derecho de información sobre la marcha de la sociedad. En particular tiene derecho durante los diez días siguientes a la terminación de cada trimestre a examinar, en persona o acompañado de expertos, los documentos de la sociedad, para obtener la debida información sobre la marcha de la misma, estando prohibida cualquier estipulación estatutaria en contrario (art. 34). Todo socio tiene derecho igualmente a participar en los beneficios de la sociedad.

Salvo previsión estatutaria en contrario todos los beneficios de la sociedad han de ser repartidos anualmente, excepto un mínimo del 5 por 100 de dichos beneficios que han de destinarse a la reserva correspondiente hasta que ésta alcance un equivalente a la tercera parte del capital. Tienen igualmente derecho a participar en la parte correspondiente en supuestos de liquidación de la sociedad (art. 50). Cada socio tiene derecho a separarse de la sociedad sólo en el supuesto de existencia de causa legítima y grave, según decisión judicial (art. 33.2), si bien los estatutos pueden establecer el derecho a separarse sin necesidad de dicha causa (art. 6.3). Como derechos fundamentales concedidos a la minoría pueden señalarse el derecho a solicitar la convocatoria de una reunión extraordinaria, como antes vimos, el derecho a acudir al Juzgado para solicitar la disolución de la sociedad por causas graves (art. 44.1 C), y también el derecho a acudir al Juzgado para solicitar por razones o causas graves la remoción de los liquidadores (art. 47.4).

OBLIGACIONES: La principal obligación del socio es satisfacer la aportación correspondiente, y cooperar a la realización del objeto actuando con fidelidad debida a la sociedad. Los estatutos pueden imponer otras obligaciones, tales como prestar servicios, restricción de ejercer la competencia, etc. y pueden igualmente establecer la obligación de aportaciones

suplementarias, pero sólo para el supuesto de tener que cubrir pérdidas (art. 36.1).

RESPONSABILIDAD: El miembro o socio individual de la sociedad normalmente no es responsable personal frente a los acreedores de la sociedad. La personalidad jurídica de la sociedad hace que ésta sea la responsable frente a sus acreedores. Sin embargo, excepcionalmente la Ley prevé la responsabilidad personal de los socios frente a los acreedores sociales en determinadas circunstancias. Así el artículo 44.2 establece dicha responsabilidad personal en los supuestos de un propietario único de todas las participaciones para el supuesto de insolvencia de la sociedad. Igualmente el artículo 6.3 establece la responsabilidad personal del causante de la nulidad de la sociedad frente a los perjuicios causados a terceros como resultado de la citada nulidad. Digamos finalmente que se permiten los créditos de los socios frente a la sociedad, pero los mismos quedan subordinados a las reclamaciones de terceras personas, incluso en los supuestos de disolución de la sociedad, salvo la regulación especial del supuesto de quiebra.

MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS Y DEL CAPITAL. ESTATUTOS: La modificación de los estatutos requiere el acuerdo de los socios tomado en la correspondiente reunión por una mayoría de dos tercios de al menos tres cuartas partes del número total de socios que representen al menos las tres cuartas partes del capital (art. 38.1). Dicha modificación requiere el correspondiente documento notarial, y la consiguiente publicidad con los efectos antes vistos. Como excepción, y como ya expresé anteriormente, se requiere acuerdo unánime para modificar la nacionalidad de la sociedad, o para incrementar las obligaciones o la responsabilidad de los socios (art. 38.3).

CAPITAL: El aumento de capital requiere un acuerdo de los socios tomados por al menos dos tercios de dichos socios y del capital (arts. 40.1 y 38.1). Los socios tienen derecho de suscripción preferente en proporción a sus participaciones, si bien se admite pacto en contrario en los estatutos. La reducción del capital a su vez requiere la correspondiente alteración estatutaria con igual mayoría de dos tercios (arts. 41.1 y 38.1). En todo caso dada la existencia del capital mínimo no podrá reducirse por debajo de 200.000 dracmas, ni tampoco el valor de cada participación por debajo de 10.000 dracmas. La ley adopta determinadas formalidades en la reducción de capital para proteger los derechos de terceros (fundamentalmente en el art. 42).

TRANSFORMACION Y FUSION: La ley admite expresamente la transformación de una sociedad de Responsabilidad Limitada en una sociedad anónima, la transformación de una sociedad Colectiva o Comanditaria en una sociedad de Responsabilidad Limitada, y la conversión

de una sociedad de Responsabilidad Limitada en una Cooperativa. La primera (es decir la transformación en una S.A.) está regulada por el artículo 67.1 de la ley 2190/1920, modificada por el artículo 41 del Decreto 409/1986. Requiere como requisitos fundamentales: acuerdo de los socios por mayoría de dos tercios, valoración de la sociedad de Responsabilidad Limitada, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 2190, tener el capital mínimo exigido para una sociedad anónima, aprobación por parte del Ministerio de Comercio, y la publicación tanto de la resolución tomada por los socios como de la aprobación ministerial de acuerdo conforme al artículo 7 B.1 de la Ley 2190 y el artículo 8.1 de la Ley 3190/1955. El valor nominal de las acciones resultantes ha de ser igual a un múltiplo de la participación de la sociedad de Responsabilidad Limitada, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de 30.000 dracmas. Cumpliendo estos requisitos la sociedad de Responsabilidad Limitada continúa como sociedad anónima. Resalto por su originalidad la previsión expresa de la posibilidad de transformación de la sociedad Limitada en Cooperativa, como antes se dice, regulado por la Ley de Cooperativas Civiles (Ley 1667/1986, y en concreto en su art. 16). Requiere el acuerdo de los socios con las mayorías antes previstas, y el documento ha de reunir los requisitos exigidos para la constitución de una Cooperativa. La fusión se regula exclusivamente en la Ley (art. 54) cuando se trata de la fusión entre compañías de responsabilidad limitadas, bien por absorción, bien por formación de una nueva sociedad. Además de los requisitos necesarios de capacidad y legitimación, resaltar como se requiere el transcurso de dos meses desde la fecha de la publicación de un extracto de los acuerdos tomados por las sociedades.

DISOLUCION Y LIQUIDACION. DISOLUCION: La disolución tiene lugar sólo por las siguientes causas (art. 44): transcurso del plazo previsto en los estatutos. Acuerdo de los socios sobre la disolución con una mayoría de tres cuartos del total de socios que representan al menos las tres cuartas partes del capital. Resolución judicial como consecuencia de causas graves. Quiebra de la sociedad. Resolución judicial a petición de cualquier persona que tenga interés legítimo en el supuesto de sociedad de un solo socio, es decir aquella en que todas las participaciones se reúnen en una sola persona. (En este punto habrá que esperar, sin embargo, la necesaria adaptación de la legislación griega a la duodécima directiva de la CEE como antes apunté.)

La muerte quiebra o interdicción de algún socio no es causa de disolución de la sociedad, a no ser que los estatutos lo prevean expresamente. El artículo 45 de la Ley 3190/1955 establece un supuesto especial para el caso de pérdidas que dejen reducido el patrimonio por debajo de la mitad del capital, debiendo en estos supuestos los administradores convocar la

reunión de socios para que se acuerde la disolución o la consiguiente reducción de capital (nunca por debajo de 200.000 dracmas). Si la reunión no es convocada en un tiempo razonable o no se toma la resolución correspondiente, cualquier interesado puede solicitar la correspondiente resolución judicial ordenando la disolución.

LIQUIDACION: La disolución determina el inicio del período de liquidación. Durante dicho período la sociedad conserva la personalidad jurídica, y al igual que ocurre en el derecho español en relación a la sociedad anónima (aplicable a las Sociedades de Responsabilidad Limitada dada la remisión del artículo 30 de la Ley reguladora de dicho tipo societario en nuestro derecho) la sociedad conserva su nombre si bien debe añadir las palabras “en liquidación”. Los órganos encargados de la liquidación sólo pueden llevar a cabo aquellos actos necesarios para la misma. Son liquidadores los propios administradores a no ser que los estatutos dispongan otra cosa, o la reunión de socios disponga igualmente lo contrario (art. 47.1). La ley regula expresamente la posibilidad de remoción de los liquidadores bajo determinadas circunstancias. Los liquidadores han de preparar el consiguiente inventario y balance que ha de ser objeto de publicación. El poder de representación reside en el liquidador, y es el encargado de satisfacer a los acreedores de la misma. La liquidación termina una vez satisfechos los acreedores con la distribución del remanente entre los socios en proporción a la participación de cada uno (art. 50). Finalmente recalcar como el liquidador es responsable personalmente por la violación de cualquiera de las obligaciones derivadas de la Ley o de los propios estatutos (art. 26.1 y art. 46.3).

VII. SOCIEDAD ANONIMA

La sociedad anónima recibe en griego la denominación de “ANOMYMOUS ETAIRIA”. Al igual que en nuestro derecho constituye la sociedad esencialmente capitalista.

FUENTES LEGALES: La ley básica es la número 2190 de 1920 relativa a las sociedades anónimas, complementada fundamentalmente por el decreto legislativo 4237/1962, y codificada por el Real Decreto 174/1963. Como era necesario con la entrada de Grecia en la CEE, dicha Ley se ha visto modificada para adaptarla a las directivas comunitarias en materia de sociedades. Las modificaciones han sido introducidas fundamentalmente a través de dos Decretos: Real Decreto 409 de 12/28 de noviembre de 1986 (publicado en el Boletín núm. 191/1986), para adaptar la legislación griega en materia de sociedades anónimas a la primera, segunda, cuarta y parcialmente séptima directiva de la CEE y Decreto Presidencial

498 de 31 de diciembre de 1987 (Boletín 236/1987) para adaptar la legislación griega a la tercera, sexta, séptima y parcialmente a la primera, segunda y cuarta directiva de la CEE.

En el estudio de las principales características de la sociedad anónima en el derecho griego distinguiré los siguientes apartados, resaltando aquellas características que la diferencian claramente de la regulación de nuestro derecho.

CONSTITUCION: La sociedad ha de constituirse en documento notarial que ha de incluir los estatutos. Se requieren al menos dos socios fundadores, y el artículo 2 de la Ley 2190, modificado por el Decreto 409/1986, establece como requisitos o contenido mínimo de los estatutos los siguientes:

El nombre y el objeto de la sociedad. El nombre ha de ser seguido de las palabras "sociedad anónima"

El domicilio social, que ha de estar establecido en algún Municipio o Comunidad de Grecia (art. 6)

La duración de la sociedad (aunque es dudoso la doctrina se inclina por la no admisión de la duración indefinida)

El importe del capital. El capital mínimo exigido por el derecho griego es de cinco millones de dracmas (art. 8 de la Ley)

La clase, número, valor nominal de las acciones, con expresión del número de cada clase de acciones si existen varias.

La previsión o no de la convertibilidad de las acciones nominativas en "al portador" o viceversa.

Normas sobre convocatoria, composición, funcionamiento y poderes de los administradores.

Normas sobre convocatoria, composición, funcionamiento y poderes de la Junta o reunión de socios.

Los auditores designados

Derechos de los socios.

Normas sobre el balance y la distribución de beneficios.

Duración y razones o causas para la disolución de la sociedad y liquidación de sus activos.

La identidad de las personas naturales o jurídicas que han firmado los estatutos.

El importe total estimado de los costes de constitución de la sociedad

Lógicamente los estatutos pueden contener otros pactos lícitos además de los obligatorios según la Ley.

La constitución de la sociedad requiere la suscripción íntegra del capital.

Una importante característica del derecho griego en esta materia lo constituye la necesaria *autorización administrativa* para la válida constitución de una sociedad anónima.

En efecto la ley exige una autorización por parte de la Administración, previo el examen de los estatutos para determinar si se adaptan a la Ley. Si ello es así, y se ha otorgado el correspondiente documento público, el Ministerio de Comercio toma la correspondiente decisión aprobando los estatutos (art. 4.1). Esta autorización previa es igualmente necesaria para cualquier modificación estatutaria. Conviene hacer notar cómo el Ministerio de Comercio ejerce esta autoridad a través de lo que podríamos denominar los “Prefectos Locales”, cuya competencia en relación a las sociedades deriva del domicilio de cada una de éstas. Todo ello sin perjuicio de autorizaciones especiales que requieren determinadas compañías (así por ejemplo Bancos, etc.).

Una vez obtenida la correspondiente autorización, los estatutos y dicha autorización han de ser llevados al Registro de sociedades anónimas (en griego “MITROON ANONYMON ETAIRION”). Una vez tomada razón en dicho Registro, se produce la correspondiente publicidad del extracto a través del Boletín Oficial, y sólo entonces la sociedad adquiere la personalidad jurídica. Lógicamente, como consecuencia de la introducción de la primera directiva en la legislación griega, los efectos de la publicidad en este Boletín son similares o idénticos por los establecidos en nuestra actual legislación. Así no producirán efecto en cuanto a terceros hasta transcurridos quince días desde la publicación, si estos terceros prueban que le fue imposible tener conocimiento por otra vía. En los supuestos de discrepancia entre el texto publicado y el contenido de los documentos registrados, la sociedad no puede hacer valer frente a terceros lo publicado en el Boletín, pero los terceros, por el contrario, pueden valerse de lo publicado a no ser que la sociedad pruebe que ellos tenían conocimiento del texto publicado en el Registro.

Igualmente y por imperativo de la primera directiva, se establecen causas taxativas de nulidad de la sociedad, debiendo en todo caso dicha nulidad ser declarada por el correspondiente Tribunal. Así se establecen como únicas causas de nulidad, que los estatutos no contengan el nombre y el objeto de la sociedad, o el importe y suscripción del capital, que no haya sido constituida en documento público, que no se haya obtenido la autorización administrativa preceptiva, o que no se haya satisfecho íntegramente el capital inicial mínimo, que el objeto sea contrario a la Ley o al orden público, que no sean al mínimo dos los socios fundadores, o que dichos socios fundadores sean incapaces en el momento de celebrar el contrato. La acción puede ser ejercitada por cualquier persona que tenga interés legal, y la decisión judicial ha de designar los liquidadores en el mismo acto. Los socios están obligados a realizar las aportaciones comprometidas con la sociedad declarada nula, si ello fuere necesario para llevar a cabo la liquidación (art. 4.A-5).

Finalmente y para terminar con el estudio de la constitución de la sociedad, es conveniente advertir cómo las personas que actúan en nombre de la sociedad en formación responden solidaria e ilimitadamente por las deudas contraídas. No obstante, la sociedad será la única responsable si dentro de los tres meses siguientes al día en que adquiere su personalidad jurídica, ratifica dichas actuaciones, asumiendo las obligaciones (artículo 7-D).

CAPITAL: Examinaré a continuación las características esenciales del capital, así como de las acciones en que el mismo se divide. El capital ha de estar determinado en los estatutos, y representa el total de contribuciones o aportaciones realizadas por los socios. Como antes expuse el mínimo hoy en día requerido es de cinco millones de dracmas, si bien para el supuesto de que la sociedad ofrezca acciones a la suscripción pública se eleva hasta diez millones de dracmas (art. 8.A-1).

Como antes advertí la Ley exige la suscripción íntegra del capital. Las aportaciones pueden ser tanto dinerarias como no dinerarias. La Ley (art. 12) permite la posibilidad del desembolso parcial de las acciones. Este desembolso parcial debe afectar por igual a todos los accionistas, y estar expresamente previsto en los estatutos. No es posible el desembolso parcial en el supuesto de aportaciones no dinerarias. Para el supuesto de desembolso parcial, la Ley prevé las siguientes condiciones: el pago completo ha de realizarse en un máximo de diez años, ha de desembolsarse inicialmente, al menos, el 25 por 100 del valor nominal de las acciones, hasta su total desembolso las acciones han de ser nominativas, el transferente de las acciones responde junto con el adquirente solidariamente del pago de los desembolsos pendientes durante un período de dos años, las acciones que no hayan sido pagadas en el tiempo previsto se convierten en acciones nulas, debiendo la sociedad proceder a la emisión de un número de acciones equivalentes a las declaradas nulas, en los títulos de las acciones debe constar su desembolso parcial, en cualquier publicidad de la sociedad acerca de la cifra de capital debe constar igualmente el desembolso parcial, y cualquier aumento de capital requiere previamente el desembolso de las acciones anteriormente emitidas.

Como antes advertí las aportaciones pueden ser no dinerarias. En este supuesto estas aportaciones, realizadas tanto en la constitución como en cualquier aumento de capital, deben ser valoradas por un Comité de expertos constituido por tres miembros, previsto en la Ley (art. 9). Dicho Comité de expertos está constituido por uno o dos funcionarios públicos con al menos tres años de experiencia, uno o dos contables oficiales, y por un experto representante de la Cámara competente (art. 9.1).

AUMENTO Y REDUCCION DE CAPITAL

AUMENTO DE CAPITAL: El aumento de capital puede tener lugar mediante nuevas aportaciones, capitalización de beneficios o reservas, o conversión de obligaciones en acciones.

En principio el acuerdo de aumento de capital debe ser aprobado por la Junta, con un quórum reforzado de dos tercios del capital, y un voto emitido por al menos tres quintos de los votos representados en la Junta (arts. 29.3 y 31.2). Dicho acuerdo constituye modificación de estatutos, con las consiguientes consecuencias, entre ellas la necesaria autorización administrativa. La Ley, sin embargo, para facilitar el aumento de capital autoriza excepcionalmente que los estatutos prevean la posibilidad de acordarse el aumento de capital por la Junta ordinaria o por los administradores, de acuerdo con el artículo 13.1 de la Ley. Dichos aumentos no constituyen modificación de estatutos (art. 13.4), sin requerir, por tanto, autorización administrativa. En estos supuestos la Junta ordinaria puede decidir el aumento con mayoría absoluta (art. 31.1), siempre que concurren las siguientes condiciones: que los estatutos lo prevean expresamente, y que el capital no se incremente cuatro veces más allá del capital inicial, o dos veces el capital existente en el momento de acordarse la modificación estatutaria que lo prevea. El capital autorizado, es decir, la posibilidad de que los administradores acuerden el aumento de capital, se admite siempre que se den las siguientes circunstancias: que los estatutos o un acuerdo de la Junta de socios autorice a los administradores a dicho aumento. Que esta facultad se ejerza por los administradores dentro del plazo de cinco años, y que el acuerdo se tome por una mayoría de dos tercios de socios, sin que el aumento pueda exceder del importe del capital existente inicialmente, o del existente en el día en que la Junta de socios tomó el acuerdo correspondiente.

Como medida de protección de los accionistas la Ley exige que para el supuesto de que existan diversas clases de acciones, el acuerdo de la Junta de socios sobre el aumento de capital o sobre autorización a los administradores para aumentarlo, ha de aprobarse con las mayorías necesarias por los accionistas afectados, de tal forma que si existen estas diferentes clases de acciones afectadas, deberán producirse votaciones separadas, cada una con los quórum y mayorías antes expuestos (arts. 29.3, 31.2 y 13.2).

Se reconoce a los accionistas un derecho de suscripción preferente en todo aumento de capital o emisión de obligaciones (art. 13.5). De modo similar a nuestro sistema éste derecho preferente de suscripción podrá ejercitarse en el período que se establece, que no podrá ser inferior a un mes. Una vez transcurrido dicho período las acciones no suscritas son de

libre disposición por parte de los administradores. La oferta de suscripción y el período durante el cual podrá ejercerse el derecho preferente han de ser publicados en el Boletín Oficial, si bien al igual que en el Derecho español, si todas las acciones son nominativas, los accionistas podrán ser informados a través de la correspondiente comunicación por escrito sobre el derecho de suscripción preferente (art. 13.5,4). El derecho de suscripción preferente puede ser suprimido por acuerdo de la Junta, con los quorums a que se refieren los artículos 2.º.3 y 4 y 31.2 de la Ley (es decir, dos tercios del capital y mayoría de votación de dos tercios de los presentes). Los administradores están obligados a presentar a la Junta de socios las razones para la supresión o restricción de este derecho de suscripción preferente.

Si el aumento de capital no se suscribe íntegramente, el capital será aumentando sólo en la cifra de la suscripción, siempre que el acuerdo de aumento así lo previese expresamente.

Aumento de capital por capitalización de beneficios o reservas: Se regula en la Ley 148/1967. En concreto el artículo 1 de dicha Ley admite la capitalización de beneficios no distribuidos. El aumento de capital mediante capitalización de reservas viene regulado en el artículo 1.4 de la propia Ley. Incluso se admite bajo determinadas condiciones la capitalización mediante la revalorización de determinados activos de la sociedad.

Aumento de capital por conversión de obligaciones: La Ley autoriza la emisión de obligaciones, que atribuyan al titular del mismo la posibilidad de convertirlas en acciones (art. 3.A-1). La emisión ha de acordarse con el quórum previsto en los artículos 29.3 y 31.2. La conversión de las obligaciones en acciones implica el aumento del capital en la cantidad necesaria para la emisión de las citadas acciones. No se requiere un acuerdo específico para dicho aumento, pues está incluido en el acuerdo inicial de emitir obligaciones convertibles en acciones.

REDUCCION DEL CAPITAL: La reducción del capital puede tener lugar tanto para la devolución de aportaciones a los socios, como para equiparar el capital real, como consecuencia de las pérdidas producidas. Las condiciones generales de la reducción del capital son las siguientes:

Un acuerdo de la Junta de socios, único órgano con capacidad para tomarlo. Requiere el quórum reforzado ante visto a que se refieren los artículos 29.3 y 31.2 de la Ley. Caso de existencia de diversas clases de acciones, cada una de las clases afectadas deberá tomar el acuerdo con el quórum indicado. Lógicamente el capital no puede ser reducido por debajo de la cifra mínima para este tipo societario (5 000.000 de dracmas como señal) a no ser que en el propio acuerdo se incluya otro de aumento del capital por encima del citado mínimo. Para proteger a los acreedores se requiere que el acuerdo de reducción, bajo pena de nulidad,

especifique la forma en que el mismo se llevará a cabo y que vaya acompañado de un informe de un contable oficial de que la sociedad está capacitada para satisfacer a sus acreedores (art 4 3,4)

La modificación estatutaria producto de una reducción de capital requiere la correspondiente autorización administrativa. Esta autorización puede ser denegada si se juzga que no se protegen suficientemente los intereses de los acreedores.

Finalmente el acuerdo de reducción ha de ser publicado en el Registro y en el Boletín Oficial en la forma ordinaria.

La reducción puede tener lugar tanto reduciendo el valor nominal de las acciones, como mediante la agrupación de diversas acciones en una sola cuyo valor nominal sea inferior al de las agrupadas, como incluso mediante la adquisición de las acciones por la propia sociedad para su amortización. La Ley, sin embargo, no regula con detalle estos diferentes procedimientos, debiendo en todo caso la Junta de socios acordar lo necesario sobre el procedimiento de reducción. No debe olvidarse la necesaria autorización administrativa, que será denegada en el supuesto de que no se garanticen, como antes advertí, suficientemente los derechos de los terceros, fundamentalmente acreedores.

Una interesante especialidad del Derecho griego en esta materia es la *redención (o amortización) del capital*, que ha venido a ser regulada por el Decreto 409/1986. Esta redención no es considerada como una reducción del capital. La redención (o amortización) en todo o en parte del capital debe estar expresamente autorizada por los estatutos, facultando a la Junta de socios para ello. En este supuesto el acuerdo ha de tomarse con las mayorías previstas en los tantas veces citados artículos 29.1 y 31.1 de la Ley. Si la redención no está prevista en los estatutos, la Junta de socios podrá acordarla pero con el quórum cualificado de los artículos 29.3 y 4 y 31.2 de la Ley. La amortización o redención se lleva a cabo pagando a los socios total o parcialmente el valor nominal de sus acciones, debiendo necesariamente efectuarse el pago con fondos o reservas especiales de la sociedad. Los socios cuyas acciones hayan sido redimidas o amortizadas conservan todos sus derechos en la sociedad, con la sola excepción del derecho a la devolución de su aportación y de la participación en beneficios iniciales, que de acuerdo con el artículo 45 de la Ley es retenido por los titulares de acciones no redimidas o amortizadas.

No está permitido en Grecia en principio que la sociedad *adquiera sus propias acciones*. Sin embargo, se permite como excepción dicha adquisición fundamentalmente en los supuestos siguientes:

Adquisición de acciones para la reducción de capital previo acuerdo de la Junta de socios.

Adquisición de acciones por la sociedad como consecuencia o resultado de una transmisión universal.

Adquisición de acciones totalmente desembolsadas como consecuencia de la ejecución de un procedimiento por parte de la sociedad para satisfacer sus derechos frente a socios.

Acciones totalmente desembolsadas adquiridas libre de cargas por vía de donación.

Las acciones que posea la propia sociedad se computan a los efectos de quórum en la Junta de socios, pero el derecho de voto queda suspendido. La Ley prohíbe a la sociedad aceptar como garantía prendaria sus propias acciones (o incluso de una sociedad filial suya).

LAS ACCIONES

Al igual que en nuestro Derecho, la acción tiene en el Derecho griego un triple significado: las partes o porciones en que se divide el capital, la posición jurídica del socio, es decir, el conjunto de derechos y obligaciones del mismo, así como el documento a que se incorpora la acción. La acción es esencialmente transmisible, y en cuanto a su valor nominal la Ley establece un mínimo de 100 dracmas y un máximo de 30.000 dracmas por acción (art. 30.2).

Clases de acciones: al igual que en nuestro Derecho, las acciones pueden ser al portador o nominativas, y junto a ellas pueden existir acciones preferentes y acciones redimidas o amortizadas, a las que antes ya hice referencia.

Las características fundamentales de las acciones al portador son similares a las de nuestro Derecho, siendo el tipo más frecuente en Grecia. Al poseedor material del título se le presume socio con los derechos y obligaciones inherentes. Las acciones al portador son títulos negociables, transferibles por medio de acuerdo, en igual forma que otros tipos de títulos en el Derecho griego (arts. 35 del Código de Comercio y 1.034 del Código Civil).

Las acciones nominativas presentan igualmente características similares a las del Derecho español. En determinados supuestos se exige dicho carácter para las acciones: así para los casos de acciones desembolsadas sólo parcialmente, y en determinado tipo de sociedades, como Bancos, Compañías de Seguros, Compañías Aéreas o de Ferrocarriles, o relacionados con la producción del gas o la generación o distribución de energía, etc.

Si bien las mismas se transfieren igualmente por acuerdo, lo cierto es que la transmisión no es efectiva hasta que se hace constar en el libro

especial de acciones nominativas de la sociedad. Esta constancia es fechada y firmada por ambas partes, transferente y adquirente. Para el supuesto de que sean acciones negociadas en un mercado secundario, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Legislativo 3330/1955, que establece las condiciones y requisitos fundamentales para su transmisibilidad en este tipo de mercados. Debe quedar pues claro que si bien la transmisión de las acciones nominativas es válida entre partes por el acuerdo o contrato, no produce efecto frente a la sociedad en tanto no haya sido registrada en el libro antes indicado.

Los estatutos pueden establecer cláusulas limitativas de la transmisión de acciones, exigiendo la aprobación, bien de la Junta de socios o bien de los administradores. Esta autorización previa de la sociedad (a través de los Organos fijados en los estatutos) sólo tiene en principio como límite la doctrina general del abuso del derecho (art. 281 del Código Civil). No obstante, los estatutos pueden también establecer las razones en base a las cuales puede ser denegada la autorización.

Como antes indiqué el Derecho griego admite la posibilidad de existencia de *acciones privilegiadas* que confieren a sus titulares determinados privilegios, o beneficios, no atribuidos a los titulares de acciones ordinarios. La existencia de este tipo de acciones debe ser autorizada por los estatutos de la sociedad. Los derechos preferentes que pueden atribuir normalmente consisten bien en el derecho a percibir un beneficio preferente (de acuerdo con el art. 45), el derecho preferente al reembolso en el supuesto de liquidación de la sociedad, un derecho preferente a la percepción de dividendos en aquellos períodos durante los cuales no se han distribuido los mismos, o bien el derecho a la percepción de un dividendo fijo. Las acciones privilegiadas pueden convertirse en acciones ordinarias, debiendo en todo caso los estatutos o el correspondiente acuerdo de la Junta de socios, determinar el período de dicha conversión. Se admiten igualmente en el Derecho griego *acciones preferentes que a su vez sean acciones sin voto*. Estas acciones sin voto conceden a sus titulares los derechos inherentes a las acciones privilegiadas excepto el derecho de votar. En estos supuestos, y como complemento a sus derechos preferentes, los titulares de acciones privilegiadas sin voto, pueden ser beneficiados con el derecho a un determinado tipo de interés (art. 3.4 modificado por el Decreto 409/1986). Finalmente observar como la supresión o limitación de estos derechos preferentes requiere el correspondiente consentimiento de los titulares de dichas acciones preferentes, tomado en una reunión especial y con un acuerdo de al menos las tres cuartas partes de ellos.

Por lo que hace referencia a las acciones redimidas o amortizadas, anteriormente ya he expuesto la posibilidad de redención o amortización del capital. Como ya expuse entonces los titulares de acciones redimidas

o amortizadas conservan todos sus derechos en la sociedad, excepto el derecho al pago de un primer dividendo.

Las acciones, como bienes muebles que son, pueden ser objeto de derechos reales, así no solamente la propiedad, sino también la copropiedad (art. 1.113 del Código Civil). En este último supuesto de copropiedad, serán de aplicación las reglas generales de dicha institución contenidas fundamentalmente en los artículos 785, 788 y siguientes del Código Civil. Las acciones también pueden ser objeto de un derecho de prenda (arts. 1.244 y 1.245 del Código Civil), así como de un derecho de Usufructo. En este último supuesto corresponden al usufructuario el derecho de dividendo, y, salvo pacto en contrario, le corresponde igualmente el derecho de votar en la Junta de socios (art. 1.177). El acuerdo en virtud del cual el derecho de voto corresponda al nudo propietario es válido, a no ser que los estatutos de la sociedad lo prohíban expresamente.

PRINCIPALES DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS

Los derechos de los accionistas pueden clasificarse en administrativos y de propiedad. Como principales derechos que podríamos denominar *administrativos*, le corresponden al accionista el de participar en la vida de la sociedad, fundamentalmente a través del voto, y el derecho de inspección y de recibir la información adecuada. El más importante sin duda, al igual que en nuestro derecho, es el de voto. Con arreglo al artículo 30.1 de la Ley cada acción atribuye a su titular el derecho de voto (sin perjuicio de lo antes dicho sobre las acciones preferentes), y este derecho ha de ser proporcional a la fracción que la acción represente en el total del capital. En este sentido, y salvo la excepción de las acciones sin voto, está prohibido privar al socio de los derechos de voto. Dicho derecho puede ejercitarse igualmente a través de apoderado.

Como principales *derechos de propiedad*, pueden establecerse el derecho a participar en los beneficios o en su caso en la cuota correspondiente a la liquidación de la sociedad. El derecho a participar en los beneficios (en proporción al valor de la acción en relación al total capital), es un derecho inalienable. No obstante, el accionista no tiene acción contra la sociedad para el pago de los dividendos o beneficios, sino después de que por la Junta de socios se haya tomado el correspondiente acuerdo sobre aprobación del Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias. En el reparto de beneficios, el artículo 45 de la Ley exige que previamente se destine la parte correspondiente a la reserva legal, a continuación es obligatorio repartir un dividendo mínimo del 6 por 100 del capital a los titulares de las

acciones (es el llamado primer dividendo a que he hecho referencia varias veces con anterioridad), y el resto de los beneficios resultantes pueden o bien transferirse a reservas o bien distribuirse a los accionistas como dividendo adicional. Sin embargo, el artículo 1 de la Ley 876/1979 obliga a las sociedades anónimas a distribuir como dividendo inicial o primer dividendo en lugar del 6 por 100 del total capital un porcentaje del 35 por 100 de los beneficios netos, a no ser que el dividendo a repartir computándolo con arreglo al 6 por 100 del capital fuese superior. La Junta de socios, con una mayoría de dos tercios sobre el capital (arts. 29.3 y 31.2) puede tomar el acuerdo de que después de repartirse el primer dividendo o dividendo inicial, todos los posteriores beneficios distribuibles a los accionistas, sean objeto de capitalización de acuerdo con los estatutos, de tal forma que los accionistas en vez de recibir el dividendo adicional, recibirán nuevas acciones (art. 45.3). Queda prohibida la distribución de dividendos, si el día de cierre del Ejercicio, el importe del patrimonio social, según resulte del Balance, sea o vaya a resultar después de la distribución de dividendos, inferior al capital suscrito.

Como principal *obligación del accionista* resulta la de efectuar las correspondientes aportaciones. Incluso en el supuesto de una sociedad declarada nula, el accionista queda obligado a efectuar el pago de los desembolsos pasivos, si ello es necesario para la liquidación de la sociedad (art. 4.A-5). Una vez efectuado el desembolso, el accionista en principio no tiene más obligaciones con respecto a la sociedad. Aunque el accionista no tiene responsabilidad personal por las deudas de la sociedad, no puede olvidarse que con arreglo al nuevo artículo 46.A de la Ley (modificada por el art. 38 del Decreto 409/1986) un accionista es responsable de la devolución a la sociedad de cualquier cantidad que haya recibido violando los artículos 44, 45 y 46 relativos a la distribución de dividendos si bien la sociedad ha de probar que el socio conoció o pudo conocer que con arreglo a las circunstancias la distribución de los dividendos era ilegal.

ORGANOS DE LA SOCIEDAD

Como órganos de la sociedad deben analizarse el órgano de administración, la Junta de socios, y los auditores. Examinaré las características esenciales de estos tres órganos por el orden indicado.

ORGANO DE ADMINISTRACION

En el Derecho griego el Organó de Administración es aquel en el que reside la gestión y administración de la sociedad. Es un auténtico órgano,

y de ahí que la representación que ostenta pueda calificarse de orgánica.

Nombramiento y remoción de administradores: el órgano de administración es un órgano colegiado, y así el artículo 18.1 establece que la sociedad será representada judicial y extrajudicialmente por el órgano de administración que actuará colegiadamente. Los administradores son nombrados por la Junta de Socios, único órgano competente para ello. Una vez que han sido nombrados con todas las formalidades necesarias, la sociedad queda obligada por sus actos frente a terceros, salvo que se demuestre que estos terceros tenían conocimiento de un nombramiento irregular. Los fundadores de la sociedad pueden nombrar los primeros administradores en los estatutos (art. 34.8,6). Si los estatutos lo prevén expresamente, el propio Órgano de Administración podrá nombrar interinamente administradores que reemplacen a aquellos que hayan dimitido o cesado por cualquier causa, hasta la próxima Junta General (art. 34.2,C). Se admite pues el derecho de cooptación sólo en el supuesto de que los estatutos lo prevean expresamente.

La Ley (art. 18.3) autoriza expresamente a que los estatutos concedan a determinados accionistas el derecho de nombrar ellos administradores, sin que nunca los así nombrados puedan exceder de un tercio del número total de los mismos, debiendo determinar simultáneamente los estatutos las condiciones para el ejercicio de este derecho.

Pueden ser administradores tanto las personas naturales como las jurídicas, y si lo es una de esta última clase, todos los derechos y obligaciones serán ejercidos por la persona natural autorizada legalmente por la persona jurídica designada administrador. Pueden ser administradores personas que no sean socios, salvo previsión estatutaria en contrario. Igualmente no se requiere la nacionalidad griega para ejercer la función de administrador. Finalmente en cuanto a su número la Ley griega sólo establece el mínimo, que se fija en tres (art. 21.1). La duración del cargo se fija por los estatutos, sin que pueda exceder de seis años, si bien los administradores pueden ser reelegidos (art. 19).

Remoción de los administradores: Estos pueden ser removidos de su cargo en cualquier momento por acuerdo de la Junta de socios. Aquellos que hayan sido nombrados con arreglo al artículo 18.3 de la Ley (es decir, el supuesto antes visto en que los estatutos atribuyan directamente a determinados accionistas la facultad de nombrar administradores, nunca más de un tercio), sólo pueden ser removidos en cualquier momento por los accionistas que los nombraron, y reemplazados por otros. Los accionistas que representen al menos el 10 por 100 del capital pueden acudir al Presidente del Juzgado de Primera Instancia con jurisdicción competente para que cese a administradores por causas graves (art. 18.4). Finalmente los administradores pierden su cargo además de por la remoción por la

Junta o por muerte, por su renuncia o por su declaración de incapacidad.

Derechos de los administradores: El Órgano de Administración, como antes expuse ostenta el poder de representación y de gestión de la sociedad. Sus competencias se extienden a todo lo relacionado con el objeto social. Representan a la sociedad tanto judicial como extrajudicialmente, y su poder es ilimitado (siempre dentro del objeto social) e ilimitable. La Ley permite la delegación en uno o más administradores de dicho poder para determinadas materias. La gestión corresponde pues a los administradores dentro de los límites del objeto social. Pero incluso en supuestos de extralimitación fuera del objeto, la sociedad queda obligada frente a terceros, a no ser que demuestre que el tercero conocía dicha extralimitación o pudo conocerla. Al igual que en nuestro derecho la mera publicidad o publicación de los estatutos no constituye una prueba de que el tercero conocía la extralimitación (art. 22.1). Otras limitaciones a los poderes de los administradores que consten en los estatutos, o resulten de acuerdos de la Junta de Socios, incluso aunque hayan sido publicados, no afectan o no son efectivos frente a terceros de buena fe (art. 22.2), lo que parece en contradicción con el artículo 9.3 de la primera directiva de la CEE, que no hace distinción al respecto en cuanto a los terceros sean o no de buena fe, pues, a estos terceros no les afectarán estas limitaciones sin exigencia de dicha buena fe.

Como principales obligaciones, los administradores tienen una obligación de confianza y lealtad frente a la sociedad, lo que se expresa a través de diversos mandatos previstos en la Ley. Así por ejemplo el artículo 12.A-3 establece la obligación de los administradores de guardar secreto acerca de los asuntos de la sociedad de los que tengan conocimiento a través de su función. Igualmente tienen prohibición de ejercer la competencia a la sociedad (art. 23). La violación de esta prohibición determina la posibilidad para la sociedad de reclamar los correspondientes daños y perjuicios.

La Ley prohíbe que la sociedad otorgue préstamos tanto a los fundadores como a los miembros del Órgano de Administración o apoderados generales, a su familia hasta el tercer grado, o a sus cónyuges. Igual prohibición se extiende a la concesión de créditos o garantías. La validez de otro tipo de contratos a favor de las personas indicadas, requiere una autorización específica de la Junta de socios (art. 23.A-2), autorización que debe incluir los términos específicos del contrato. La omisión de esta autorización hace nulo el contrato. Sin embargo dicha autorización no es necesaria, y por tanto no existe la prohibición, en el supuesto de acuerdos, contratos o transacciones que entren dentro de la actividad ordinaria de la sociedad con sus clientes. Dados los riesgos que para la sociedad suponen estos contratos con los propios administradores, la Ley incluso establece que dicha autorización por parte de la Junta de socios no es válida si se

oponen a la misma accionistas que representen al menos la tercera parte del capital (art. 23.A-2).

Los administradores pueden ser retribuidos o no. La retribución satisfecha con cargo a beneficios sólo puede hacerse efectiva después de pagar los gastos, la reserva ordinaria, y la distribución de lo que antes he denominado primer dividendo o dividendo inicial.

La responsabilidad de los administradores es objeto de regulación en la propia Ley, estableciendo que todos ellos son responsables frente a la sociedad de las faltas cometidas en la gestión de la sociedad, o por incumplimiento de obligaciones legales o estatutarias, o de acuerdos de la Junta de socios. Responden por cualquier falta, a no ser que prueben que emplearon la diligencia propia de un buen gestor (art. 22.A-2,1), pero incluso no es suficiente dicha prueba para el caso del Director General, a quien la Ley obliga a una diligencia superior. La responsabilidad pues de los administradores es estricta, siendo a ellos en caso de disputa a los que corresponde probar que emplearon la diligencia exigida por la Ley.

El ejercicio de la acción corresponde a la sociedad, y la responsabilidad de los administradores no puede ser excluida ni siquiera por acuerdo de la Junta de socios, toda vez que la Ley en su artículo 22.A-4 establece que la sociedad sólo puede renunciar a esta acción transcurridos dos años, si lo consiente la Junta de socios, y siempre que no se oponga a ello una minoría de al menos la cuarta parte del capital. Prescribe dicha acción a los tres años desde que se cometió la falta, a no ser que el acto fuese cometido con fraude, en cuyo supuesto la prescripción es de diez años. Para la protección de los socios, se autoriza a la Junta de socios para designar unos representantes especiales para el ejercicio de la citada acción.

LA JUNTA GENERAL DE SOCIOS

La Junta general de socios es el órgano supremo de la sociedad (art. 33), y tiene competencia sobre cualquier asunto que afecte a la misma, siendo sus decisiones vinculantes incluso para los socios disidentes o no asistentes a la Junta. Sin embargo, no son de su competencia las facultades atribuidas a otros órganos, en concreto la gestión y representación de la sociedad, que como ya expuse, corresponde al Órgano de Administración. Por lo tanto el poder que tiene la Junta de revocar o cesar a los administradores cuando lo estime conveniente, no implica que pueda a su vez ejercer la gestión, que corresponde al Órgano de Administración.

Al igual que en nuestro Derecho la Junta ordinaria ha de celebrarse al menos una vez al año dentro de los seis meses siguientes al fin del ejercicio

social (art. 25), siendo de su competencia la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado o distribución del beneficio. Le corresponde igualmente el nombramiento de los auditores y sus sustitutos, a los que posteriormente haré referencia, nombrados en todo caso para el ejercicio correspondiente. La Junta extraordinaria se celebra cuando lo requieran los intereses de la sociedad, a iniciativa del Órgano de Administración, o cuando lo pidan los accionistas minoritarios que prevé la Ley, o lo soliciten los auditores (arts. 39 y 38 respectivamente).

La Junta de socios es pues el órgano supremo de la sociedad. Le corresponden en exclusiva entre otras las siguientes atribuciones (art. 34.1): cualquier modificación de los estatutos, incluido el aumento o reducción de capital, el nombramiento de los miembros del Órgano de Administración (con la excepción antes vista para el supuesto de que pueda hacerlo transitoriamente el propio Órgano de Administración) y de los auditores, la aprobación de las cuentas anuales y distribución de resultados, la emisión de obligaciones convertibles, la modificación o prolongación de la duración de la sociedad y el nombramiento de liquidadores. Incluso, como antes ya expresé, determinadas decisiones del propio Órgano de Administración requieren el consentimiento de la Junta de socios (así, por ejemplo, la autorización a miembros de dicho órgano para ejercer la competencia: art. 23.1).

En relación a los requisitos de convocatoria, reitero que la Junta extraordinaria puede ser convocada cuando lo acuerde el Órgano de Administración, lo soliciten los auditores, o lo pidan la minoría de los accionistas legalmente prevista. La convocatoria debe ser publicada con 20 días de antelación a la celebración de la misma, sin que se incluyan ni el día de la publicación ni el de la celebración de la Junta. Dicha convocatoria debe ser publicada (incluyendo la fecha y la hora de la celebración y los temas que han de ser tratados con la debida claridad) en un lugar visible del domicilio social, y además en el Boletín Oficial (en la sección de sociedades anónimas), y en un diario general de Atenas, que en opinión del Órgano de Administración, sea de amplia circulación en todo el país, y además en un diario económico o financiero que haya tenido circulación continuada durante los últimos tres años y de al menos una tirada de 5.000 ejemplares. Los diarios económicos que reúnen esta característica son designados por el Ministerio de Comercio al comienzo de cada año. Si el domicilio de la sociedad no corresponde al Municipio de Atenas, debe además publicarse la convocatoria en otro periódico diario o semanal de circulación en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, y si no existe dicho periódico al menos en uno de circulación en la capital correspondiente a la prefectura donde la sociedad tenga su domicilio (art. 26). Durante los días anteriores a la celebración de la Junta Ordinaria cualquier accionista

puede obtener de la sociedad una copia de las cuentas anuales, el informe de los administradores, y de los auditores.

Normas de funcionamiento de la Junta: la asistencia a la Junta requiere que el accionista deposite al menos con cinco días de antelación los certificados de sus acciones en determinados bancos. Si no lo realiza así sólo podrá asistir con una autorización especial (art. 28). Como especialidad del Derecho Griego, resaltar como en el supuesto de que sólo asista un accionista la Ley exige la presencia de un representante del Ministerio de Comercio, o de un Notario de la localidad, que tome nota del contenido de la reunión (art. 32.2).

A lo largo de las líneas anteriores ya he hecho referencia a los quórum exigidos en determinados supuestos. Repetir ahora como la Ley exige para las Juntas la asistencia de al menos el 20 por 100 del capital. Para determinados supuestos se exige un quórum de asistencia de dos tercios del capital. Los acuerdos se toman en principio por mayoría de votos asistentes a la Junta. Excepcionalmente para determinados acuerdos (art. 29.3,5) se requiere una mayoría de dos tercios de los asistentes (art. 31.2). Se admite expresamente que los estatutos refuercen estos quórum para la aprobación de determinados acuerdos.

Como derechos fundamentales de los socios en relación a la Junta, ha de hacerse referencia a los siguientes: *el derecho de información* es muy limitado para el accionista individual, pues este sólo puede obtener información en relación a las cuentas anuales y al informe de los administradores y auditores con diez días de antelación a la Junta General Ordinaria. El derecho fundamental de información se reserva a los accionistas que alcancen la minoría prevista legalmente. Tiene también *el derecho de asistencia a la Junta*, previo depósito del certificado de las acciones al que antes hice referencia. Sin embargo, el derecho fundamental del accionista, como no podía ser de otra forma, es el derecho de voto, teniendo los votos que le correspondan en proporción a la parte de capital que representen sus acciones. Las acciones que posea la propia sociedad no tienen derecho de voto (art. 16.4). La Ley prevé determinadas especialidades en relación al voto de las acciones dadas en prenda, o en usufructo.

Las resoluciones o acuerdos de la Junta pueden ser nulos o anulables (arts. 35.A y 35.C). Los acuerdos nulos son nulos retroactivamente desde la fecha que se tomaron. Sin embargo, su nulidad debe ser invocada por cualquier interesado (accionista, tercero o miembro del Órgano de Administración) dentro de un plazo de dos años desde el día en que una copia de los acuerdos de la Junta fue suministrada a la Autoridad Administrativa (art. 35.A-2). Con arreglo al artículo 35.A-1 de la Ley serán acuerdos nulos aquellos que se tomaron violando las normas sobre composición o quórum de mayorías de la Junta de Socios, los acuerdos que infrinjan las

disposiciones de los estatutos sociales que exclusiva o mayoritariamente tienden a la protección de los derechos de los acreedores de la sociedad, así como aquellos acuerdos que contravengan prohibiciones establecidas por la Ley 2190, o cualquier otra Ley aplicable.

Son acuerdos anulables aquellos tomados sin haber suministrado la información necesaria exigida por la Ley, o aquellos en que aprueban unos Balances contrarios a las determinaciones de la Ley o estatutos, preparados de forma contraria a la práctica comercial normal, o que comprendan valoraciones de tal forma que producen la ocultación de resultados que impiden o violan el primer dividendo o dividendo inicial fijado por los estatutos. No obstante los acuerdos anulables producen efectos legales en tanto no se invaliden judicialmente. La acción de declaración de anulabilidad puede ser ejercitada por los accionistas que representen el 5 por 100 del capital, si han mostrado su oposición al acuerdo en el acta, si fueron excluidos ilegalmente de tomar parte en la Junta, o ésta no se ha convocado en forma, y por el Órgano de Administración, o por cualquier miembro de dicho órgano, si la ejecución del acuerdo puede generar responsabilidad para el mismo. La propia Ley contiene determinadas normas procedimentales para el ejercicio de la citada acción.

Examinaré a continuación los principales *derechos concedidos por la Ley a los accionistas minoritarios*: la Ley griega contiene diversos preceptos tendentes a la protección de las minorías (normalmente oscilantes entre el 5 por 100 del capital y un tercio del mismo, y si bien los estatutos pueden rebajar estos porcentajes, pero no reforzarlos). Como principales derechos concedidos a los accionistas minoritarios pueden citarse los siguientes:

Derecho a solicitar la convocatoria de una Junta Extraordinaria: se concede este derecho a los accionistas que representen el 5 por 100 del capital, debiendo los administradores convocarla, fijándose la fecha de celebración no más tarde de 30 días desde el requerimiento.

Derecho a aplazar la Junta General (art. 39.3): igualmente a instancia de un 5 por 100 de accionistas, el presidente de la Junta debe aplazar la adopción de un acuerdo (si bien sólo por una vez) y fijar otra sesión para la votación del mismo en un día determinado que no puede ser superior a 30 días a partir del acuerdo, debiendo los propios accionistas especificar ese día.

Derecho de publicidad de determinadas cifras (art. 39.4-A): a instancias de socios que representen igualmente el 5 por 100 del capital, la sociedad debe dentro de los cinco días previos a la celebración de la Junta General Ordinaria, a través del Órgano de Administración, divulgar el importe de los pagos hechos durante los dos últimos años por cualquier causa a miembros del Órgano de Administración, Directores, u otros empleados de la sociedad, así como cualquier otra atención

tenida con estas personas, o cualquier contrato celebrado con las mismas.

Derecho de información (arts. 39 4,B y 39.5). la Ley distingue dos supuestos distintos accionistas que representen el 5 por 100 del capital pueden solicitar dentro de los cinco días previos a la celebración de la Junta General Ordinaria, y los administradores deben suministrar, cualquier información relevante sobre cualquiera de los puntos del orden del día. No obstante el Organo de Administración puede rehusar suministrar dicha información por razones de grave riesgo para la sociedad, que deben especificarse en el acta. Por otra parte accionistas que representen al menos un tercio del capital, pueden solicitar igualmente dentro de los cinco días previos a la celebración de la Junta, y siempre que estos accionistas no formen parte del Organo de Administración, que dicho Organo les suministre durante la Junta General o de otra forma con carácter previo a la Junta, cualquier información acerca de los negocios de la sociedad, de sus propiedades, inventario, etc. El Organo de Administración puede igualmente rehusar dar esta información por causas graves, que deben especificarse en el acta (art. 39.5). El acuerdo tomado con violación de este derecho de información es anulable.

Derecho de inspección (art. 40): accionistas que representen el 5 por 100 del capital, en una sociedad cuyo capital exceda de 10.000.000 de dracmas pueden solicitar que la sociedad sea inspeccionada por el Juzgado. Este ordenará dicha inspección si, a la vista de las alegaciones, estima que determinados acuerdos pueden haber violado la Ley o los estatutos. Los accionistas que representen al menos un tercio del capital pueden solicitar del Juzgado la inspección de la sociedad si estiman que existe la posibilidad de que la gestión de la sociedad no se haya ejercido de acuerdo con los principios de honestidad y sensatez (art. 49.3).

AUDITORES

La Ley griega no prevé la existencia de Organo de Vigilancia en la sociedad. Se prevé, sin embargo, con carácter obligatorio la existencia de auditores. Estos son nombrados por la Junta General Ordinaria, como ya aludí. Los auditores deben ser preferentemente graduados de la Escuela Superior de Economía (art. 36.A), si bien pueden ejercer tal cargo los contables autorizados (art. 36.1). Su retribución es fijada por la Junta General, salvo que se trate de contables autorizados, en cuyo caso su retribución viene fijada por la autoridad superior del Cuerpo o Colegio de Contables autorizados. No pueden ejercer la función de auditores los que pertenezcan al Organo de Administración de la sociedad, así como los que tengan parentescos con los administradores hasta el segundo grado.

Antes de adoptar la Junta de Socios cualquier acuerdo sobre las cuentas anuales, éstas deben ser previamente examinadas por los auditores,

pues lo contrario determinaría la invalidez del acuerdo (art. 36.1). Los auditores a su vez tienen el derecho de solicitar la convocatoria de una Junta General Extraordinaria, en cuyo supuesto ésta ha de ser convocada dentro de los diez días siguientes al requerimiento, incluyendo en el orden del día los temas a que se refiera el requerimiento de los auditores (art. 38).

Las principales obligaciones de los auditores son las siguientes: durante el ejercicio deben supervisar las cuentas y las prácticas gerenciales de la sociedad. Como consecuencia de ello les está permitido el acceso a los libros y demás documentos de la sociedad y a las actas de las Juntas Generales y de las reuniones del Órgano de Administración. Durante la realización de su cometido, los auditores deben poner en conocimiento del Órgano de Administración todo lo que estimen necesario, y en caso de apreciar violación de la Ley o de los estatutos de la sociedad deben ponerlo en conocimiento de la autoridad administrativa supervisora (art. 37.1). Una vez concluido el ejercicio, los auditores deben examinar el Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, y elaborar su informe para la Junta General Ordinaria (art. 37.2). Este informe debe declarar o comprobar que la sociedad se ajusta a la Ley, que el Balance presenta la posición financiera actual de la sociedad, y que la Cuenta de Pérdidas y Ganancias se corresponde con los resultados reales. Específicamente el informe debe manifestar si se les suministró toda la información requerida, si tuvieron acceso a toda la contabilidad de la sociedad y de sus sucursales, etc. Finalmente los auditores deben asistir a la Junta General Ordinaria para suministrar cualquier explicación que se les requiera en relación con su actividad.

Los auditores son responsables por cualquier falta cometida por ellos en el ejercicio de sus funciones que cause perjuicio a la sociedad. Esta responsabilidad por los daños causados, no puede ser excusada, suprimida o limitada por contrato. La acción para exigir daños y perjuicios contra los auditores prescribe a los dos años, con arreglo al artículo 37.3.

MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS

Aunque a lo largo de las líneas precedentes he hecho referencia a determinados supuestos de modificaciones estatutarias, examinaré a continuación las características fundamentales de dicha modificación. Norma básica es que sólo la Junta de socios puede acordarla, con el quórum especial exigido por la Ley. Se requiere un quórum de asistencia de accionistas que representen dos tercios del capital (art. 29.3), y quórum de votación de dos tercios de los votos presentes o representados en la Junta,

para modificaciones estatutarias referentes a las siguientes materias: cambio de la nacionalidad de la sociedad, modificación de objeto, aumento de las obligaciones de los socios, aumento del capital, reducción del mismo, concesión de préstamos, modificación en la forma de repartos de beneficios, fusión, prórroga de la duración de la sociedad, su disolución y restricciones en el derecho de suscripción preferente. Los propios estatutos pueden incluir otras materias que requieran este quórum reforzado.

La Ley no exige en ningún supuesto el acuerdo unánime de la Junta, y doctrinalmente es discutido si puede establecerse estatutariamente dicha unanimidad. Parece que nada impide el establecimiento de dicha cláusula para materias previamente detalladas.

Como antes ya expuse, la modificación de los estatutos requiere la correspondiente autorización administrativa (art. 4.2) y la publicación de la modificación en la forma ordinaria. La modificación sólo se entiende efectuada cuando tiene acceso al Registro de sociedades anónimas en unión de la preceptiva autorización administrativa.

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD

Las causas de disolución de la sociedad vienen establecidas por el artículo 47.A-1, con arreglo al cual la sociedad se disolverá:

- Por término del plazo de duración establecido por los estatutos.
- Por acuerdo tomado por la Junta de socios con la mayoría requerida por la Ley, antes vista.
- O por la declaración de quiebra de la sociedad.

Otra causa de la disolución es el supuesto de que los bienes o patrimonio de la sociedad sea inferior a la mitad del capital social. En este supuesto el Órgano de Administración debe convocar la Junta general de socios en un período de seis meses desde la terminación del ejercicio social, para aprobar dicha disolución o para adoptar las medidas oportunas (art. 47.1). La Ley en su artículo 47.A-2 establece expresamente que la concentración de todas las acciones en un solo accionista no constituye causa de disolución.

Una especialidad del Derecho griego, donde se muestra nuevamente la fuerte intervención administrativa, es la posibilidad de que la autoridad competente *revoque la autorización* para constituir la sociedad, que tiene como consecuencia la disolución de la misma (arts. 48 y 48.A). Dicha revocación sólo es posible en los supuestos establecidos por la Ley como

son: falta de pago o de desembolso del capital original o del producto de un aumento del mismo, el hecho de que la sociedad no revoque a un administrador culpable de un delito cometido por él en el ejercicio de sus funciones y en relación con los intereses de la sociedad, en los supuestos de que el patrimonio de la sociedad quede reducido por debajo de una décima parte del capital, y en el supuesto de no suministrarse a la Administración de acuerdo con la Ley las cuentas anuales de al menos tres ejercicios sociales que hayan sido aprobadas por las respectivas Juntas de socios. Las tres primeras causas determinan la obligación de la Administración de revocar la autorización, mientras que en el último supuesto dicha revocación es potestativa para la Administración. La revocación requiere una decisión ministerial y la correspondiente publicación. Posteriormente haré referencia a los supuestos de fusión y escisión.

La disolución abre *el período de liquidación*. No obstante, para el supuesto de declaración de quiebra el proceso liquidatorio es sustituido por el proceso concursal (con el correspondiente nombramiento del síndico que sustituye al liquidador). El proceso de liquidación es obligatorio para toda sociedad disuelta. Al igual que en nuestro Derecho, durante el período liquidatorio la sociedad conserva su personalidad jurídica, si bien el objeto de la misma pasa a ser simplemente la liquidación correspondiente. La Junta de socios conserva todos sus poderes.

Los liquidadores son designados normalmente por los estatutos, y en el supuesto de que no lo sean, serán designados por la Junta de socios. Sólo para el supuesto de disolución por el término del período de la sociedad, el Órgano de Administración actúa temporalmente como liquidador hasta que otros liquidadores sean designados por la Junta de socios (art. 47.3). Las cuentas de la liquidación han de ser aprobadas por la Junta de socios, y los liquidadores deben suministrar a dicho órgano anualmente el estado de cuentas y un informe de por qué la liquidación se ha prolongado (art. 49.5). Al igual que en nuestro Derecho los liquidadores tienen como función principal pagar las deudas sociales, percibir los créditos de la sociedad, y distribuir el remanente entre los socios.

Una especialidad del Derecho griego es la previsión específica de la posibilidad de *reactivación de la sociedad*. Las condiciones de dicha reactivación se regulan en el artículo 47.A-4. Se requiere que la liquidación no haya sido aún concluida, y además los siguientes requisitos:

- Que la sociedad haya sido disuelta.
- Un acuerdo de la Junta de socios tomado con el quórum de los artículos 29.3 y 31.2 de la Ley. No es posible tomar dicho acuerdo si ya ha comenzado el reembolso de los bienes de la sociedad a los socios.

- Y finalmente, como es normal en el Derecho griego la correspondiente autorización administrativa, y la consiguiente publicidad del acuerdo. La sociedad reactivada continúa con la misma personalidad que tenía anteriormente.

TRANSFORMACION

En el Derecho griego es posible la transformación de la sociedad, sin disolución, y sin que pierda o cambie su personalidad jurídica. Se admite en este sentido la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad anónima y la transformación de una sociedad anónima en una sociedad de Responsabilidad Limitada. En lo que ahora interesa, la transformación de una sociedad anónima en una de Responsabilidad Limitada requiere:

Acuerdo de la Junta de socios con el quórum reforzado de los artículos 29.3 y 31 2. Debe elevarse a público y el documento contener las circunstancias esenciales exigibles para una sociedad de Responsabilidad Limitada.

Publicidad del acuerdo en la forma ordinaria (la publicidad es doble, pues debe hacerse con arreglo al artículo 8 de la Ley 3190/55 sobre sociedades de Responsabilidad Limitada, y la exigida por el artículos 7-A y 7-B de la Ley 2190 sobre sociedades anónimas).

En el supuesto contrario, es decir en el caso de transformación de una sociedad de Responsabilidad Limitada en una sociedad anónima, además de exigirse la adopción del acuerdo en la forma prevista por la Ley y la publicidad correspondiente, y que la sociedad resultante tenga el capital mínimo exigido para una sociedad anónima, se requiere la correspondiente autorización del Ministerio de Comercio, como ya analicé al estudiar la SRL.

FUSION Y ESCISION

El Decreto Presidencial 498/87, modificó la Ley 2190/1920 añadiéndole los Capítulos 11 (11.a y 11.b) para regular la fusión (arts. 68 a 80) y Capítulo 12 (12.a, 12.b y 12.c) para la escisión (arts. 81 a 89), y así adaptar la legislación griega a la tercera y sexta directivas de la CEE en materia de sociedades. Examinaré a continuación las principales características en el Derecho griego tras la citada modificación.

FUSION

La Ley distingue al igual que en nuestro Derecho la fusión por absorción o mediante la creación de una nueva sociedad.

FUSION POR ABSORCION: Se regula en los artículos 69 a 79 de la Ley. En su procedimiento pueden distinguirse los siguientes requisitos:

El acuerdo de fusión: Los Organos de Administración de las sociedades que se fusionan, deben redactar un proyecto de fusión, que ha de recoger las circunstancias a que se refiere el artículo 69.2 de la Ley, y que fundamentalmente son las siguientes: la forma, nombre y domicilio de las sociedades que se fusionan, la ecuación de canje de acciones y si se ha de pagar algún suplemento en metálico, los requisitos en relación a la emisión de las nuevas acciones por la sociedad absorbente, la fecha a partir de la cual las nuevas acciones de la sociedad absorbente participan en los dividendos, y cualquier período relacionado con ese derecho, la fecha a partir de la cual las transacciones o actos de la sociedad absorbida o absorbidas deben ser consideradas contablemente como realizadas por la sociedad absorbente, y el tratamiento de los resultados financieros de las sociedades absorbidas hasta que se complete la fusión, los derechos que la sociedad absorbente garantiza a los titulares de acciones de las sociedades absorbidas que tengan derechos especiales, y a los titulares de otros derechos distintos de las acciones, y las medidas propuestas para que conserven dichos derechos, y finalmente cualquier ventaja especial reservada a los miembros del Organo de Administración y a los auditores de las sociedades que participan en el proceso de fusión. Este proyecto de fusión ha de ser publicado al menos con dos meses de antelación a la fecha con que se celebren las Juntas de socios para decidir sobre dicha fusión (art. 69.3). Los respectivos Organos de Administración de las sociedades deben igualmente preparar un informe detallado explicando y justificando el acuerdo, y en particular la ecuación de canje de las acciones, tanto desde un punto de vista legal como económico.

Protección de los acreedores: Como medida específica para su protección, el artículo 70 establece la obligación de publicar dentro de los diez días siguientes a la aprobación del proyecto de fusión, un extracto del mismo en un diario económico. Dentro del mes siguiente a dicha publicación los acreedores de las sociedades que se fusionan, cuyos créditos sean anteriores a la citada publicación, y no satisfechos en ese momento, pueden solicitar las garantías necesarias, si ya tenían dichas garantías en las sociedades que se fusionan. Dichas garantías pueden ser diferentes para los acreedores de la sociedad absorbente y para los de la sociedad absorbida. En caso de desacuerdo sobre dichas garantías, se autoriza al acreedor a oponerse por escrito a la fusión dentro de igual período de un mes a que se refiere el artículo 70.2. A petición de la sociedad fusionada, o de las

sociedades que se fusionan, el Juzgado de Primera Instancia puede conceder una autorización especial para la fusión, si la situación financiera de las sociedades, o las garantías ofrecidas a los acreedores, no justifican su objeción. El Juzgado competente será aquel al que corresponda el domicilio de cualquiera de las sociedades que participan en el proceso de fusión. La decisión de este Juzgado es inapelable (art. 70.3). Finalmente el propio artículo 70 en sus números 4.º y 5.º concede un derecho especial a determinados acreedores y a los titulares de títulos distintos de las acciones, que deben conceder u otorgar su consentimiento para la fusión, singularmente en el supuesto de titulares de estos títulos distintos de acciones en la sociedad absorbida.

Valoración de la sociedad: La valoración de las sociedades, es decir, de su activo y pasivo, ha de ser efectuada por un Comité de expertos, que ha de examinar los términos del proyecto de fusión. El informe de dichos expertos debe manifestar expresamente si la ecuación de canje de las acciones es razonable, atendiendo a la valoración del patrimonio de las sociedades, así como en relación al método o métodos utilizados para obtener dicha ecuación de canje. Los expertos tienen derecho a obtener de las sociedades cualquier información relevante y los documentos necesarios para formular su informe (art. 71.3).

Acuerdos de las Juntas de socios: La fusión ha de ser aprobada por las Juntas de socios de las respectivas sociedades. Dicho acuerdo ha de aprobar el proyecto de fusión, y las necesarias modificaciones de los estatutos (art. 72.1). En caso de existencia de diferentes clases de acciones, el acuerdo ha de ser tomado por cada una de las clases de acciones existentes. Al menos con un mes de antelación cualquier accionista tiene el derecho de examinar el proyecto de fusión, las cuentas anuales, los estados contables, los informes de los Organos de Administración y el informe sobre la valoración. Cualquier accionista tiene derecho a obtener libre de gastos total o parcialmente copia de estos documentos (art. 73.3).

Formalización: La fusión ha de formalizarse en documento público, y requiere la correspondiente autorización del Ministerio de Comercio sobre la legalidad y el cumplimiento de todos los requisitos. Tanto el acuerdo de las Juntas de socios sobre la fusión, como la autorización administrativa son objeto de publicidad con arreglo al artículo 7-B de la propia Ley.

Efectos: Con la publicación de la fusión en el Registro, se producen esencialmente las siguientes consecuencias: la sociedad absorbente adquiere todos los derechos y responsabilidades de la sociedad absorbida o absorbidas, por vía de sucesión universal. Los accionistas de la sociedad absorbida dejan de existir como tales accionistas (art. 75.1). Los procedimientos pendientes continúan contra la sociedad absorbente sin otra formalidad (art. 75.2). No obstante, deben de cumplirse las formalidades

para la transmisión de determinados bienes, aún en caso de fusión (art. 75.3). Ninguna de las acciones de la sociedad absorbente puede ser retenida por ella misma, o por persona intermedia (art. 5.4). Finalmente, en el canje de acciones se permite el pago en metálico de un suplemento a los accionistas de la sociedad absorbida, que no puede exceder del 10 por 100 del valor nominal de las acciones.

Nulidad de la fusión: La nulidad o la anulabilidad de la fusión sólo es posible en virtud de las causas predeterminadas en la Ley (art. 77). Ha de ser acordada por el Juzgado de Primera Instancia, de acuerdo con las normas procesales competentes. Como causas de la nulidad de la fusión pueden citarse las siguientes: inobservancia de los requisitos formales prescritos por el artículo 74, y el supuesto de que el acuerdo de las Juntas Generales sea anulable o nulo con arreglo a los artículos 35.A-1 y 35.B-1 de la propia Ley. No obstante, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse dentro del plazo de seis meses a contar desde que se tomó razón en el Registro de la autorización administrativa, y siempre que las causas de nulidad no hayan desaparecido. El artículo 77 establece una serie de normas procedimentales para la declaración de nulidad de la fusión, que en parte tienden a salvar la fusión si ello es posible.

La Ley establece determinadas especialidades para el supuesto de absorción de una sociedad íntegramente participada: así, por ejemplo, no es necesario fijar la ecuación de canje, se suprime la obligación del Órgano de Administración de emitir un informe por escrito, igualmente no es necesaria la valoración del patrimonio, ni se concede a los accionistas el derecho de examinar los documentos oportunos. Digamos finalmente que el artículo 79 de la Ley regula lo que podríamos denominar la transmisión en bloque del Activo y del Pasivo, que se regula en forma análoga a lo dispuesto para la fusión por absorción. Los accionistas de la sociedad que transmite no reciben, sin embargo, acciones, sino el correspondiente importe en metálico de sus derechos (art. 79.1).

FUSION MEDIANTE LA FORMACION DE UNA NUEVA SOCIEDAD: Se le aplica a esta figura la misma regulación antes examinada para la fusión por absorción (arts. 69 a 77 de la Ley). Se consideran a estos efectos sociedades absorbidas las que desaparecen, y sociedad absorbente la de nueva creación (art. 80). Lógicamente la fusión ha de ser aprobada por las Juntas de socios de todas las sociedades que participen (art. 80.3).

ESCISION

Como antes ya aludí, la escisión (al igual que la fusión) ha sido regulada legalmente en Grecia por el Decreto 498/1987, para introducir la

sexta directiva de la CEE en el Derecho griego. La Ley no contiene una definición de la escisión, si bien regula tres diferentes métodos de llevar a cabo la misma:

1. *Escisión por absorción*: Se da este supuesto cuando una sociedad anónima entra en disolución, sin llevar a cabo la liquidación, y transfiere a otras sociedades previamente existentes, e igualmente anónimas, su entero patrimonio (derechos y obligaciones) a cambio de la atribución a los socios de acciones emitidas por la sociedad recipiendaria o favorecida. Al igual que en la fusión se admite el pago de un suplemento en metálico que no exceda del 10 por 100 del valor de la acción (art. 81.2). Se refieren a este sistema de escisión los artículos 82 a 87.

2. *Escisión mediante la creación de nuevas sociedades*. La Ley define esta operación como aquella en virtud de la cual una sociedad anónima (sociedad que se divide) después de disolverse sin entrar en período de liquidación, transfiere su entero patrimonio (derechos y obligaciones) a más de una nueva sociedad constituida al efecto (sociedad recipiendaria o favorecida) a cambio de la asignación a los socios de acciones emitidas por las sociedades favorecidas. Al igual que en el supuesto anterior se admite un pago suplementario en metálico con el límite antes expuesto. Se regula este supuesto en el artículo 88 de la Ley, siéndole aplicable por analogía los artículos 82 a 86 que se refieren al supuesto anterior.

3. *Escisión por absorción y formación de nuevas Sociedades*: La Ley define este procedimiento como aquél en virtud del cual una sociedad anónima (sociedad que se divide) después de disolverse sin entrar en período de liquidación, transfiere su entero patrimonio (derechos y obligaciones) en parte a sociedades anónimas preexistentes (sociedades recipiendarias o favorecidas) y en parte a sociedades creadas simultáneamente. Igualmente a cambio los socios de la sociedad que se divide reciben acciones de las sociedades recipiendarias o favorecidas. Se admite igualmente con los límites vistos el pago en metálico de un suplemento. Se regula en el artículo 89, siéndoles aplicables los artículos 82 a 87 de la Ley.

Requisitos fundamentales de la escisión: Como requisitos fundamentales pueden señalarse los siguientes:

Existencia de un proyecto de escisión redactado por el Órgano de Administración de las sociedades afectadas por la misma (art. 82.1). Este mismo precepto en su número 2.º regula las circunstancias mínimas que ha de contener el citado proyecto de escisión entre las cuales destacan las características de cada sociedad, la ecuación de canje, el plazo a partir del cual los actos de la sociedad que se divide deben ser tratados contablemente como actos de las sociedades recipiendarias o favorecidas, los derechos concedidos por estas sociedades a los accionistas que tengan especiales derechos en la sociedad que se divida o a titulares de otros títulos en la citada sociedad ventajas especiales que se reservan a los miembros del Órgano de Administración o al Comité de Expertos, así

como un inventario preciso y una descripción de los derechos y obligaciones de la sociedad que se divide que han de ser transferidos a las otras sociedades y la asignación a los accionistas de la sociedad que se divide de acciones de la sociedad favorecida y los fundamentos de dicha asignación.

El artículo 82.3 aborda el importante problema de la *sucesión universal* que genera la escisión. Como acabo de exponer el proyecto de escisión debe describir de forma precisa los derechos y obligaciones que se transfieren a cada una de las sociedades favorecidas. Si no se hace así la Ley establece que de acuerdo con los principios de sucesión universal se producirán los siguientes efectos: si los derechos de la sociedad dividida no se transfieren a ninguna de las sociedades, ni expresamente ni como consecuencia de interpretación del contenido del proyecto, entonces dichos bienes o su correspondiente valoración se asignan a las sociedades favorecidas a prorrata de los bienes específicamente asignados en el proyecto de fusión. Igualmente si las obligaciones de la sociedad dividida no se han asignado a ninguna de las sociedades, ni expresamente ni como consecuencia de la interpretación que pueda hacerse del proyecto, todas las sociedades favorecidas son responsables en conjunto hasta el total valor neto de la propiedad transferida a ellos.

El proyecto de fusión ha de ser *publicado* con arreglo al artículo 7-B por cada una de las sociedades favorecidas al menos dos meses antes de la Junta de socios que ha de decidir sobre la escisión (art. 82.4).

Los Organos de Administración de las sociedades a las que afecta la escisión deben preparar un informe sobre los motivos legales y económicos de la escisión, e informar a la Junta de socios sobre cualquier circunstancia relativa a los bienes y responsabilidades de la sociedad, acaecida entre la fecha del proyecto de escisión y la de la Junta de socios.

La protección de los acreedores se garantiza con la aplicación de lo dispuesto en el artículo 70 para el caso de fusión por absorción antes visto. El artículo 83.2 establece una garantía adicional al disponer que para el supuesto de que el titular del crédito reclamado contra la sociedad absorbida, transferido a una de las sociedades favorecidas de acuerdo con el proyecto de escisión, y cuya reclamación no sea satisfecha por esta sociedad, en este supuesto todas las demás sociedades favorecidas responden de dicha reclamación. No obstante, esta responsabilidad en todo caso está limitada al valor neto de la propiedad transferida a cada una de las sociedades.

El proyecto de escisión, aprobado por las Juntas Generales, ha de ser examinado por el Comité de Expertos (art. 84.1), si bien dicha aprobación no se requiere en el supuesto de que todas las acciones de la sociedad dividida pertenezcan a la sociedad favorecida por la escisión. Se requiere

finalmente la correspondiente autorización administrativa y la publicación (art. 84.4).

Los efectos de la escisión se producen con el acceso al Registro, incluida la autorización administrativa. Los efectos fundamentales son la transmisión del entero patrimonio, derechos y obligaciones, de la sociedad dividida a las sociedades favorecidas, de acuerdo con el proyecto de escisión. No obstante, el artículo 85.3 exige las formalidades especiales requeridas por la Ley para la transmisión de determinados bienes. Los accionistas de la sociedad dividida, se convierten en los accionistas de alguna de las sociedades beneficiadas o favorecidas, de acuerdo con la asignación de acciones prevista en el proyecto. La sociedad dividida se extingue (art. 85). Otro efecto es la continuación de los procedimientos pendientes, asumidos por las sociedades favorecidas, si en la transmisión efectuada a favor de ellas se incluye la responsabilidad de los mismos.

La nulidad de la escisión se regula por lo dispuesto en el artículo 77 relativo a la nulidad de la fusión. Una resolución del Juzgado competente declarando la nulidad de la escisión no afecta a las obligaciones válidamente contraídas por cualquiera de las sociedades favorecidas, nacidas en el período comprendido entre el acceso al Registro de la autorización administrativa y la publicación de la resolución judicial (art. 88.6).

Las normas anteriormente expuestas se aplican igualmente a la escisión por medio de la creación de una nueva sociedad o de nuevas sociedades (art. 88) y a la escisión mixta por absorción y formación de nuevas sociedades (art. 89). No obstante, la creación simultánea de una nueva sociedad, junto con la disolución de la sociedad dividida, determina la existencia de algunas normas específicas. Antes de la creación de las nuevas sociedades sólo la sociedad que se divide existe. Esto significa que en los supuestos de escisión mediante la creación de nuevas sociedades, no existen estas sociedades plurales, sino sólo la sociedad que se divide. De ahí que los períodos de la escisión, así como las relaciones con las nuevas sociedades y constitución de las mismas, son competencia y deben ser realizadas por la sociedad que se divide (art. 88.3,4).

EMISION DE OBLIGACIONES

Finalizaré esta exposición de las principales características de la sociedad anónima en el derecho griego con una somera referencia a la emisión de obligaciones, que, como expondré, reviste alguna singularidad. La regulación de las obligaciones y los empréstitos públicos emitidos por sociedades se regula en la Ley 2190/1920 sobre Sociedades Anónimas (arts. 3.a, 3.b, 3.c y 8.a) y en el Código Civil (arts. 888 a 900). La Ley de

Sociedades Anónimas regula los diferentes tipos de obligaciones y los requisitos para su emisión incluido el emprésito público, mientras que la mayoría de las normas reguladoras de las obligaciones y los documentos a que se incorporan (los derechos, acciones y obligaciones que derivan de las mismas) se regulan por la normativa contenida en el Código Civil.

La emisión de obligaciones, o el recurso al emprésito público es competencia exclusiva de la Junta de socios. Si las obligaciones se ofrecen a la suscripción pública la Ley exige: que la sociedad tenga un capital mínimo de 10 millones de dracmas completamente desembolsado, y que el importe del crédito no exceda del capital (art. 8.a.2), la aprobación correspondiente del Comité (o Comisión) del Mercado de Valores (art. 8.a.5), que la suscripción se efectúe a través de Bancos, u otros establecimientos especialmente autorizados por la Ley, a través de los intermediarios con autorización para ello (art. 8.a.3), y además que la sociedad que emita títulos a través de la suscripción pública, dentro del año siguiente a la suscripción, solicite del Mercado de Valores de Atenas, que los títulos sean admitidos a cotización oficial (art. 8.a.4).

La Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 3.a, 3.b y 3.c, admite tres tipos de obligaciones como son las convertibles en acciones, las que dan derecho a un dividendo, y las garantizadas con hipoteca.

OBLIGACIONES CONVERTIBLES: La Ley autoriza su emisión con los siguientes requisitos:

- Acuerdo de la Junta de socios, con el quórum cualificado de los artículos 31.2 y 29.3 de la Ley.
- Que el importe de la emisión no exceda de la mitad del capital desembolsado.
- El acuerdo debe fijar el plazo para la conversión, su fecha, la forma y el tipo de conversión.
- El acuerdo ha de publicarse en la misma forma que los acuerdos de aumento de capital.

Para la adjudicación en su día de las acciones necesarias para cubrir la conversión, el capital de la sociedad debe aumentarse en una cantidad igual al valor de dichas acciones. El Órgano de Administración está obligado por la Ley a modificar los estatutos en la parte correspondiente al capital. Dicha modificación debe efectuarse al final del ejercicio social durante el cual la conversión fue realizada, y debe publicarse en la forma ordinaria.

OBLIGACIONES CON DERECHO A PARTICIPACION EN DIVIDENDOS: La Junta de socios puede acordar la emisión de obligaciones, que además de garantizar el interés correspondiente, atribuyan a sus

titulares el derecho a participar en un porcentaje determinado en los beneficios de la sociedad, después de pagarse a los socios el dividendo inicial, o con derecho a percibir algún otro beneficio adicional, variable de acuerdo con el volumen de producción de la sociedad (art. 3.b).

OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON HIPOTECA: Son aquellas obligaciones, cuyo pago (tanto de su importe como de los intereses) aparece garantizado con hipoteca sobre algún derecho real. La Ley (art. 3.c) autoriza la emisión de este tipo de obligaciones garantizadas con hipoteca sobre derechos de la propia sociedad o de un tercero. Al igual que las obligaciones convertibles requiere la correspondiente autorización del Comité (Comisión) del Mercado de Valores. Esta autorización es el título hábil para causar el registro de la hipoteca. Mientras el valor nominal del bono a su vencimiento, y los intereses son recibidos por cada uno de los titulares de los bonos individualmente, cualquier reclamación de dichos titulares derivados del préstamo y en relación a la hipoteca debe ser interpuesta exclusivamente por el representante de los titulares de los bonos, nombrado y removido por el Comité (Comisión) del Mercado de Valores como establece la Ley (art. 3.c,2.5).

Finalmente hacer constar como el Código Civil en sus artículos 888 a 900 regula lo que podríamos denominar como bonos al portador, regulando tanto las características del instrumento en sí, como las relaciones que surgen entre las partes.

MANUEL CASERO MEJÍAS
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990

SUMARIO· INTRODUCCION —I) LEGISLACION APLICABLE: a) Disposiciones constitucionales, b) Disposiciones civiles; c) Disposiciones registrales; d) Disposiciones administrativas en materia de Viviendas de Protección Oficial, e) Disposiciones administrativas —II) DISTINTOS ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA OBRA NUEVA: a) El principio civil de accesión, b) La declaración de obra nueva en sentido propio; c) La inscripción de obra nueva entendida como medio de control de legalidad.—III) FASES ANTERIORES A LA NUEVA LEY: a) Desde 1861 a 1944; b) Desde 1944 a 1990.—IV) SITUACION ACTUAL Y PROBLEMAS DE INTERPRETACION QUE SE PLANTEAN: PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN QUE RESUELVE LA NUEVA LEY; CUESTIONES QUE SUSCITA EL NUEVO TEXTO a) Alcance civil de sus disposiciones, b) Eficacia de la inscripción; c) Aplicación temporal y espacial del Artículo 25.2, d) Acceso al Registro de la terminación de la obra en construcción; e) Cancelación de la inscripción de obra nueva.— CONCLUSION

INTRODUCCION

Las discusiones sobre el título declarativo y la inscripción de nuevas edificaciones son casi tan antiguas como el propio sistema hipotecario, aunque no es uno de los temas más estudiados ni por la doctrina ni por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros.

Sin embargo en su tratamiento se pueden contemplar una serie de puntos importantes, alguno de ellos relacionado con la propia esencia del sistema registral, cuyo interés se ha reavivado últimamente como consecuencia de la publicación de la Ley 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, especialmente de sus artículos 25 y siguientes.

Con carácter previo a la iniciación del estudio, hay que destacar que la Ley de 25 de julio de 1990, al concluir la dicción de la Disposición Adicional Décima, establece que en el plazo de seis meses el Gobierno aprobará las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de esta Disposición Adicional. Si se tiene en cuenta el mandato legal de adaptación a la legislación urbanística del Reglamento Hipotecario, contenido en la Ley de Reforma de 1975 sobre Régimen del Suelo, y todavía incumplido, parece lógico que la futura reforma de dicho Reglamento alcance no sólo al desarrollo de las previsiones contenidas en la Disposición Adicional, sino, en general, a cuantas sean susceptibles de ello en toda la legislación urbanística, incluido naturalmente el artículo 25.2 de la Ley 8/90, de 25 de julio.

En estas notas se van a estudiar los problemas generales que plantean tanto la declaración como la inscripción registral de las edificaciones, sin entrar en detalles que han de ser objeto de desarrollo reglamentario. Por tanto, se tratará de la interpretación de la legislación vigente, a la luz de los preceptos concordantes, y con el lógico condicionamiento a que se modifiquen los criterios que se exponen por las futuras normas reglamentarias.

Por otra parte, el conjunto normativo que regula la obra nueva, su declaración y su inscripción en el Registro de la Propiedad se caracteriza por su carácter fragmentario, por su falta de unidad interna, por la diversidad de situaciones sociales que trata de resolver y por la carencia de coordinación entre las Administraciones o los poderes públicos que han dado lugar a la misma.

Para interpretar adecuadamente este conjunto de disposiciones es conveniente distinguir tres diferentes sentidos o puntos de vista desde los que puede ser estudiada la obra nueva. En este sentido es posible diferenciar los siguientes aspectos:

- Se puede entender como un modo o título civil de adquirir, de naturaleza originaria y enmarcado en la institución de la accesión inmobiliaria y, dentro de esta, en su modalidad de accesión industrial y continua. Desde este punto de vista tienen pleno sentido las discusiones sobre la posibilidad de inscripción de obras nuevas comenzadas y sobre todo de obras nuevas en proyecto, pues, como

veremos luego, en estos últimos casos es mucho más problemática la aplicación directa del contenido del artículo 353 del Código Civil.

- También puede contemplarse como una declaración auténtica del titular registral de la finca, con virtualidad inmatriculadora, dentro de la técnica a que en esta materia responde el sistema registral español. En este supuesto es lógica la discusión sobre la aplicación al supuesto de los principios de consentimiento y tracto sucesivo, puesto que la figura responde a la existencia de una voluntad negocial, cuyo resultado será la aplicación del principio de publicidad a los derechos inscritos sobre el nuevo objeto que se ha hecho constar en el folio registral.
- Por último, dentro del estudio de las nuevas edificaciones y su inscripción, si se pretende la adecuación de aquellas, de su declaración autenticada y de los pronunciamientos registrales, al contenido de los Planes de Ordenación, dentro de una técnica lógica de coordinación de las instituciones jurídicas, es natural la discusión sobre si la previa autorización administrativa de la edificación y la adecuación de su descripción a la licencia constituye requisito, tanto para la admisión de la propia declaración auténtica, como para su inscripción registral.

Para centrar el estudio de las distintas cuestiones, se distinguirán en este trabajo cuatro apartados:

- Legislación aplicable
- Aproximación conceptual a los distintos puntos de vista bajo los que puede ser estudiada la obra nueva en general.
- Las distintas fases por las que ha atravesado la regulación y el estudio de la institución.
- La situación actual y los problemas de interpretación que se plantean.

1) LA LEGISLACION APLICABLE

Se encuentra contenida en los siguientes textos:

A) DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Artículo 149.1.8º de la Constitución: “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8º (...) En todo caso las reglas relativas a la ordenación de los Registros e instrumentos públicos.

B) DISPOSICIONES CIVILES

Están constituidas por los preceptos contenidos en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título II del Libro Segundo del Código Civil, artículos 358 y siguientes, precedidos del principio general contenido en el artículo 353:

“La propiedad de los bienes dá derecho por accesión a todo lo que ellos producen o se les una natural o artificialmente”

C) DISPOSICIONES REGISTRALES

Son las siguientes:

a) *Ley Hipotecaria*

Artículo 208:

“Las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública, en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en el que este describa la edificación, acompañando certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal”.

b) *Reglamento Hipotecario*

— Artículo 308: “Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley, la inscripción de las nuevas plantaciones, así como de la construcción de edificios o mejoras de las fincas urbanas, podrá efectuarse:

- 1.º Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble, por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora.
- 2.º Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva, en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado el importe de la misma a la que se acompañe certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal, acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida”.

- Artículo 51, 4.º, incisos tercero y cuarto:
“Cuando los requisitos de los números anteriores constaren ya en inscripciones o anotaciones precedentes al asiento que se haya de extender, no se repetirán en éste si resultaren conformes con las de los títulos que los motiven.
En caso de disconformidad se expresarán las diferencias que resultaren ente el Registro y el título”.
- Artículo 61, que complementa lo dispuesto en el artículo 60 sobre el título inscribible en materia de concesiones de obras públicas, minas y aguas:
“Estas inscripciones podrán adicionarse o rectificarse por una nueva inscripción mediante los documentos en que se acredite el replanteo, la construcción, suspensión o recepción de las obras, las modificaciones de la concesión (...)”.

D) DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

a) *Decreto 2.114/68, de 24 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial. Artículo 99:

“La cédula de calificación definitiva, junto con la escritura declarativa de que la construcción está comenzada, (...), constituirá título suficiente para la toma de razón, por nota marginal en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva”.

b) *Real Decreto 3.148/78, de 10 de noviembre*, de Viviendas de Protección Oficial. Artículo 17:

“La solicitud de calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial deberá ir acompañada de los siguientes documentos:
(...)”

c) Justificación de haberse practicado en el Registro de la Propiedad la inscripción de la escritura declarativa de la obra nueva comenzada”.

E) DISPOSICIONES URBANÍSTICAS

a) *Estatales*: Ley de 25 de julio de 1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

Artículo 25.2:

“Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de

edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de ésta, mediante acta notarial que incorporará la finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán mencionarse en las correspondientes escrituras”

b) *Autonómicas*: Ley 7/1990, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial de Canarias.

Artículo 14.

“En el otorgamiento de escrituras de Declaración de Obra Nueva, el Notario autorizante exigirá documento acreditativo de la obtención de licencia, que incorporará a la matriz y testimoniará en las copias que expida. Si no se acredita la obtención de la licencia, el Notario hará las advertencias pertinentes acerca de las responsabilidades de toda índole en que pueda incurrir el otorgante por carecer de dicha autorización administrativa, así como de la imposibilidad de practicar la inscripción en el Registro.

Si así constare en la licencia presentada, el volumen edificable de la finca se reflejará en la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad correspondiente, y especialmente la circunstancia de que la obra nueva declarada agota, si este es el caso, el volumen autorizado, dando publicidad frente a tercero de la imposibilidad de realizar cualquiera otra obra nueva sobre el resto de la parcela no edificada y su afección al uso a que urbanísticamente se destina”.

Artículo 15:

“1. Presentadas las escrituras en el Registro de la Propiedad, si no se aportasen los documentos expresados en el artículo anterior, el Registrador denegará la inscripción, que no podrá efectuarse hasta la aportación de la licencia.

2. Los actos sujetos a licencia urbanística, cuyo otorgamiento no se acredite antes de la inscripción, sólo podrán acceder al Registro de la Propiedad, cuando al practicar el asiento correspondiente se extienda simultáneamente y de oficio una nota a su margen expresiva de la situación urbanística de la finca, de los efectos de la falta de licencia, y de las sanciones a que haya lugar si la irregularidad urbanística infringe las Disposiciones Legales aplicables, y en especial esta Ley, dando publicidad frente a terceros de la trascendencia jurídica de esa carencia en la forma que establece el artículo 17. La situación urbanística se hará constar expresamente en la nota al pie del título inscrito y en las certificaciones que de la finca afectada se expidan

Esta nota sólo podrá cancelarse por la presentación en el Registro de la licencia oportuna o por su caducidad.

No obstante, podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad las declaraciones de obra nueva carentes de los expresados documentos, cuando se haya declarado prescrita por la Administración o por los Tribunales la correspondiente infracción urbanística en que la obra hubiera incurrido”

Artículo 17.

“Los efectos (...) se limitarán a dar publicidad de la situación administrativa que afecte a la superficie o edificación de que se trate”

II) DISTINTOS ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA OBRA NUEVA

Con carácter previo a un estudio pormenorizado de las distintas fases por las que ha atravesado la regulación de la obra nueva y las opiniones doctrinales sobre la misma, conviene hacer una aproximación al concepto desde los tres puntos de vista expresados en la introducción.

A) EL PRINCIPIO CIVIL DE ACCESIÓN

Hasta la publicación de la Ley 8/90, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, nadie planteó discusión alguna sobre este punto. Unánimemente se acepta el principio de que lo edificado por el propietario sobre su finca a él sólo pertenece, por aplicación del criterio romano “superficies solo cedit”, que actualmente recoge el artículo 353 del Código Civil, aún cuando dicho precepto admita modificaciones y situaciones jurídicas específicas.

Entre las primeras, los artículos 358 y siguientes del propio cuerpo legal regulan la diversidad de posibles conflictos que puedan surgir de la utilización de materiales o de suelo ajeno, hasta el punto de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado en ocasiones (por ejemplo en el supuesto de edificaciones sobrevoladas) a invertir el principio, pero siempre como excepción, y con mantenimiento pleno de la norma esencial de que la adquisición por accesión es una consecuencia directa del derecho de dominio inmobiliario y da lugar, a su vez, a una adquisición a título originario (1).

(1) Las SS del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1949 y de 17 de julio de 1961 parten del criterio de que en los supuestos en que la edificación invada el suelo ajeno de forma que haga imposible el derribo de la edificación extralimitada, cabe la posibilidad de inversión del principio de accesión en función del valor relativo del suelo y de la edificación. En realidad constituye un problema muy interesante pero ajeno al contenido concreto de las presentes notas

Lo mismo puede decirse de las llamadas excepciones al principio de accesión a favor del propietario, como el derecho de superficie o el de vuelo, entendido éste en el sentido que lo regula el artículo 16, segundo, del Reglamento Hipotecario. En realidad, se trata de supuestos en los que una facultad característica del dominio pleno se atribuye a un titular distinto del propietario original; en el caso del derecho de superficie a través de la creación de una modalidad de propiedad distinta, la propiedad superficiaria, y en el supuesto del derecho de vuelo o de levante, mediante la constitución de una situación jurídica preparatoria de un régimen de comunidad en propiedad horizontal.

En ambos casos la adquisición derivativa se produce respecto de la titularidad desgajada de la dominical plena a través del título de constitución del derecho de superficie o de vuelo. Ahora bien, transmitido o reservado el nuevo derecho a favor del superficiario o del titular del vuelo, la adquisición de lo edificado responde plenamente al principio de accesión.

Desde otro punto de vista han surgido también discusiones sobre la atribución del dominio sobre la edificación en el ámbito de la sociedad de gananciales, que han perdido protagonismo a partir de la reforma del artículo 1.404 inciso segundo del Código Civil y del supuesto de accesión invertida que en éste se regulaba.

Por tanto, el principio de accesión, considerado como apoyatura civil de las soluciones registrales a la inscripción de nuevas edificaciones, no ha sido objeto de discusión hasta la publicación de la Ley 8/90, de 25 de julio, en que ha surgido una cierta polémica que examinaremos más adelante.

B) LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN SENTIDO PROPIO

La regulación registral de la declaración de obra nueva como tal, es decir como documento público en el que se manifiesta la voluntad del titular de describir la edificación existente, en construcción o en proyecto sobre una finca, con la intención de que dicha descripción se incorpore al folio correspondiente, surge con la reforma hipotecaria de 1944-1946 y constituye una consecuencia directa del desarrollo del sistema registral.

La regulación contenida en los artículos 208 de la Ley y 308 del Reglamento da por supuesta la teoría de la adquisición de lo edificado a título de accesión, si bien plantea una serie de cuestiones vinculadas directamente con la esencia del sistema, en el que cabe señalar dos peculiaridades relacionadas con el problema que nos ocupa: el sistema de inmatriculación y la posibilidad de la apertura de folio a fincas especiales que no suponen una paralela realidad física en el ámbito extrarregistral. Se examinarán por separado.

a) *El sistema de inmatriculación*

Como se ha expuesto en diferentes ocasiones (2) el legislador de 1861 se planteó una cuestión previa a la implantación del sistema. Lo pretendido era la creación de un sistema registral de desarrollo técnico basado en el folio real, es decir, en la finca como unidad de cuenta, con superación de los defectos propios del sistema de folio personal que había inspirado las antiguas Contadurías de Hipotecas y que todavía permanece vigente en los ordenamientos registrales de inspiración latina.

El problema se planteaba ante la inexistencia de un Catastro capaz de suministrar al Registro los datos suficientes para la apertura del folio registral, o inmatriculación propiamente dicha, típica de los sistemas de corte germánico y especialmente del alemán, que ya distinguía entre los datos referentes a la finca, considerada aisladamente, y a sus modificaciones, y los correspondientes al conjunto de derechos que, bien con carácter constitutivo o bien con carácter declarativo, habrían de inscribirse sobre la finca inmatriculada.

Para resolver el problema se partió desde el primer momento de que la primera inscripción en el Registro sería de dominio, criterio que aún mantiene la Ley Hipotecaria vigente, en su artículo 7.º inciso primero, y que da lugar a un fenómeno específico: la entrada de la finca en el Registro se produce al mismo tiempo y en virtud del mismo título que origina la primera inscripción de propiedad.

La consecuencia es obvia: sólo del transmitente y adquirente que generan el título traslativo que da lugar a la primera inscripción, o dicho de otra forma, a la apertura de folio registral, depende, en principio, la descripción de la propia finca que, a partir del momento de dicha primera inscripción, va a constituirse en objeto del conjunto de derechos reales inscritos sucesivamente en el mismo folio.

La diferencia con el sistema germánico es escasa desde el punto de vista de la terminología pero muy profunda desde el punto de vista con-

(2) Por ejemplo en el Libro Blanco donde se contienen el conjunto de ideas que dio lugar a los principios aprobados en la Segunda Asamblea General del Cuerpo de Registradores, celebrado en Barcelona en diciembre de 1988, o en el Informe sobre el Fraude Inmobiliario que el propio Colegio de Registradores dirigió al Congreso de los Diputados en abril de 1989. Este último fue redactado por una Comisión presidida por Antonio Hueso Gallo y formada por José Poveda Díaz, Pablo Torres Bollain, José Antonio Nortes Triviño, Jorge Salazar García y el autor de este artículo. El Informe contó con la colaboración de varios Registradores de la Propiedad, entre los que cabe señalar a Carlos Hernández Crespo, Pedro Sánchez Marín, José Luis Laso y los integrantes del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, que dirige José Manuel García García. Se publicó en el B.C.N.R. n.º 260, octubre 1989

ceptual. En efecto, en todo sistema registral confluye un triple interés en la descripción de la finca: el de su titular, el del Estado o la colectividad y el de los titulares de las fincas colindantes.

Con un sistema de catastro plenamente desarrollado cabe la posibilidad de que la aportación al Registro de los datos descriptivos de las fincas se lleve a cabo por una institución pública fiable y, por tanto, de resolver de forma adecuada la satisfacción de los dos últimos grupos de intereses y, naturalmente, el del propio titular. Con el sistema español de registro, al depender la descripción de la finca de la voluntad de transmitente y adquirente, el Registro de la Propiedad protege a quién describe bien y con más dificultades a quién voluntariamente o por negligencia describe incorrectamente su finca (3).

En realidad, desde el momento de la implantación del sistema la preocupación por la carencia de una institución pública que proporcione una información contrastada sobre la descripción de las fincas objeto de inmatriculación ha sido constante y ha dado lugar, incluso, a una cierta crítica generalizada sobre la poca fiabilidad de la descripción hipotecaria de las fincas inscritas, crítica en general poco consistente gracias a la eficacia progresiva del sistema registral.

Hoy día los principios que parecen informar los proyectos de reforma del Catastro y la coordinación de sus datos con los del Registro pueden dar lugar a una nueva perspectiva en esta materia.

b) *La posibilidad de existencia de fincas especiales*

El sistema hipotecario español amplía la posibilidad de apertura de folio a determinadas realidades que se encuentran a mitad de camino entre su concepción como relación jurídica de naturaleza real sobre la finca y su consideración como objeto de derecho, es decir, como realidad objetiva distinta de la propia finca.

El ejemplo más característico es el de las concesiones administrativas de aguas, minas, ferrocarriles, autopistas o tendidos de distribución de energía. En estos casos en los que la apertura de folio se produce tomando como objeto la propia concesión y no la superficie terrestre sobre la que recae, las edificaciones que lleva a efecto el concesionario dan lugar a un supuesto de accesión a favor de este y no de la Administración concedente,

(3) Con más amplitud se estudia esta idea en la comunicación dirigida por el autor de este artículo al V Congreso de Derecho Registral celebrado en Roma en noviembre de 1982, bajo el título "La inexactitud registral. Descripción de las fincas en el Registro de la Propiedad".

supuesto excepcional que tuvo que contemplar inicialmente la legislación hipotecaria.

Pues bien, precisamente debido al sistema inmatriculador, la regulación hipotecaria de la declaración de obra nueva se hacía indispensable, en cuanto que la propia manifestación auténtica sobre la edificación participa de las características de la inmatriculación propiamente dicha. No se trata de abrir folio nuevo, consecuencia directa de la inmatriculación en sentido estricto, pero sí de provocar una modificación sustancial de la descripción de la finca inmatriculada en base a similares principios que los que dan lugar a la propia inscripción primera de la finca registral. En este sentido se pronuncia Roca Sastre, sin duda porque al carecer la obra nueva de una fuente distinta del titular registral de la finca que pueda suministrar los datos sobre la base física que constituyen el objeto del folio, el sistema tiene que buscar dichos datos exclusivamente en la declaración de dicho titular (4).

Por otra parte, la existencia de fincas especiales provoca la necesidad de que, en paralelo con la ficción jurídica de objetivación registral de la propia relación concesional, el Registro publique la ejecución de las obras nuevas realizadas por el concesionario.

Así en el plano registral la declaración de obra nueva puede conceptuarse como aquella manifestación auténtica del titular registral dirigida a la inscripción de las modificaciones de la finca, consecuencia de su edificación actual o futura, y, simultáneamente, de la adquisición presente, o diferida al momento de la conclusión de la obra, del derecho de dominio sobre lo edificado.

En este sentido se observa, como paralelamente al título inmatriculador que da lugar al mismo tiempo a la inscripción del objeto, la finca registral, del derecho adquirido, generalmente el dominio, y del título de adquisición, normalmente derivativo, en la declaración de obra nueva también se inscriben simultáneamente la modificación del objeto, es decir, la obra nueva, el derecho sobre la misma, es decir la titularidad dominical, superficiaria, en comunidad de vuelo o concesional y el título de adquisición, es decir, el originario de accesión a favor del declarante. Como se ve el paralelismo es tan grande que, por una parte resulta muy acertada la frase de Roca cuando habla de la naturaleza inmatriculadora de la declaración de obra nueva y, por otra, el procedimiento previsto en la Ley, aún con los

(4) ROCA SASTRE. Tomo 2º, página 462 "La fundamentación de los medios instaurados por nuestra legislación inmobiliaria registral para que la obra nueva pueda tener acceso en el Registro, singularmente del consistente en la simple declaración unilateral del propietario de la finca, hay que situarla en la tónica dominante en materia de títulos públicos de adquisición con valor de inmatriculación registral".

problemas que plantea y que luego examinaremos, resulta plenamente adecuado a los propios principios del sistema registral.

Naturalmente, los efectos frente a tercero de la inscripción de obra nueva, no serán los mismos que los de la inscripción de inmatriculación en sentido propio, ya que el principio de fe pública y el contenido de los artículos 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria se aplicarán al derecho de dominio sobre el terreno, y, como consecuencia, a lo edificado por el titular que tenga la condición de tercero. Con otra expresión podría decirse que el título declarativo de la obra nueva tiene naturaleza inmatriculadora, pero que la inscripción surte los efectos ordinarios, desde el punto de vista del principio de publicidad.

C) LA INSCRIPCIÓN DE OBRA NUEVA ENTENDIDA COMO MEDIO DE CONTROL DE LEGALIDAD

Además de una declaración auténtica del titular sobre la existencia de una edificación, que a aquél ha de atribuirse a título de accesión, la obra nueva plantea el problema de si en el momento de su inscripción, el asiento registral que refleje dicha obra y su atribución dominical, ha de significar además un pronunciamiento específico sobre la legalidad de lo edificado, es decir, sobre su adaptación al planeamiento urbanístico.

En este caso no se trata de profundizar en la naturaleza de la adquisición ni en las características documentales de la declaración, sino en la posibilidad del otorgamiento y la inscripción en los casos en que no se justifique la legalidad de la obra de edificación cuya publicidad registral se pretende, así como en los efectos que la inscripción registral produzca en el ámbito civil y en el urbanístico.

Desde este punto de vista la declaración de obra nueva implica, una vez completado el ciclo de inscripción, una presunción de legalidad, posible en todo ordenamiento, y que constituye una realidad en España a partir de la Ley 8/90, de 25 de julio, si bien el problema radica en el origen y los efectos de dicha presunción, cuestión que se examinará más adelante.

En resumen en la declaración de obra nueva y su inscripción confluyen, como dijimos al principio, tres cuestiones diferentes que han dado lugar a discusiones doctrinales y a pronunciamientos jurisprudenciales variados según las distintas épocas o fases de desenvolvimiento del sistema hipotecario español y que pueden también ser estudiadas por separado.

III) FASES ANTERIORES A LA NUEVA LEY

A) DESDE 1861 A 1944-46

En esta fase, que en realidad puede considerarse de implantación del sistema hipotecario en España, como viene a señalar la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, al tratar del principio de inscripción y de la conveniencia de su evolución hacia una fórmula que suponga la eficacia constitutiva de la misma, pueden señalarse, como características de la época:

- a) Que las obras nuevas no constituían un supuesto frecuente en la realidad de los registros. En efecto, en las últimas décadas del siglo XIX y en el primer tercio del siglo XX el desarrollo económico del país no daba lugar ni a una proliferación excesiva de las edificaciones, ni a la necesidad frecuente de su inscripción registral. Por ello es lógico que los problemas jurídicos que en esta fase se suscitaron fueran notablemente diferentes de los que hoy nos preocupan.
- b) Desde el punto de vista civil, existió unanimidad doctrinal en el reconocimiento del principio de accesión. La obra nueva se consideró, desde el primer momento, como una simple manifestación registral de que lo edificado pertenece a su propietario como consecuencia del principio contenido en el artículo 353 del Código Civil.
- c) Otra característica de esta época es la regulación escasísima, por no decir inexistente, desde el punto de vista registral, de la declaración de obra nueva. Solamente pueden encontrarse dos disposiciones específicas, una directa y otra indirecta:
 - De forma directa, el Reglamento Hipotecario de 1915, en su artículo 43, de igual modo que la regulación actual contenida en el artículo 61 del Reglamento vigente, admitía la inscripción de las escrituras en que constaren las obras ejecutadas por concesionarios, sin duda en función del problema a que antes hacíamos referencia en relación con la posible apertura de folio de las llamadas fincas especiales.
 - De forma indirecta, el artículo 28 del Reglamento Hipotecario de 1870 se redactó con el mismo contenido que fue recogido en modificaciones posteriores y que hoy constituye el apartado 4º inciso último del artículo 51 del Reglamento vigente, es decir en el sentido de no exigir la nueva descripción de la finca inscrita en las inscripciones segundas y posteriores, cuando las

circunstancias descriptivas de las inscripciones anteriores coincidieran con las de título inscrito.

En definitiva se venía a considerar la obra nueva como una declaración contenida en el título inscribible y que sólo afectaba a la modificación de datos descriptivos de la finca.

En esta etapa se suscitaron algunas cuestiones que, como consecuencia de su repetición dieron posteriormente lugar a la reforma de 1944 que se estudiará en el apartado siguiente. Pueden destacarse dos de ellas:

- 1.—Una de las más discutidas, y que sin duda es una consecuencia de lo anteriormente señalado, es si el título formal en el que se contiene la descripción de la edificación habría de ser necesariamente escritura pública o cabría la posibilidad del documento público tipo acta.

La discusión es lógica en los albores del sistema puesto que la adquisición por accesión se produce como consecuencia de un hecho, la edificación. Lo natural, por tanto es que el documento del que resulte la constatación auténtica de un simple hecho y no de un acto jurídico, sea el acta notarial.

No obstante la Dirección General afirmó muy rápidamente lo contrario y en Resolución de 20 de mayo de 1895 rechazó el acta notarial como título hábil para la inscripción, estimó que el documento que mejor se adaptaba a dicho objeto era la escritura pública y especificó que en dicha escritura el propietario debería manifestar que ha mandado levantar en su finca el edificio descrito y que su voluntad es que se inscriba el título en el Registro de la Propiedad.

En esta Resolución se contiene una frase importante: “y que su voluntad es que se inscriba el título en el Registro”. Precisamente en esta afirmación se contiene la esencia del problema. La declaración de voluntad no solamente es significativa de la existencia de un hecho, el de la edificación, sino también de la voluntad del titular registral de que la descripción de la finca comprenda también la edificación y, como consecuencia, que el conjunto de derechos que a continuación se inscriban sobre la finca edificada resulten protegidos por los principios del sistema. Para conseguir este segundo resultado lo lógico es exigir una declaración de tipo negocial cuyo vehículo idóneo es la escritura pública.

Puede decirse que en cuanto a la declaración de obra nueva de tipo inmatriculador, es decir, la que provoca por primera vez la descripción de la obra en el folio registral, esta doctrina sentada por la Dirección no ha sido nunca objeto de contradicción, aunque

no ocurre lo mismo con la simple terminación de la edificación, como veremos más adelante.

- 2.—Por otra parte destaca en esta fase la aparición de la discusión sobre la aplicación del principio de consentimiento y, como consecuencia de este, del principio de tracto sucesivo a las escrituras de declaración de obra nueva.

En principio la doctrina es unánime en señalar que sólo quien tiene previamente inscrito el dominio de la finca edificada puede otorgar la escritura de declaración de obra nueva, con las matizaciones que puedan resultar de la creación previa de una titularidad suficiente distinta de la del dominio y con legitimación adecuada, entre las cuales hemos estudiado antes algún ejemplo.

El problema se suscita en orden a si dicha legitimación, asiste al comunero, en régimen de proindivisión romana, sin la concurrencia del consentimiento de los demás copartícipes.

En este punto, y en esta etapa, es fundamental la resolución de 21 de junio de 1917. El problema planteado se refería a la declaración realizada por uno de los copropietarios de una casa perteneciente a diferentes propietarios en régimen de propiedad *pro diviso*, es decir, en la situación característica previa a la regulación moderna del régimen de propiedad horizontal que aparece con la Ley de 21 de julio de 1960. El Centro Directivo, ante el supuesto planteado entendió que el comunero sujeto al régimen del antiguo artículo 396 del Código Civil necesitaba la concurrencia en la declaración de los demás copartícipes del inmueble, precisamente por tratarse de un supuesto distinto de la copropiedad ordinaria o por cuotas regulada en el artículo 392 del mismo Código.

En este sentido, y por interpretación “a contrario” de la Resolución, parecía claro que la Dirección admitía la validez de la declaración hecha por uno sólo de los comuneros pese a la dicción del artículo 397 del Código Civil.

Esta solución, que como veremos luego, fue objeto de una modificación sustancial, fue apoyada brillantemente por Roca en el comentario a la legislación de 1944, fundamentalmente sobre la base de la distinción entre los actos prohibidos y los no prohibidos, o consentidos tácitamente que para el régimen interno de la comunidad resulta de los antecedentes romanos y de la primitiva interpretación del Código Civil, sobre todo en la opinión de Mucius Scaevola.

Con estas dos cuestiones que fueron las que básicamente dieron lugar a opiniones doctrinales, se cierra la primera fase histórica, si bien es

evidente que existía ya una preocupación generalizada por dar a la declaración de obra nueva una regulación hipotecaria específica que estuvo constituida por el contenido de la reforma de 1944-46 y su desarrollo reglamentario.

B) DESDE 1944 A 1990

A partir de la reforma hipotecaria de 1944-46 y de la publicación del Reglamento de 1947 se inicia una nueva etapa en que se regula por primera vez la declaración de obra nueva y se solventan algunas de las cuestiones que se habían planteado en la etapa anterior.

Desde el punto de vista de la realidad social la situación cambia radicalmente respecto del primer tercio del siglo. Sobre todo a partir de los últimos años de la década de los 50 y a lo largo del desarrollo económico que comienza en los 60, la actividad constructora aumenta en el país de una forma totalmente desconocida hasta la fecha. En 1960 se supera la vieja regulación de la propiedad horizontal, contenida en el artículo 396 del Código y sus reformas posteriores, y se publica la Ley de 21 de julio de dicho año, que constituye el esquema normativo a cuyo amparo puede decirse que se edifica el país.

A lo largo de esta etapa, que culmina con la reforma contenida en la Ley 8/90 de 25 de julio, los problemas más importantes en los que se detuvo la doctrina y la jurisprudencia de la Dirección fueron los que a continuación se exponen, entre los que deben distinguirse los que surgen directamente de la redacción de los nuevos preceptos y los que fueron surgiendo posteriormente.

a) *Surgidos directamente de la redacción de la reforma*

1) En un primer momento, la polémica fundamental en la doctrina fue la de si el artículo 308 del Reglamento Hipotecario constituía o no una extralimitación del contenido legal del artículo 208 de la Ley Hipotecaria de 1946, que sustancialmente recogía el contenido del artículo 347 de la Ley de Reforma de 1944.

La discusión se planteaba en torno al último inciso del párrafo 1.º del artículo 308 que añadió a la frase “los títulos referentes al inmueble”, que en realidad constituían el título ordinario, en cuanto se referían a otro negocio jurídico inscribible, aprovechando para la modificación de la finca hipotecaria, la frase fundamental “o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora”.

Prácticamente todos los hipotecaristas de la época discutieron el problema, aunque lo cierto es que la práctica registral e incluso la opinión mayoritaria dieron lugar a la conclusión de que, con independencia de que el Reglamento se extralimitara o no, la escritura pública cuya única finalidad es la inscripción de la obra nueva, constituye el título idóneo para la obtención de este resultado, por lo que puede decirse que la polémica se cerró sola a los pocos años de la publicación de la reforma reglamentaria.

2) Otra consecuencia directa de la nueva dicción reglamentaria fue que el nuevo procedimiento instaurado por el Reglamento dio lugar en la práctica a la escasísima utilización de los demás títulos a que se refieren tanto el artículo 208, como el 308, salvo el que denomina Roca "título ocasional", es decir el que tiene por objeto un negocio jurídico ulterior al que provocó la inmatriculación de la finca y en el que, además de dicho negocio, se contiene la declaración de obra nueva.

3) Con menos virulencia polémica que la suscitada por el tema anterior, algunos autores preconizaron ya en aquella época la conveniencia de que a la escritura de declaración de obra nueva, bien fuera directa bien ocasional, se acompañara en todo caso la licencia de obras o el certificado técnico y no con el carácter potestativo u opcional que resulta respectivamente de los párrafos segundos de los artículos 208 y 308. Fueron portavoces de este criterio Morell y Díaz Moreno, aunque puede señalarse que esta posición no fue mantenida posteriormente hasta fechas recientes, inmediatamente anteriores a la publicación de la Ley sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

Por tanto, puede decirse que a partir de la reforma y hasta la publicación de la Ley 8/90, el título que en la práctica totalidad de las ocasiones se ha utilizado para conseguir la inscripción de edificaciones en el Registro de la Propiedad, ha sido la escritura pública dirigida a esa finalidad, en la que el titular de la finca manifiesta haber construido o tener en construcción una edificación determinada, describe esta y solicita su inscripción a favor del titular dominical. Ocasionalmente el titular manifiesta, además, o bien que ha satisfecho íntegramente el precio de los materiales o que ha pagado al contratista la ejecución de lo edificado.

b) *Cuestiones que surgieron posteriormente*

En primer lugar hay que señalar que en Resoluciones del Centro Directivo de 20 y 21 de julio de 1969, que toman como precedente otra de 12 de diciembre de 1935 que resuelve la cuestión planteada por la difícil interpretación de la Resolución antes estudiada de 21 de junio de 1917,

sobre la legitimación de comunero para la declaración por sí solo de la obra nueva sobre la finca sometida a *pro indiviso*. Ambas resoluciones mantienen ya con toda claridad que el consentimiento de los titulares ha de ser unánime, partiendo de la base de que la obra nueva constituye alteración de la cosa común, y, que, por tanto, debe entenderse aplicable al negocio jurídico declarativo lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil.

Ahora bien, la polémica más importante surgió en torno a dos cuestiones que en cierto modo han venido a ser resueltas a partir de la Ley de 25 de julio de 1990.

1) La posibilidad de inscripción de la obra nueva en proyecto.

La polémica surge como consecuencia de un razonamiento lógico: Si la declaración tiende a conseguir la inscripción registral de un título de adquisición originario basado en la accesión, lo cierto es que el fenómeno accesorio no se produce hasta que la construcción se termina, o, al menos, se va produciendo respecto de la obra en construcción a medida que esta avanza.

La pregunta por tanto es lógica: ¿Es posible la constatación registral de una obra aún no comenzada?

La realidad económica impuso, desde el momento en que la actividad constructora comenzó a convertirse en una de las principales del país, la necesidad de la hipoteca para la financiación de la obra en construcción. Desde la perspectiva del crédito hipotecario la cuestión no ofrece problemas, puesto que la extensión a las nuevas edificaciones de la garantía constituye elemento típico del contrato de préstamo hipotecario, según resulta del artículo 109 de la Ley Hipotecaria y 1.877 del Código Civil. La cuestión consiste en determinar si la declaración de obra nueva puede llegarse a cabo con carácter previo a su iniciación o, constituida la hipoteca, ha de esperarse a que tenga lugar la edificación para su constatación registral.

La práctica admitió, salvo algunas excepciones, la posibilidad de la edificación en proyecto, mediante el expediente de denominar el título "escritura de declaración de construcción comenzada". Lo cierto es que, incluso desde el punto de vista de la normativa sobre licencias urbanísticas resulta difícil determinar cuando comienza la construcción de la obra (5).

(5) Lo lógico es entender que la obra comienza cuando se inicia alguno de los capítulos previstos en el programa de obras o en el proyecto técnico que da lugar a la licencia. Puede ser el derribo de la edificación anterior, el movimiento de tierras o incluso la limpieza y el desbrozo del terreno. En esta materia, y a título de ejemplo,

En relación a este tema cabe destacar:

- Que el artículo 308 del Reglamento Hipotecario, en el último inciso de su párrafo 2.º admite sin ninguna dificultad la declaración de obra nueva en construcción.
- Que idéntico criterio resulta del artículo 17 apartado c) del Decreto 2.114/68, de 24 de julio, antes transcrito.
- Que ningún precepto específico señala un grado determinado de avance de la obra para que pueda ser objeto de declaración e inscripción.
- Que a la obra nueva simplemente proyectada no se refiere ningún precepto específico, salvo la excepción contenida en el artículo 8.º, 4.º, inciso 2.º que en su párrafo último, al regular la inscripción del régimen de propiedad horizontal, señala “que en la inscripción del solar o del edificio se harán constar los pisos meramente proyectados.

Ante esta realidad legislativa algunos sectores doctrinales minoritarios hablaron incluso de la necesidad de que la obra tuviere un grado de avance equivalente a la cubierta de aguas para que su inscripción fuere posible. Sin embargo la práctica constante ha admitido siempre la declaración de la obra en proyecto, e incluso resulta muy interesante la opinión de Cámara en el sentido de que una cosa es la intención de construir y otra la obra dotada de proyecto, o dicho de otra forma, que no es lo mismo la obra en proyecto que la obra proyectada (6).

A partir de 1970 la polémica fue tema recurrente en los seminarios de Derecho Registral, sobre todo a iniciativa del de Salamanca, que partía de la base de que la dicción del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, en cuanto se refería a pisos proyectados, no llegaba a amparar la posibilidad de inscripción de declaraciones de obra nueva cuya realización no hubiere llegado a un punto concreto de avance.

puede citarse lo dispuesto en el artículo 2.5 15 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que recogen disposiciones anteriores, hoy muy discutidas por su difícil aplicación, y que obligan a notificar al Ayuntamiento, con 15 días de antelación, el momento en que el técnico encargado de la dirección de la obra señala que ésta comienza, y que resulta determinante para la aplicación del plazo de caducidad de la licencia concedida.

(6) CÁMARA ALVAREZ: “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana”, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1969. “De edificio proyectado se puede hablar en un doble sentido. como edificio cuya construcción está aún por definir, o como edificio cuya construcción está definida. La línea de separación entre ambas hipótesis podría fijarse, sobre todo si apetece encontrar soluciones prácticas, en la existencia o inexistencia de un proyecto aprobado por organismos oficiales. En el primer caso estamos ante un edificio sin definir todavía; en el segundo, ante un edificio definido”.

Por otra parte, las situaciones de prehorizontalidad, es decir, de edificios con obra nueva declarada, gravados en hipoteca, y puestos en oferta para su adquisición en fase de construcción, era una realidad en todo el país, y planteaban problemas propios que, incluso, fueron estudiados como ponencia específica en el III Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en San Juan de Puerto Rico en 1977.

La polémica fue resuelta por una resolución de la Dirección General de 5 de noviembre de 1982, que de forma clara admitió la declaración de obra nueva y su inscripción registral, no sólo para edificios concluidos y edificados sino también para edificios en proyecto, aunque sin especificar si ese proyecto había de entenderse como una simple intención o como una definición técnica y contrastada con la licencia de las características del edificio futuro (7).

La doctrina del Centro Directivo cerró prácticamente la discusión y su criterio ha venido a ser confirmado, como veremos luego, por la dicción del artículo 25.2 de la Ley de 25 de julio de 1990.

2) *El problema de la terminación de la obra nueva.*

Al mismo tiempo que la polémica sobre la inscripción de la obra nueva en construcción o proyectada, surgía una cuestión paralela, mucho menos discutida por la doctrina, sobre la distinción entre la declaración de obra comenzada y la declaración sobre la conclusión de aquélla, cuando constare previamente inscrita en construcción.

La exigencia de este documento es lógica desde el punto de vista conceptual. En efecto, como hemos señalado anteriormente cuando la

(7) Por su interés se transcriben parcialmente dos Considerandos de la Resolución citada "CONSIDERANDO que la difusión que ha adquirido la compra de viviendas o locales en propiedad, no ya sólo en edificios construidos, sino en gran medida también cuando estos se encuentran todavía en construcción o incluso meramente proyectados, origina una intrincada red de relaciones jurídicas dada la complejidad de los elementos que intervienen, que empieza ya a manifestarse en la fase que la doctrina conoce con la denominación de prehorizontalidad, (...), CONSIDERANDO que esta situación de prehorizontalidad que aparece centrada esencialmente en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto conlleva un gran interés para los adquirentes de departamentos o locales, futuros cotitulares del edificio, en cuanto que en esta fase se determina el propio objeto adquirido con sus características físicas y límite, los derechos sobre el mismo, así como el régimen estatutario que regulará la futura comunidad, o la fijación de la cuota de participación que corresponda a cada piso o local e, igualmente, —dato sumamente importante— la responsabilidad hipotecaria ya distribuida por cada finca independiente de las que van a existir en el edificio, (...), todas estas circunstancias permanecerán sin la suficiente publicidad, con los riesgos que esto comporta si no pudieran tener acceso al Registro de la Propiedad que es la institución adecuada para darlos a conocer a los terceros"

obra nueva se inscribe como proyectada o iniciada, no puede decirse que la declaración correspondiente sea un corolario formal de una adquisición dominical originaria y a título de accesión. Esta todavía no se ha producido o, por lo menos, no puede decirse que alcance a la unidad urbana concluida. La situación es en alguna medida similar a la de la inscripción de un derecho sujeto a condición suspensiva, es decir al evento de que efectivamente la obra se concluya.

Desde el punto de vista registral no existe ningún inconveniente en la admisión de la constatación tabular de derechos sujetos a condición suspensiva, aunque tampoco puede decirse que el supuesto que estudiamos esté claramente incluido dentro de la redacción del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, que se refiere a las condiciones propias y no a los sucesos futuros que dependen de la voluntad del titular del derecho, es decir, y en este caso, del propietario de la finca.

En la legislación sólo aparece la necesidad de la declaración de la conclusión de la obra en el Decreto 2.114/68 de 24 de julio, que además, en su artículo 99 introdujo un título específico para la obtención del asiento correspondiente. Dicho título es la Cédula de Calificación Definitiva que, unida a la escritura que en su día dio lugar a la inscripción de obra nueva comenzada, se considera título suficiente para la constatación de la construcción del edificio, mediante nota marginal.

La legislación hipotecaria, sin embargo, no aludió nunca a este problema, si bien en la práctica se admitía, sin otro documento complementario justificativo, la simple escritura de conclusión de la obra nueva. Hay que advertir, que este tipo de documentos no se producían casi nunca, de modo que las obras declaradas en construcción se mantienen así indefinidamente.

Luego se examinará la solución establecida por la nueva Ley de 25 de julio de 1990. En este punto sólo se quiere destacar que el Decreto 2.141/68 citado utiliza para la constatación registral del cumplimiento de la condición de adquisición, es decir la conclusión de la obra nueva, la misma técnica que para el cumplimiento de la condición suspensiva propia, utilizan el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 56 del Reglamento Hipotecario.

3) El problema de la necesidad de licencia o autorización administrativa para la inscripción de la obra nueva.

Es ésta, con mucho, la cuestión de mayor importancia de las planteadas en esta fase histórica. No es enteramente nueva, puesto que como antes decíamos ya Morell y Díaz Moreno se habían inclinado a exigir un documento complementario al título declarativo del que resultara la legalidad

de la obra terminada o en construcción. De otra parte el propio artículo 347 de la Ley Hipotecaria de 1944 había aludido al certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal, aunque el precepto luego recogido en el Texto Refundido de 1946 y en el Reglamento Hipotecario de 1947, cayó totalmente en desuso.

En realidad en este problema confluyen varias cuestiones distintas:

- Por una parte en la inscripción de obra nueva se suscita el mismo problema general que afecta al paralelismo entre la realidad jurídica extrarregistral y los datos descriptivos resultantes de la inscripción. El sistema hipotecario, ante la inexistencia de un Catastro fiable ha buscado siempre, y con especial intensidad en determinados momentos, la adaptación y la concordancia de los datos físicos de las fincas inscritas. También esta cuestión afecta a la obra nueva.
- En otro sentido, y en las situaciones de prehorizontalidad el problema se agrava cuando la defectuosa situación de la finca registral no obedece a una situación de simple negligencia del titular o a finalidades de orden fiscal, (en este caso por utilizar un eufemismo), sino lo que puede resultar más grave, a fines o intenciones fraudulentas respecto de los terceros que adquieren unidades urbanas en construcción, fiados en el contenido registral.
- Por último, a partir de la moderna Legislación del Suelo iniciada en 1956, modificada en 1976 y a la que se pretende dar un nuevo sentido en la Ley de 1990, la sujeción de la edificación a licencia se constituye en un imperativo legal que desencadena toda una actividad administrativa de policía urbanística dirigida al control de la creación y remodelación del núcleo urbano, respecto de la que la declaración de obra nueva vivía ajena.

A finales de los años 70, el problema de la adaptación de los datos físicos de las fincas inscritas a la realidad extrarregistral se intentó resolver mediante el procedimiento de coordinación Catastro-Registro que implantó el R.D. 1.030/80 de 3 de mayo de 1980, cuyas soluciones técnicas son prácticamente idénticas a las que recientemente impone la Ley 54/91 de 7 de febrero de la Comunidad Foral Navarra, sobre coordinación del Registro Fiscal de la riqueza territorial de Navarra con el Registro de la Propiedad. Estas soluciones responden al triple interés a proteger en materia de descripción de fincas registrales, es decir, el del titular, el de la comunidad y el de los propietarios colindantes, a que antes nos hemos referido (8).

(8) El Decreto 1 030/80, al referirse a los efectos de la coordinación, en su Norma IX, señala. a) La coordinación de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad con

En lo que se refiere al ámbito propio del tema que estamos estudiando la práctica registral ha continuado, hasta la publicación de la Ley 8/90, desvinculada del problema del control de legalidad de la obra declarada. Se parte de la base de que el ámbito de la calificación registral se refiere a cuestiones de derecho privado y que la policía urbanística es materia que corresponde de forma exclusiva a la Administración competente, Central, Autonómica o Local según los casos.

Sin embargo, surgió cierta inquietud doctrinal en la medida en que cada vez cobraba mayor protagonismo la necesidad de coordinación de las instituciones jurídicas estatales y de los distintos poderes públicos y en que, por otra parte, se veía con cierta claridad la posibilidad de existencia de fraudes inmobiliarios apoyados en la actuación independiente del control urbanístico de la edificación, correspondiente a la Administración, y la calificación de derecho privado del título declarativo de la obra nueva, que encomienda al Registrador el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

En este punto, ya con anterioridad a la publicación de la Ley 8/90 se había producido una inflexión importante en la opinión jurídica dominante.

La primera tendencia partió del criterio de que la declaración de obra nueva y su inscripción nada tenían que ver con el control de legalidad urbanística de la edificación inscribible. Se trataba de una postura conceptualmente impecable, de acuerdo con los principios inspiradores del sistema y con la propia Legislación del Suelo, que en ningún caso condicionaba a la previa concesión de licencia la declaración auténtica sobre la edificación.

Este criterio, que era absolutamente mayoritario en la opinión de Notarios y Registradores se vio ratificado por la Resolución de la Dirección General de 16 de noviembre de 1981, en la que en relación a la posible aplicación de los artículos 85 y 86 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana a suelo calificado como no urbanizable, el Centro

el Catastro Topográfico Parcelario, implicará la conformidad de la Administración con los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral. En consecuencia, los expedientes administrativos relativos a fincas coordinadas, deberán tomar como base de la actuación de que se trate los datos resultantes de la coordinación, a efectos de producir la triple coincidencia catastral, registral y fiscal en cuanto a los datos físicos y titulares de las fincas. b) No obstante lo dispuesto en el número anterior, a efectos civiles, serán los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria los únicos competentes para conocer y decidir sobre cuantas cuestiones litigiosas se refieran a la identidad y circunstancias físicas de las fincas c) Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando en los asientos del Registro conste la coordinación de una finca con el Catastro Topográfico Parcelario se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral coinciden con la realidad física.

Directivo, revocando la decisión previa del Presidente de la Audiencia, sentó la doctrina de que tanto el Notario como el Registrador son ajenos al problema de control de la legalidad urbanística de la obra declarada (9).

Esta tendencia cambia sustancialmente a partir de la Resolución que acabamos de citar. Entre los Registradores se va reafirmando la idea de que efectivamente resulta necesaria una mayor coordinación entre los pronunciamientos registrales sobre la descripción de las edificaciones y la documentación administrativa que habilita al propietario para el levantamiento del edificio.

Por otra parte, y debido a la escasez del suelo, comienza a surgir una modalidad de fraude inmobiliario, fundamentalmente en las zonas costeras, consistente en llevar a cabo una distribución interior del edificio distinta a la autorizada en la licencia, con aumento de las unidades independientes susceptibles de aprovechamiento privativo o con modificación de los usos atribuidos a dichas unidades por el Plan de Ordenación, a cuyo amparo se concede la licencia.

Esta preocupación se exterioriza, en los últimos años, en tres momentos concretos:

- La Generalidad de Cataluña, a iniciativa de la Consejería de Ordenación del Territorio, puso en marcha hacia 1987 una iniciativa dirigida a la regulación del problema general de la vivienda, en cuyo articulado en proyecto se preveía la necesidad de que a la escritura de declaración de obra se acompañara, como requisito previo a la inscripción registral, la licencia de obra o, al menos, un certificado técnico acreditativo de que el edificio declarado y sus

(9) Señala la resolución citada: "CONSIDERANDO, en cuanto a la segunda cuestión, que el artículo 178 de la Ley (del Suelo) indica la necesidad de previa licencia de los actos de edificación y uso del suelo, tales como las obras de nueva planta, mientras que en los artículos 184 y 85 se previene la forma de actuar la Administración a través de los propios órganos competentes que la propia Ley —entre los que no figuran, como es natural Notarios y Registradores— señala para corregir las posibles infracciones urbanísticas, y permite a dichos órganos amplios remedios que pueden llegar hasta la demolición de lo construido (...) CONSIDERANDO que, al ser de competencia exclusiva de las autoridades municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no corresponde al Notario al autorizar las escrituras de declaración de obra nueva, ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora, al entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado por el planeamiento (...) CONSIDERANDO que en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento se contienen los requisitos para que la obra nueva ingrese en los libros registrales, sin que tales preceptos exijan que se acredite la concesión de la licencia municipal para que pueda practicarse la inscripción, y en el mismo sentido se manifiesta la propia Ley del Suelo, que en ninguno de sus preceptos impone esta obligación a Notarios y Registradores (...)"

características básicas se ajustaban al proyecto que había dado lugar a la concesión de dicha licencia.

El Proyecto de Ley planteaba dificultades de todo orden, pero sobre todo la cuestión constitucional de hasta que punto el órgano legislativo autonómico tiene la competencia suficiente para sancionar disposiciones en materia registral, cuya competencia exclusiva corresponde al Estado, de acuerdo con lo señalado en el artículo 149.1.8.º de la Constitución de 1976.

No obstante, los Registradores coincidían con la Generalidad en la importancia de la cuestión y en la necesidad de resolverla mediante alguna disposición positiva. El Proyecto de Ley no llegó a tramitarse como tal, pero el problema quedó planteado.

- En 1989, como consecuencia, en parte, del llamado informe Mac-Millan, eurodiputado británico, en orden a la proliferación de supuestos fraudes inmobiliarios en el sector turístico español, el Congreso de los Diputados solicitó del Colegio de Registradores un informe sobre este problema, que fue remitido a la Cámara en abril de ese mismo año.

El Informe constituía en realidad un examen crítico del sistema inmobiliario español, con aportación de una serie de soluciones, adaptadas a los nuevos tiempos, entre las que se señala con carácter específico la de exigir, para la declaración de obra nueva, el requisito de que se acompañe a la misma certificación de Arquitecto acreditativa de que su descripción se ajusta al proyecto. El Informe partía, por tanto, de un criterio radicalmente diferente del que había venido siendo sostenido hasta esa fecha y destacaba, como finalidad sus propuestas, que el Registro de la Propiedad, con mantenimiento de sus principios esenciales de protección al tráfico jurídico privado, fuese un eficaz colaborador de la labor de policía urbanística que es competencia propia de las Administraciones públicas (10).

- No obstante el problema constitucional, se publica el 14 de mayo la Ley 7/90, de la Comunidad Autónoma Canaria, que examinaremos luego con más detalle.

(10) Concretamente el Informe proponía las siguientes medidas: "1.ª Cuando se trate de obras nuevas en construcción o en proyecto, la escritura de declaración de obra nueva deberá ir acompañada de una certificación del Arquitecto o Técnico autor del proyecto, del Técnico Director de la obra, o bien del Técnico municipal habilitado al efecto, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto presentado para la concesión de la licencia y comprensiva de los datos identificadores del expediente administrativo de concesión. El mismo requisito se exigirá para la división de la obra nueva en régimen de propiedad horizontal. Deberá regularse la constatación

Por tanto y hasta la fecha de publicación de la Ley sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo puede decirse:

- Que no se había planteado problema alguno en la admisión de la accesión como título originario de adquisición para el propietario de la finca de lo edificado sobre ella y que, con las matizaciones que pudieran resultar de la obra nueva declarada en proyecto, la opinión jurídica resultaba unánime en orden a que la declaración constituye un corolario formal dirigido a hacer constar en el Registro dicha adquisición y el objeto sobre el que recae.
- Que en cuanto a la declaración en sí, venía siendo considerada como una declaración negocial de voluntad, de carácter dispositivo, dirigida a provocar una modificación del folio registral, de naturaleza y alcance inmatriculador, y que puede tanto dirigirse a la inscripción de una obra concluida, de una obra comenzada o incluso de una obra en proyecto.
- Que en cuanto a la consideración de la propia escritura pública y de la inscripción como medios de control auxiliar de la legalidad de la obra, con la finalidad concordante de obtener una plena adecuación entre los datos descriptivos del folio registral y los de la realidad jurídica extrarregistral, a pesar del último pronunciamiento de la Dirección General, la opinión, incluso institucional, se inclinaba a la respuesta positiva, es decir, a exigir como requisito para la inscripción la constatación previa de la adecuación de la obra declarada al proyecto técnico aprobado por la Administración.

IV) SITUACION ACTUAL Y PROBLEMAS DE INTERPRETACION QUE SE PLANTEAN

La Ley de 25 de julio de 1990 supone una alteración sustancial del sistema legal existente, aunque como hemos visto antes, los problemas que resuelven o intenta resolver ya habían sido tratados o regulados con

registral de la terminación de la obra nueva en construcción o en proyecto. 2.^a Cuando se trate de declaración de obras nuevas concluidas, la certificación a que se refiere el apartado anterior deberá acreditar que la edificación declarada se ajusta a la licencia concedida. 3.^a Debería regularse un régimen transitorio para la inscripción de obras ya realizadas y no inscritas en el Registro, que por la antigüedad de su construcción u otras razones carecen de la licencia pertinente o es imposible la aportación de la certificación a que se refieren los apartados anteriores. Podría establecerse, al efecto, la acreditación del conocimiento por parte de la Administración de la obra declarada y la necesaria certificación de Técnico cualificado acreditativo del estado actual de la misma”

anterioridad incluso, en algunos casos, en parecido sentido a la nueva dicción legal.

En el estudio de la nueva Ley pueden distinguirse dos aspectos diferentes: de una parte, los problemas provenientes de la legislación anterior y a los que la nueva Ley da una solución concreta. De otra, aquel conjunto de cuestiones que se suscitan precisamente como consecuencia de la publicación del nuevo texto legal. En este sentido cabe distinguir:

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN QUE RESUELVE LA NUEVA LEY

Cabe destacar los siguientes:

a) El texto legal resuelve definitivamente la cuestión de si es posible la inscripción de obras nuevas en proyecto, inclinándose a una posición que viene a coincidir con la sostenida por Cámara Alvarez, a la que anteriormente hemos hecho alusión. No es que el artículo 25.2 distinga entre obras nuevas en intención o proyectadas, como hace el autor citado, pero es evidente que en cuanto exige la aportación de licencia y el certificado de técnico competente como documentos de necesaria aportación para la autorización de la declaración y para la inscripción de la obra nueva, excluye de dicha inscripción registral aquellas edificaciones respecto de las cuales existe la intención declarada de construirlas, pero que carecen de proyecto técnico definidor de sus características.

b) Por otra parte, el artículo 25.2 distingue entre la declaración de obra nueva, tanto concluida como en construcción o en proyecto, y la terminación o conclusión de la misma en los dos últimos casos.

Para el primer supuesto, es decir, la obra declarada en construcción, el vehículo formal exigido es la escritura pública, lo que coincide con las previsiones contenidas en la legislación hipotecaria. Sin embargo, para la constatación registral de la conclusión de la obra previamente inscrita exige simplemente el acta notarial. En ello coincide con lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 2.114/68 de 24 de junio y, en alguna medida, responde también a la distinción que antes hacíamos entre el negocio jurídico de declaración de obra nueva, a efectos de su inscripción registral, y el hecho determinante del cumplimiento de la condición suspensiva, es decir, la conclusión de la obra, que supone la adquisición del dominio por accesión.

c) Por último, y como resulta evidente, decide la discusión sobre la exigencia de la previa autorización administrativa de la obra declarada. Esta exigencia constituye no solamente la principal novedad de la Ley, sino también la fuente más importante de los problemas de interpretación

que plantea. Con ello ha resuelto la cuestión sobre la dependencia recíproca en esta materia del Registro de la Propiedad y de las instituciones urbanísticas.

CUESTIONES QUE SUSCITA EL NUEVO TEXTO LEGAL.

Antes de entrar en ellas conviene plantear una consideración previa. En efecto, como luego se estudiará con más detalle, creemos que puede afirmarse que la ubicación legal del artículo 25.2 de la Ley de 25 de julio de 1990 obedece a una sistemática errónea. Lo lógico es que se hubiera encuadrado dentro de la dicción de la Disposición Adicional Décima de la propia Ley, puesto que en esta norma se contienen las medidas legales sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística en el Registro de la Propiedad y, concretamente, las correspondientes a la colaboración de esta Institución con las Administraciones urbanísticas competentes en materia de suelo.

Esta afirmación que evidentemente puede resultar discutible, es importante en la apreciación de los problemas que la Ley plantea en orden a su aplicación temporal y espacial e, incluso, en la solución adecuada del alcance civil de sus preceptos.

Hecha esta precisión cabe señalar los siguientes problemas básicos:

A) Sobre el alcance civil de sus disposiciones

La Ley 8/90 ha modificado, y en esto no existe discusión alguna ni se ha planteado siquiera, el régimen establecido para la declaración de obra nueva y su inscripción que se contiene en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento.

Ahora bien: ¿Ha modificado también el contenido del artículo 353 y 358 y siguientes del Código Civil? Dicho de otra forma, es evidente que de los puntos de vista bajo los que puede estudiarse la obra nueva, y que hemos examinado anteriormente, es decir como institución civil consecuencia del modo originario de adquirir que supone la accesión, como declaración negocial auténtica dirigida a provocar una modificación registral y como manifestación de legalidad de la obra declarada, los dos últimos aspectos han sido objeto de profunda modificación. La cuestión es si además se ha modificado el primero.

En lo que se refiere a mi experiencia directa, el problema fue planteado por primera vez por José Manuel García García, en una reunión celebrada en el Colegio de Registradores y dirigida a un estudio urgente de los

problemas registrales de la Ley 8/90. En fechas inmediatas la discusión se suscitó varias veces en el seminario de Derecho Registral de Cataluña y en numerosas reuniones de Registradores.

Las posturas doctrinales sobre el tema que han sido objeto de publicación, como comentarios a la Ley han sido ya varias. Cabe señalar las siguientes:

a) Jesús González Pérez interpreta el conjunto de preceptos de la Ley sobre adquisición sucesiva de facultades urbanísticas y de su incorporación al patrimonio del propietario del terreno, en el sentido de que la propiedad inmobiliaria ha quedado “vacía de facultades urbanísticas” y que el propio titular ha sido degradado a la “mera condición de agente de las Administraciones Públicas”.

La opinión, muy crítica, de González Pérez respecto de la Ley 8/90, no le lleva, sin embargo, a afirmar que se haya producido una modificación del sistema de accesión civil. Se refiere a problemas urbanísticos y pone en tela de juicio la constitucionalidad de la propia Ley en cuanto, supone, por aplicación del mecanismo expropiatorio, la privación de facultades al propietario sin indemnización.

Nuestro más completo comentarista de la legislación urbanística sobre el suelo no se pronuncia directamente sobre aspectos civiles sino sólo sobre los urbanísticos y especialmente sobre los que inciden en el carácter típicamente expropiador de la Ley 8/90 (11).

b) José Luis Laso, después de aludir al problema de la dicción literal del artículo 21.1, “sólo la edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular”, y a las dificultades que puede producir para el sector inmobiliario, especialmente en el ámbito del crédito territorial, elige para su estudio otros aspectos del artículo 25.2 y se remite en cuanto a esta cuestión a la futura solución reglamentaria (12).

Sin embargo, en coloquios y seminarios en los que he tenido la satisfacción de escucharle viene a defender una posición análoga a la que se expondrá más adelante en este trabajo.

c) José María Chico, avanzando sobre la opinión de González Pérez, y atribuyéndole la expresión a este autor, afirma que la propiedad inmobiliaria queda, en la nueva Ley, “vacía de contenido”. Sin embargo, Gon-

(11) GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, pág 68, Cívitas, 1990

(12) LASO MARTÍNEZ. “La inscripción de Declaraciones de Obra Nueva en la Ley de Reforma de Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo”, *RCDI*, n.º 601, noviembre-diciembre 1990.

zález Pérez lo que dice, como hemos señalado anteriormente, es que queda “vacía de facultades urbanísticas”. El significado de las palabras utilizadas es evidentemente distinto; el concepto de “facultades urbanísticas” no puede llegar a identificarse con el “contenido” técnico del derecho de dominio en sentido propio.

Además, si bien es cierto que para manifestarse radicalmente contrario a esta concepción, afirma Chico Ortiz que la nueva Ley ha alterado el contenido sustancial del artículo 348 del Código Civil, y ha convertido la propiedad en una especie de figura fiduciaria. Como corolario concluye en que la Ley ha utilizado incorrectamente el término “patrimonio”, cuando debió decir “propiedad”. Fundamenta esta apreciación en que el significado entre uno y otro término es diferente. La postura de Chico es lógica, desde su punto de vista, pero, a mi juicio, parte de una evidente exageración en la apreciación del alcance de los preceptos legales que comenta (13).

d) Buenaventura Camy afirma tajantemente que la Ley 8/90 no ha derogado el régimen ordinario de la propiedad, tal y como la define el Código Civil a través de sus distintos preceptos, ni expresamente, ni por deducción interpretativa y muestra su perplejidad ante el régimen a que pueden quedar sometidos los materiales empleados en la construcción en tanto no se produzca la “incorporación al patrimonio” prevista en la Ley, con lo que parece admitir tácitamente la suspensión de efectos del artículo 353 y 358 del Código Civil, como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Ley (14).

Como se ve, la primera lectura de estas opiniones doctrinales demuestra el desconcierto de la doctrina ante una frase tan ambigua como la utilizada en la Ley: “Se incorporarán o no se incorporarán al patrimonio del propietario del terreno” que utiliza los artículos 25.1, 27.1 y la Disposición Transitoria Sexta, así como la expresión empleada en el artículo 11 del propio texto legal “el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos (...)”.

Para interpretar la dicción legal, concordante con los demás preceptos de la Ley de 25 de julio de 1990 deben a mi juicio precisarse unas afirmaciones previas:

— Dicha interpretación no puede aislarse del contexto de la norma legal en que se integra.

(13) CHICO ORTIZ. “La Propiedad Urbanística y el Registro de la Propiedad”, *RCDI*, n.º 602, enero-febrero 1991.

(14) CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: “Connotaciones Hipotecarias de la Ley del Suelo”, *RCDI*, n.º 604, mayo-junio 1991.

- Dentro de la técnica jurídica de la eficacia sancionadora de la norma, no existe mandato legal de carácter imperativo sin una consecuencia específica.
- La Ley del Suelo no tiene un contenido civil expreso y, como señala Camy, difícilmente se puede interpretar que deroga de una forma tan sustancial el Código Civil por vía de interpretación deductiva.

De acuerdo con estas ideas hay que tener en cuenta además una distinción: el cumplimiento de los deberes urbanísticos da lugar, en su aspecto positivo, a la consecuencia de la adquisición de la facultad urbanística correspondiente y, según dice la Ley, a la incorporación al patrimonio del propietario del terreno, en el caso de la edificación. Ahora bien, su incumplimiento determina, paralelamente, una consecuencia negativa *que es siempre la misma*: la posibilidad de adquisición forzosa del inmueble por la Administración Urbanística, en régimen de expropiación-sanción y con un precio tasado, o la venta forzosa también por precio previamente fijado por la norma. Además, y en el supuesto específico de que la edificación haya sido levantada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones o incompatible con el planeamiento será demolida sin indemnización, previa la instrucción del preceptivo expediente conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable.

En este sentido cabe señalar:

— Artículo 18.3. “La resolución administrativa declarando el incumplimiento a que se refiere el n.º 1 deberá dictarse previa audiencia del interesado y decidirá sobre la *expropiación o venta forzosa* de los correspondientes terrenos, cuyo valor se determinará en todo caso con arreglo a la señalada reducción del aprovechamiento urbanístico”.

— Artículo 19.2. “Este aprovechamiento (urbanístico) se reducirá en un 50% si no se solicita licencia municipal de edificación en el plazo fijado (...). En estos supuestos será de aplicación lo *dispuesto en el artículo 18.3*”.

— Artículo 22. “La falta de adquisición del derecho a edificar por causa imputable al titular del terreno determinará su *expropiación o venta forzosa*, con aplicación de la reducción del aprovechamiento señalada en el artículo 18.1”.

— Artículo 24 (extinguido el derecho a edificar). “La Administración *expropiará* los correspondientes terrenos con las obras ya ejecutadas o *acordará su venta forzosa*, según lo dispuesto en el artículo 18.3 (...)”.

— Artículo 26.1. “La edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones o incompatible con el planeamiento vigente *será demolida sin indemnización* (...)”.

Paralelamente a lo establecido en dichos preceptos, el Preámbulo de la Ley contiene una serie de afirmaciones que no hacen sino ratificar la

consecuencia única que el texto legal establece para el incumplimiento. Son las siguientes:

“Un esquema positivo coherente ha de partir del reconocimiento a toda propiedad inmueble como inherente a ella, de un valor que refleje sólo su rendimiento (real o potencial), rústico, (valor inicial en la terminología de la vigente Ley), sin consideración alguna a su posible utilización urbanística. Las plusvalías imputables sólo a la clasificación y calificación urbanística y, consecuentemente a los aprovechamientos resultantes derivan del planeamiento en la forma, con la intensidad y con las condiciones que la legislación urbanística y, por remisión a ella, dicho planeamiento determina”.

“*La valoración* de estas facultades (urbanísticas) en función de los aprovechamientos urbanísticos, sólo es aceptable y coherente para las surgidas a partir de un determinado momento del proceso de ejecución del planeamiento. Para las anteriores *su valoración* debe prescindir de aquéllos e *incorporar* sólo la posibilidad efectiva de modificación física del terreno, pues aún no se han adquirido dichos aprovechamientos”.

“El derecho a la edificación incorpora al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con arreglo a la licencia ajustada a la ordenación en vigor (...). La lógica del sistema exige una respuesta de la Administración actuante frente al incumplimiento que impide la adquisición de las facultades en cuestión. *Esta respuesta es la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad*, con la posibilidad de utilizar cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el ordenamiento vigente o la venta forzosa del terreno. Ahora bien, por elementales razones de coherencia *la valoración de los bienes expropiados o sujetos a venta forzosa* debe hacerse en función de las facultades urbanísticas efectivamente adquiridas en el momento de producirse el incumplimiento que motiva la expropiación o la sujeción a venta forzosa, teniendo en cuenta la pérdida o reducción de dichas facultades que puedan derivarse de aquél”.

De los preceptos citados y de la dicción del Preámbulo de la Ley resulta claro que la consecuencia jurídica del incumplimiento es que la facultad urbanística no adquirida no se tendrá en cuenta, a efectos de valoración, cuando se dé el supuesto de expropiación o venta forzosa. Sólo en este sentido puede entenderse que la facultad correspondiente o el valor de lo edificado no se incorpora al patrimonio del titular. Este término patrimonio debe entenderse más en un sentido económico, que en la concepción técnica civil, es decir, de situación interrelacionada o interconectada de las relaciones jurídicas propias por su pertenencia a un titular único, en la terminología ya clásica del profesor De Castro, o en el sentido

más tradicional de conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a un titular determinado.

Esta opinión, que mantiene íntegramente la vigencia del Código Civil y el contenido técnico del derecho de dominio, perfectamente compatible con la delimitación que de la propiedad lleva a cabo el planeamiento, y con su función social, en los términos que establece la Constitución, se apoya además en dos preceptos:

- El artículo 58.2 de la Ley vigente de Régimen del Suelo de 9 de mayo de 1976, que recoge el texto de la Ley de 1956 objeto de refundición: “No obstante, si no hubieran de dificultar la ejecución de los planes podrán autorizarse sobre los terrenos, previo informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo, usos u obras justificadas de carácter provisional, que *habrán de demolerse* cuando lo acordare el Ayuntamiento, *sin derecho a indemnización* y la autorización aceptada por el propietario deberá inscribirse bajo las citadas condiciones en el Registro de la Propiedad”. Este precepto obedece, con mejor terminología, al mismo criterio que la nueva Ley, si bien refiere la solución a un supuesto excepcional, mientras que el nuevo texto convierte el criterio en ordinario y aplicable a todos los supuestos de incumplimiento.
- Lo dispuesto en el artículo 77 de la propia Ley 8/90, que ha suprimido la automaticidad de los plazos que aparecía de los primeros proyectos, de forma que sólo se pone en marcha la expropiación o venta forzosa, previa notificación de la Administración actuante al propietario que incumple. En el caso de que no se produzca la actuación administrativa represora del incumplimiento no existe alteración ninguna del régimen ordinario de adquisición de lo edificado.

Creemos, a la vista del conjunto de preceptos estudiados y de las opiniones doctrinales expuestas, que el derecho del propietario a hacer suyo lo edificado que establece el artículo 353 del Código Civil, como consecuencia directa del contenido del dominio que define el artículo 348 del mismo texto, no ha sufrido alteración. En este sentido, puede afirmarse que el propietario hace suyo lo edificado, sea legal o ilegal la construcción. Si la edificación es lícita el titular del terreno y propietario de lo edificado quedará definitivamente exonerado del peligro de una expropiación-sanción, en que no se tenga en cuenta el valor de la obra y del riesgo de su demolición forzosa. Ahora bien:

a) Si la edificación incurre en ilícito por no darse las circunstancias previstas en el artículo 26.1 y se produce la demolición forzosa, ello lleva consigo una doble consecuencia:

- La demolición o derribo no dará lugar a indemnización (“no se incorpora al patrimonio”).
- El propietario perderá el dominio de lo edificado por aplicación inversa de lo dispuesto en el artículo 353 del Código Civil.

b) Si la edificación se produjo con licencia, que contraviniera la ordenación urbanística y que posteriormente fuera declarada ilegal, dentro de los plazos de caducidad y prescripción previstos por la Ley, el propietario perderá el dominio de la edificación y no será indemnizado de su valor. Sin embargo, tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios en caso de que la ilegalidad fuese imputable exclusivamente a la Administración que concedió la licencia, tal y como señala el artículo 232 y concordantes de la Ley vigente de 9 de abril de 1976.

c) Si la edificación se produce con licencia que sea conforme con el planeamiento, pero la edificación excediere del aprovechamiento apropiado permitido, en función del aprovechamiento tipo del área de reparto, la construcción se mantiene y el valor del aprovechamiento apropiado objeto de edificación no sufre alteración, pero el valor del exceso del aprovechamiento apropiado sobre el lucrativo que el Plan permite al propietario, deberá ser abonado a la Administración, según señala el artículo 28.1 de la nueva Ley.

Por tanto, en el ámbito civil la adquisición dominical se produce con la edificación y se pierde con la demolición, si bien, en el ámbito urbanístico una y otra darán lugar a consecuencias diferentes, en orden a su valoración e indemnización, según cual sea el grado de irregularidad de lo edificado, la responsabilidad de la Administración y el contenido y eficacia temporal de la resolución administrativa o judicial del expediente de disciplina.

B) Eficacia de la inscripción

Tiene que ser correlativa con lo dicho anteriormente sobre el alcance civil de las disposiciones vigentes en materia de obra nueva.

En cuanto a la eficacia ordinaria de la inscripción de obra nueva, en sus dos primeros aspectos, es decir como reflejo de la modificación descriptiva de la finca y de la adquisición del derecho sobre lo edificado, la cuestión ya se ha visto con detalle a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, en el ámbito del tercero de los aspectos citados, es decir, como expresión de legalidad de la obra, cabe señalar lo siguiente:

- a) La Disposición Adicional Décima de la Ley 8/90, recogiendo cri-

terios que ya estaban expresados en diferentes normas autonómicas, concretamente en materia de obra nueva en el artículo 17 de la Ley 7/90, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística en Canarias, señala ya que las notas marginales que se practiquen respecto de los actos y acuerdos que acceden al Registro, salvo que otra cosa se establezca expresamente, no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística (de la finca) en el momento a que se refiera el título que las originó.

b) El artículo 27.1, para el supuesto de que la edificación se produjere con licencia posteriormente declarada ilegal, después de señalar que la edificación no quedará incorporada al patrimonio del propietario, tema del que ya nos hemos ocupado, señala que la resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad "para su debida constancia".

c) En la doctrina hipotecaria se va afirmando de forma progresiva la distinción entre dos tipos de publicidad: de una parte, la publicidad eficacia, entendida esta en el sentido clásico y en sus diferentes manifestaciones de legitimación y fe pública; de otra, la publicidad noticia, que responde al criterio de colaboración del Registro con otras instituciones o administraciones con competencia en la ordenación del territorio.

Aunque el estudio de esta distinción excede con mucho de la intención de este trabajo, puede destacarse una idea esencial: mientras que en el ámbito de la publicidad eficacia, los asientos registrales provocan una especial situación jurídica de los derechos que publican, en el de la publicidad noticia el Registro no añade efecto especial alguno a la situación jurídica publicada. Esta surtirá la eficacia que le es propia, acceda o no al Registro.

A este último ámbito de publicidad creemos que responde la dicción del artículo 25.2, interpretado en función de las dos normas citadas. Si en el plano civil no ha sufrido modificación la legislación privada contenida en el Código, el efecto de la inscripción de obra nueva, en el último aspecto que se estudia, ha de concretarse a dar noticia a quién consulte al Registro de la situación de licitud presunta (artículo 25.1), de ilicitud anunciada (anotación preventiva de iniciación del expediente de disciplina o de la demanda en procedimiento contencioso sobre la ilegalidad de la licencia) o de la ilicitud declarada (artículo 27.1, inciso segundo).

Las consecuencias de esa publicidad noticia no afectan al dominio en sentido propio hasta que se produzca, en su caso, la demolición, pero sí advierten a quién contrata confiado en el Registro de las consecuencias de la situación de ilegalidad en que puede haber incurrido su transmitente.

Sin embargo, hay un supuesto específico en que la Ley da un mayor contenido a la inscripción y sitúa la eficacia del asiento en parte en el

ámbito de la publicidad noticia y en parte de la publicidad eficacia. Nos estamos refiriendo al contenido del artículo 28.1, que, después de señalar la obligación del titular del terreno de satisfacer a la Administración el valor urbanístico del exceso del aprovechamiento apropiado sobre el aprovechamiento apropiable, establece que “sólo quedarán excluidos de dicha obligación los terceros adquirentes de buena fe amparados por la protección registral, sin perjuicio de que la Administración pueda reclamar el pago al propietario inicial de la edificación u otras personas que le hayan sucedido”. Se entiende, en estos últimos casos, que por no reunir los terceros el requisito de la buena fe.

Si se analiza la situación con detalle puede observarse que la relación jurídica respecto de la que el adquirente tiene la condición de tercero protegido en sentido clásico, no es el dominio de la finca ni de lo edificado sobre ella, sino la obligación de pago del exceso que el propio artículo impone. La razón de ser del precepto debe buscarse en el ámbito de un supuesto especial de responsabilidad de la Administración por incumplimiento del deber de notificar al Registro la resolución recaída, y sería una excepción, prevista por la Ley al efecto ordinario de la publicidad noticia, en los términos previstos por la Disposición Adicional Décima, apartado Tercero, número 3, inciso segundo.

C) Aplicación temporal y espacial del artículo 25.2

Con carácter previo al estudio de estas dos cuestiones es conveniente profundizar un poco sobre lo dicho anteriormente en relación con la ubicación sistemática del artículo 25.2 y sobre la naturaleza de la norma.

La legislación urbanística moderna contiene, ya a partir de la Ley de 1956, disposiciones de naturaleza registral que se someten a un principio normativo común, el contenido en el vigente artículo 221 de la Ley del Suelo, texto refundido de 9 de abril de 1976, que recoge lo establecido en el artículo 318 de la antigua Ley de 1956. Dicho precepto, después de declarar la posibilidad de acceso al Registro de los actos administrativos a que se refiere la norma, establece que la inscripción “se sujetará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”; en definitiva, se produce una remisión plena a los principios derivados del sistema registral, con independencia de que la fuente formal de la norma hipotecaria sea una ley registral, propiamente dicha, o una disposición legal dirigida a la ordenación del territorio.

De hecho, en la legislación urbanística proliferan las normas de carácter registral, que no es cuestión de analizar, ni siquiera de enumerar, en este trabajo, pero respecto de las cuales cabe señalar que se dirigen funda-

mentalmente a determinar los actos inscribibles en los que pudiera denominarse segunda fase de transformación del suelo, es decir de gestión y de garantía de la obligación de urbanizar (15).

Además, es cada vez más frecuente, últimamente, la aparición de textos legales, especialmente de origen autonómico, que imponen o regulan la aplicación de la técnica registral como actividad colaboradora de la disciplina urbanística. No es que la calificación del Registrador se considere como labor de policía, sino que ésta, competencia exclusiva de la Administración urbanística, se auxilia de los principios de legalidad y publicidad que integran el sistema registral.

Se trata de una posición de equilibrio entre instituciones, que debe tratarse con delicadeza, pues ni el Registrador tiene competencia alguna en el ámbito urbanístico, ni la Administración puede operar fuera de los esquemas propios de los principios hipotecarios de legalidad y publicidad. Pero tampoco es lícito, en un estado moderno, una absoluta independencia entre una institución publicitaria de derecho privado, de la transcendencia del Registro, y la actuación disciplinaria de las Administraciones Públicas (16).

La Ley 8/90, en su Disposición Adicional Décima, declara ya este principio en su apartado primero, especialmente en sus números 3, 4, 6, 7 y 8, y específicamente en su artículo 25.2 referido a las obras nuevas.

La cuestión radica en si el artículo 25.2 responde a criterios normativos generales distintos a los que han de aplicarse a la Adicional Décima, y en definitiva, al resto de las disposiciones de naturaleza registral contenidas en normas urbanísticas de ámbito estatal.

La respuesta parece que debe ser negativa. Todos los preceptos registrales, cualquiera que sea la fuente formal en que se contengan, deben

(15) Con más amplitud tratan este tema dos trabajos del autor de este artículo. "La Planificación urbanística y el Registro de la Propiedad" Comunicación dirigida al IV Congreso de Derecho Registral. México 1980 "La gestión urbanística y el Registro de la Propiedad". Jornadas sobre urbanismo y publicidad registral. Valladolid 1988.

(16) JOSÉ LUIS LASO, en el artículo citado en nota 12, expresa la idea con la claridad que le caracteriza "la razón es bien sencilla, la institución registral es parte integrante de la estructura del Estado de Derecho proclamado por la Constitución, del mismo modo que lo es la institución notarial. Al formar parte ambas de las instituciones de un Estado de Derecho, no es concebible que alcancen protección entre ellas actos que se acogan a su régimen si estos actos carecen de legitimidad, en cualquiera de los ámbitos de que procedan, como es el urbanístico. Pretender que el Notario o el Registrador actúen respecto de ellas dándoles la tópica función a sus instituciones de zonas exentas no es hoy concebible cuando la ordenación y el uso del suelo han alcanzado la categoría de funciones públicas sólo protegibles en sus efectos si estos son conformes con el planeamiento o con los actos de la Administración interviniente, por lo que, en última instancia, su intervención es pura consecuencia de la aplicación del principio de legalidad".

ajustarse a los mismos principios, incardinarse dentro del mismo grupo normativo y someterse a similares criterios en cuanto a su ámbito de aplicación temporal y espacial.

Si se acepta otra opinión, basada en la colocación sistemática de tal o cual precepto, la solución interpretativa de cada uno de ellos será imposible. Por ello, defendemos que a todos los preceptos de naturaleza registral le son aplicables dos principios, no discutidos en nuestro derecho:

- Tienen naturaleza de disposiciones civiles, entendidas estas en el sentido amplio y comprensivo que resulta de la dicción de los artículos 605 a 608 del Código Civil, y de la remisión genérica a la legislación hipotecaria contenida en este último.
- Tienen naturaleza de normas específicamente reservadas a la competencia exclusiva del Estado, según resulta de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.º de la Constitución, que incluso acentúa este régimen respecto del resto de la legislación civil, al utilizar respecto de tales disposiciones la frase “en todo caso”, lo que no ocurre en el inciso primero del número citado.

Ambos principios se consideran esenciales en la solución de las cuestiones contenidas en este apartado. La primera en lo que se refiere a la aplicación temporal del artículo 25.2; la segunda, a su aplicación espacial o territorial.

a) Derecho Transitorio

Esta cuestión fue una de las más discutidas a partir de la publicación de la Ley debido a dos razones: de una parte, su gran transcendencia práctica; de otra, la desafortunada supresión “por vía de corrección de erratas”, que llevó a cabo el *BOE* en relación a una Disposición Transitoria Octava según la cual el artículo 25.2 no sería aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizadas al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la Ley.

Toda la doctrina ha criticado unánimemente el procedimiento de supresión por razones obvias, y concretamente Rafael Flores Micheo, en una de las “cartas pastorales” que dedica a los que hace el honor de considerar sus amigos, por el ingenio, la gracia y la profundidad que le caracterizan siempre.

Lo cierto es que la Ley no contiene disposición transitoria alguna directamente aplicable al artículo 25.2. ¿Cuál es entonces la situación?

Conviene llevar a cabo unas precisiones previas:

- La Disposición Transitoria Sexta de la Ley se refiere al ámbito propio de “la incorporación al patrimonio del titular del terreno de

facultades urbanísticas”, es decir a la consecuencia negativa para el titular de la expropiación o venta forzosa, si se dá el incumplimiento de los correlativos deberes urbanísticos, y además la notificación prevista en el artículo 77, cuyo plazo temporal coincide, por otra parte, con el señalado en la Transitoria citada.

- La materia del derecho transitorio, a falta de disposiciones específicas, se rige por las normas generales contenidas en el Código Civil.
- El Reglamento Hipotecario, si existe laguna legal, puede perfectamente señalar criterio de derecho intertemporal en el ámbito registral, como hace, por ejemplo la actual Disposición Transitoria única del texto vigente.
- En la declaración de obra nueva hay que distinguir, otra vez, dos aspectos: el relativo a la declaración formal auténtica e inscribible y el del hecho a que se refiere, es decir el de la construcción que provoca la adquisición del dominio por accesión.

Por tanto, con independencia de que el futuro Reglamento Hipotecario señale otro criterio, las cuestiones de derecho transitorio habrán de resolverse a la luz de los preceptos aplicables a las disposiciones de naturaleza civil, dado el silencio “sobrevenido” de la Ley 8/90, de 25 de julio.

La doctrina dominante (González Pérez, Laso, Chico Ortiz) (17) tienden a aceptar como criterio interpretativo la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de 25 de julio de 1990, en relación con el artículo 9.º del Decreto Ley de 16 de octubre de 1981, para concluir en que las declaraciones de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley son inscribibles en todo caso, y que las de fecha posterior lo serán también cuando se refieran a obras cuya terminación probada sea anterior en cuatro años a la entrada en vigor de la Ley.

Parecido criterio es el señalado en el artículo 15 de la Ley 7/1990, de 14 de mayo, de la Comunidad Autónoma Canaria que establece la posibilidad de inscripción, cuando la escritura de fecha posterior se refiera a una obra respecto de la cual se haya declarado prescrita por la Administración o por los Tribunales la correspondiente infracción urbanística en que dicha obra hubiere incurrido.

Buenaventura Camy mantiene un criterio contrario en base a los principios básicos de aplicación general contenidos en nuestro derecho sobre materia transitoria. En este sentido, entiende que si la obra ha concluido, y así se prueba, antes de la entrada en vigor de la Ley, el título es inscri-

(17) Ver notas 11, 12 y 13

bible, pues lo contrario supondría una alteración sustancial del principio de irretroactividad.

La posición que se va a defender coincide más con la de Camy que con la que toma como referencia la Transitoria Sexta o el plazo de caducidad de la acción de disciplina urbanística.

En efecto, si, como señalábamos antes, la escritura de declaración de obra nueva constituye la expresión de la voluntad negocial dirigida a la inscripción de una modificación objetiva de la finca y de la adquisición de un derecho, tanto la declaración como el derecho surgido del hecho a que se refiere, si se producen dentro de la vigencia de la legislación anterior surtirán todos sus efectos conforme a ella, de acuerdo con lo establecido en las Disposiciones Transitorias 1.^a y 2.^a del Código Civil.

Podría objetarse a esta postura:

- Que la supresión de la Transitoria Octava de la Ley 8/90 supone la intención del legislador de aplicar el nuevo régimen a todas las situaciones anteriores. Sin embargo, lo cierto es que una interpretación tan forzada, sobre todo a la vista de la forma de supresión, no puede romper el principio de irretroactividad de la Ley que establece el artículo 2.3 del Código Civil.
- Que la Transitoria Sexta de la Ley 8/90 no permite la incorporación al patrimonio del titular de obras concluidas en el período de cuatro años, inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Ley, salvo en suelo clasificado como no urbanizable. Sin embargo, esta norma directamente aplicable al artículo 25.1, 27.1 y concordantes, difícilmente puede considerarse aplicable a una norma de naturaleza estrictamente registral y notarial, pese a su ubicación sistemática.
- Que los derechos nacidos y no ejercitados bajo el régimen de la legislación anterior, se ajustarán, para hacerlos valer, a lo dispuesto en la Ley posterior, según la Transitoria 4.^a del Código Civil. Sin embargo, esta norma tiene naturaleza estrictamente procesal, como resulta de su último inciso, y no se compagina con los efectos sustantivos que provoca la inscripción registral.

Por tanto, parece perfectamente defendible, y más coherente con los principios del sistema, entender que las declaraciones de obra nueva anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley e, incluso, las de fecha posterior referidas a una edificación concluida antes de dicha fecha, son inscribibles sin necesidad de aportación de la documentación a que se refiere el artículo 25.2 de la Ley de 25 de julio de 1990.

Sin embargo, no puede aplicarse el mismo criterio a las hipotéticas declaraciones de obra nueva, de fecha posterior a la entrada en vigor de la

Ley, que se refieran a obras en proyecto o comenzadas, aún cuando especifiquen que dicho proyecto o que el comienzo de la obra, es anterior a la entrada en vigor, puesto que el hecho determinante de la accesión todavía no se ha producido en estos casos y, por tanto no resulta aplicable la Transitoria 1.^a del Código Civil. La realidad es que el caso puede considerarse de laboratorio.

b) Las cuestiones de aplicación territorial

También esta materia ha preocupado mucho en la práctica. Puede estudiarse en tres aspectos distintos, según cual sea el ámbito de aplicación que se discuta:

1) La clasificación del suelo

José Luis Laso se inclina a pensar que la disposición no es aplicable al suelo no urbanizable, dada la colocación sistemática del precepto y el distinto tratamiento que, en cuanto a atribución de deberes urbanísticos, establece la Ley para este tipo de suelo a diferencia del clasificado como urbano o urbanizable.

Sin embargo, parece que, en función de lo señalado anteriormente, la posición más defendible debe ser la contraria; si la finalidad del artículo 25.2 es que las instituciones notarial y registral colaboren con la actividad administrativa sobre disciplina urbanística, en cuanto sea exigible la licencia, ésta deberá ser aportada a la escritura de declaración de obra nueva.

Otra cosa será la cuestión de los requisitos exigidos para la construcción, según el tipo de suelo de que se trate y que resultan, no de la Ley 8/90, sino de los artículos 84, 85 y concordantes de la Ley de Régimen del Suelo de 9 de mayo de 1976, o cual sea el régimen de adquisición de facultades y la correlativa valoración del inmueble, cuestiones de gestión o disciplina urbanística, que no afectan de forma directa al principio de colaboración con la legalidad a que responde el precepto que se comenta.

2) Tamaño de los municipios

Nace la discusión de la literalidad de la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/90, según la cual dicha Ley se aplicará con carácter general, en los términos de la Disposición Final 1.^a, a los municipios de población superior a veinticinco mil habitantes y a los comprendidos en los entornos metropolitanos delimitados por la correspondiente Comunidad Autónoma. Por su parte, la Final 1.^a dispone que tienen el carácter de legislación básica, en virtud de lo previsto en el artículo 149.1, 1.º, 8.º, 13.º, 18.º y 23.º de la Constitución, los siguientes artículos (...) 22 a 26.

Sobre la base de estos preceptos se sostuvo, en un primer momento, el criterio de que el artículo 25.2 sólo tendría el carácter de aplicable con carácter inmediato a los municipios de más de veinticinco mil habitantes.

La posición que aquí se defiende es distinta y parte de que dicho artículo es aplicable a todo tipo de municipios, con carácter inmediato y para todos los casos en que se exija licencia. También es la opinión de José Luis Laso, que se apoya en la dicción del n.º 3 de la Adicional Primera, según la cual, incluso en los municipios donde la Ley no sea de aplicación general, regirán las disposiciones sobre adquisición sucesiva de facultades, entre las que se sitúa el artículo 25.2.

Nuestro criterio es el mismo, pero se apoya en diferentes argumentos:

- De una parte, como ya se ha indicado varias veces, no parece que el 25.2 se refiera directamente a la adquisición de facultades, consecuencia positiva del cumplimiento de deberes urbanísticos, sino a una finalidad de colaboración entre instituciones del Estado, por lo que debería haberse situado dentro de la Adicional Décima.
- De otra, el grupo normativo de disposiciones hipotecarias, es decir, la Adicional Décima, de la misma naturaleza que el artículo 25.2, es de aplicación plena según la Final 1.ª.2.
- Por último, por la propia "ratio" del precepto. Los problemas de control de la legalidad urbanística tanto afectan a municipios de gran población como de escaso número de habitantes, si nos estamos refiriendo al censo oficial. Municipios turísticos de muy escasa población de derecho plantean problemas gravísimos de disciplina urbanística, sobre todo en los de tipo turístico. En este sentido, en auto del Presidente del Tribunal Superior de Cataluña, de fecha 13 de febrero de 1991, se desestima el recurso gubernativo, presentado ante el Registrador de la Propiedad de La Bisbal, provincia de Gerona, en el que se pretendía la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva en un municipio de menos de veinticinco mil habitantes, sin cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25.2, y que fue objeto de calificación negativa.

El Auto ha sido confirmado por Resolución de la Dirección General de fecha 6 de septiembre de 1991 (*BOE* de 14 de octubre), donde se sienta que la licencia y la certificación facultativa ha de ser exigida siempre, cualquiera que sea el número de habitantes, pues así resulta de la Disposición Adicional 1.ª, números 1 y 3, y Disposición Final 1.ª, número 1, de la Ley que dispone el carácter de legislación básica de los artículos 11 y 25, al ser normas sobre adquisición gradual de facultades urbanísticas.

3) *El problema autonómico*

También se ha discutido si el artículo 25.2 es aplicable a territorios autonómicos, cuya Administración tiene competencia exclusiva en materia de urbanismo, e incluso, si la disposición podría modalizarse o sustituirse por preceptos legislativos, aprobados en virtud de la propia competencia de la Comunidad.

De acuerdo con los criterios que venimos exponiendo la respuesta creemos que debe ser afirmativa a la primera cuestión y negativa a la segunda.

- En cuanto a la aplicación territorial, si se considera el precepto como norma incardinada dentro del grupo normativo de disposiciones registrales, la competencia sobre este corresponde “en todo caso” al Estado, según resulta del artículo 149.1-8.º de la Constitución y, por tanto, sus preceptos son de aplicación a todo el territorio.

Lo que si cabe es que la legislación civil propia de cada Comunidad establezca diferentes negocios o derechos susceptibles de inscripción, en cuanto que el inciso primero del número 8.º citado exceptúa de la competencia exclusiva del Estado las especialidades autonómicas en materia civil. También es posible que, en ejercicio, de su competencia exclusiva en materia urbanística, las Comunidades Autónomas se refieran a actos administrativos de diferente contenido, que pueden ser inscritos en los términos previstos en el artículo 221 de la Ley de 9 de mayo de 1976 o en la Disposición Adicional Décima de la Ley 8/90.

Ahora bien, la forma de ingreso en el Registro, así como las características y la eficacia de sus asientos se reserva a la definición del Estado por aplicación directa de la Constitución.

- En cuanto a la posible modalización o modificación de la norma por las Comunidades Autónomas, parece evidente en función de lo que anteriormente se ha señalado, que la misma no es posible dada la competencia exclusiva y absoluta que la Constitución reserva al Estado en materia notarial y registral. Por tanto no cabe tampoco su desarrollo, puesto que, por razones de concepto, ya que no de ubicación sistemática, debe considerarse norma de aplicación plena y no de legislación básica, criterio que señala con toda claridad la propia Ley de 25 de julio para su Adicional Décima.

En este sentido, aunque una serie de disposiciones autonómicas se han venido refiriendo a materia registral, ante el vacío de la legislación estatal, puede perfectamente entenderse que las nuevas disposiciones hipotecarias contenidas en el artículo 25.2 y en general

en toda la Ley de 25 de julio de 1990, derogan automáticamente, en todo lo que se les oponga las normas autonómicas anteriores, no por aplicación del principio de jerarquía sino del principio de competencia, característico de la organización autonómica del Estado.

Por esta razón estimamos aplicable el artículo 25.2 incluso a la Comunidad Canaria, a pesar de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 7/90, de 14 de mayo, de dicha Comunidad (18).

No olvidamos, sin embargo, que la materia competencial es extraordinariamente compleja en el tratamiento constitucional actual, y más en este momento en el que todo se discute en relación al Título VIII de la Constitución.

En conclusión creemos que el artículo 25 carece de efectos retroactivos, tanto en cuanto a la declaración propiamente dicha, como en cuanto al hecho probado de la terminación de la obra nueva, cuando una y otro sean anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley, y que en lo que se refiere a su vigencia espacial es aplicable a todo el territorio del Estado, a todos los municipios y a todo tipo de suelo, cualquiera que sea su clasificación según el Plan, siempre que la edificación esté sujeta a licencia.

D) Acceso al Registro de la terminación de la obra nueva en construcción previamente inscrita

La solución adoptada por la Ley es que la terminación de la obra nueva se hará constar en el Registro mediante acta notarial a la que se incorpore el correspondiente certificado.

Ya se ha señalado anteriormente que el precepto es novedoso y que no tiene otro precedente, además de la práctica aislada de algunas escrituras públicas, que el artículo 99 del Decreto 2114/68, de 24 de julio.

Plantea, en esta materia, el artículo 25.2 una serie de cuestiones:

(18) LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS MANCHA mantiene un criterio parecido en una exposición muy completa que dedica a la materia y en la que concluye: "en resumen el régimen jurídico será el siguiente: aplicación de los artículos 14 y 15 de la LDU, con el nuevo requisito de la certificación (el carácter básico del artículo 25.2 no lo impide [...]), o dar carácter bifronte al artículo 25.2 (25.1 Legislación básica y 25.2 plena). El efecto jurídico sería el mismo, se aplicaría el artículo 25 complementando su regulación con el contenido-desarrollo de los artículos 14 párrafo 2.º y 15.2 LDU" Régimen Jurídico del Suelo en Canarias. *BCNR*, n.º 274, enero de 1991.

a) Tipo de acta notarial

De las distintas modalidades de acta a que se refiere la legislación notarial, parece evidente que la prevista en el artículo 25.2 responde al tipo de las de protocolización a que se refieren los artículos 211 y siguientes del Reglamento Notarial.

En efecto no se trata de acreditar notarialmente el hecho de la terminación, lo que daría lugar a un acta de presencia o, en su caso, a un acta de notoriedad. Por el contrario, el hecho de la terminación resulta de la certificación del técnico y a él debe atribuirse la responsabilidad, en caso de falsedad sobre el hecho de la terminación o la adecuación de la obra a la licencia.

El acta, en este caso, debe incorporar el certificado por carecer este documento de las características de autenticidad y de conservación protocolaria propios de los de tipo notarial. La técnica es distinta que la utilizada por el artículo 99 del Decreto 2114/68, pero hay que tener en cuenta, que en el supuesto previsto por dicho precepto, el hecho de la construcción terminada resulta de la Cédula de Calificación Definitiva, que sí tiene el carácter de documento público de origen administrativo, en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, lo que permite su acceso directo al Registro.

b) Legitimación activa

La cuestión es muy interesante en la medida en que el documento de que estamos tratando, es decir, el acta de incorporación del certificado técnico acreditativo del hecho de la terminación de la obra, tiene por objeto exclusivo la constatación de aquel y no implica una declaración negocial, ni sobre la modificación descriptiva de la finca en el Registro, ni sobre la adquisición del dominio, a menos que en este punto se considere como cumplimiento de condición en los términos del artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 56 de su Reglamento, lo que en realidad no es posible puesto que, como veíamos antes, dichos preceptos se refieren a condiciones propias, es decir, sucesos futuros e inciertos no dependientes de la voluntad del titular.

En este caso la descripción de la finca y la adquisición del derecho sobre la misma ya han entrado en el Registro. Por tanto, no parece que sean aplicables al acta, o al requerimiento dirigido al Notario para su autorización, los requisitos de legitimación que exigen los principios de consentimiento y tracto para la declaración de obra nueva en sentido propio.

En este sentido, creemos que parece evidente la posibilidad de admitir dicha legitimación al menos en los siguientes casos:

- Para el comunero en régimen de proindivisión, puesto que la alteración registral de la cosa común ya se ha producido con anterioridad.
- Para la comunidad de propietarios del edificio constituido en propiedad horizontal, puesto que se trata de un acuerdo que no altera el régimen del inmueble ni el contenido de los derechos exclusivos o comunes de sus titulares.

Sin embargo, no parece lógico admitir esta posibilidad para el propietario aislado de un elemento de propiedad exclusiva en un edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, ni en cuanto a su piso o local, puesto que tendría que referirse necesariamente a elementos comunes, ni en cuanto al inmueble en su conjunto, pues todos los actos, de la naturaleza que sean, referidos a aquel, están reservados por la Ley a la Junta de Propietarios.

- Para quién declaró originariamente la obra nueva, puesto que la constatación registral de dicha terminación es un deber que la propia Ley impone y que supone para el declarante la liberación de responsabilidades frente a la Administración y frente a terceros que hayan adquirido el edificio, en todo o en parte, durante la construcción y que, en esta fase, hayan inscrito sus derechos.
- Para quién acredite ser el contratista de la obra por similares razones a las señaladas en el apartado anterior respecto de sus obligaciones con el dueño del terreno.

Otro problema, que excede del ámbito de este estudio, será la responsabilidad fiscal por la posible aplicación al acta notarial del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

c) Tipo de asiento

Parece claro que debe ser la nota marginal, como han señalado unánimemente los comentaristas de la Ley y resulta, además, de la aplicación analógica del artículo 56 del Reglamento Hipotecario y del precedente contenido en el artículo 99 del Decreto 2114/68 varias veces citado.

d) Plazo para hacer constar registralmente la terminación y sanción en caso de incumplimiento

El artículo 25 se limita a señalar que el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de esta. No especifica si esa constatación es la notarial o la registral. Parece, por interpretación sistemática del propio texto, que se refiere a la constatación registral, aunque también podría argumentarse lo contrario, sobre todo a la vista de lo que luego se señala.

Por otra parte, la obligación impuesta al propietario carece de sanción explícita en el Texto legal, en caso de que tenga lugar su incumplimiento.

González Pérez ha estimado, en sus comentarios a la nueva Ley a que antes se ha hecho referencia, que la consecuencia de dicho incumplimiento será la cancelación de la inscripción de obra nueva, mediante la presentación en el Registro de certificación de la resolución por la que se declare incumplido el deber de edificar o caducada la licencia.

La opinión de González Pérez puede exceder de lo pretendido por el artículo 25.2. Parte el citado autor de que la inscripción de la obra en proyecto o en construcción queda condicionada al hecho de que se presente el certificado final de obra en el plazo de tres meses a partir de la terminación.

La realidad, sin embargo, es que el texto legal no señala nada sobre dicho condicionamiento, que de admitirse produciría consecuencias gravísimas respecto de los derechos de terceros inscritos por posterioridad al asiento de obra nueva. Pensemos, por ejemplo, en que se haya constituido propiedad horizontal, o en que, constituida hipoteca, fuere de aplicación el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, por resolución del derecho del hipotecante.

Quizá podría entenderse que la constatación registral de la terminación de la obra nueva tiene por finalidad el reflejo tabular del cumplimiento de los deberes urbanísticos que implican, a su vez, la valoración ordinaria de la obra realizada, precisamente por su adecuación a la licencia concedida.

Este reflejo registral es evidentemente obligatorio y, por tanto, exigible, tanto por la Administración como por cualquier tercer adquirente del dominio o de otros derechos sobre la finca inscrita, sin necesidad de que la obligación correspondiente haya de ser pactada previamente en el título constitutivo o traslativo del derecho.

En este sentido, la obligación existe y es exigible, y su incumplimiento daría lugar, no a la cancelación de la inscripción de la obra nueva en construcción, sino al no reconocimiento expreso de la valoración por parte de la Administración, o a las consecuencias previstas en el título consecutivo o traslativo del derecho correspondiente a quién exige su cumplimiento. Por ejemplo, la negativa del acreedor hipotecario a la entrega de parte del capital del préstamo, o a efectos más drásticos si éstos se hubieren pactado.

E) Cancelación de la inscripción de obra nueva

En orden a la cancelación, además de lo dicho anteriormente al comentar la posición de González Pérez, es necesario tener en cuenta los siguientes supuestos:

a) Obra nueva inscrita en proyecto o comenzada

La inscripción de obra nueva en proyecto o en construcción puede, lógicamente, ser cancelada por escritura de rectificación de la que provocó la inscripción de obra nueva, en la que se solicite expresamente la práctica del asiento de cancelación. En este caso lo lógico sería exigir la nueva licencia y la certificación correspondiente del técnico, cuando se trate de declarar una obra nueva diferente en sustitución de la que ha de ser objeto de cancelación.

Ahora bien, cuando lo pretendido sea exclusivamente la cancelación, para reducir el terreno a su descripción originaria, podría plantearse la duda de si sería necesario certificación administrativa o acta de notoriedad de que la edificación está todavía sin comenzar o de que han desaparecido las obras iniciales. Nos inclinamos a esta idea en base al principio de coordinación de la descripción registral con la realidad extrarregistral, que evidentemente forma parte de la razón de ser del precepto que se comenta.

b) Obra nueva concluida

La cancelación de la inscripción de obra nueva concluida, en la medida en que se ha producido ya el hecho determinante de la adquisición del dominio, es decir, la accesión industrial sobre la finca, parece que solamente puede practicarse en virtud del título que acredite el derribo total o parcial de la edificación, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 79, 80 y concordantes de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento. Dentro de esta regla general podrían distinguirse los siguientes supuestos:

- Si la edificación ha sido derribada total o parcialmente como consecuencia de expediente de disciplina urbanística instruido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 26.1 y concordantes de la Ley 8/90, de la Ley de 1976 y del Reglamento de Disciplina Urbanística, sería título suficiente la certificación administrativa que acredite la realidad de la demolición.

Ahora bien, la simple declaración administrativa de ilegalidad de la obra parece que no constituye título suficiente para la cancelación, sino solamente para la constatación registral de esa circunstancia, como hemos visto anteriormente al tratar de la eficacia de la inscripción.

- Si la legalidad de la licencia resulta de sentencia firme en procedimiento Contencioso-Administrativo, iniciado para impugnar la validez de aquella, el problema se plantearía si el fallo ordena expresamente la cancelación de la inscripción de obra nueva.

En este caso, si el hecho del derribo no resulta acreditado, se plantea la duda de si la cancelación ha de practicarse sin otro requisito, o debe depender de la demolición efectiva, en trámite de ejecución de la sentencia firme. Nos inclinamos a la última posición, puesto que la demolición parece presupuesto indispensable para la adecuación de la descripción de la finca a la realidad extrarregistral.

Mientras tanto, la sentencia debe constar en el Registro en los términos previstos en el artículo 27.1, es decir con efecto de publicidad noticia, pero sin provocar el asiento de cancelación.

- Cuando el derribo no obedece a una actuación administrativa imputada sino que se produce como consecuencia de la voluntad del titular, podría plantearse la cuestión de si es necesario acompañar al título declarativo de la desaparición física de la edificación la correspondiente licencia de demolición y el certificado técnico acreditativo de que ésta se ha producido. Lo lógico, por aplicación del principio de coordinación antes aludido, sería la exigencia de esta documentación complementaria, pero lo cierto es que en estos instantes la Ley no se refiere para nada al supuesto.

Puede decirse por tanto que en la cancelación de la inscripción de obra nueva los principios a aplicar serían los mismos que en su inscripción, tanto en lo que se refiere a la adquisición del derecho, como en cuanto a su publicidad, si bien en este supuesto con aplicación inversa, como hace también la Ley Hipotecaria al predicar el principio de publicidad del asiento negativo de cancelación.

CONCLUSION

El nuevo texto legal no ha modificado las disposiciones civiles y registrales sobre el principio de accesión y los efectos típicos de la inscripción registral. Por el contrario, ha resuelto un problema grave de coordinación, cuya solución venía siendo pedida por la sociedad y por la doctrina registral más avanzada, y ha establecido una distinción sobre la publicidad eficacia en sentido propio y la publicidad noticia que puede resultar muy sugerente en el desarrollo posterior de la nueva Ley y del conjunto de la normativa registral. Es verdad, sin embargo, que su terminología no es acertada, que su sistemática es deficiente y que sin un desarrollo reglamentario preciso sus disposiciones son de difícil y, a veces, dudosa interpretación. Por otra parte, no cabe duda de que la aplicación del artículo 25.2 de la Ley de 25 de julio de 1990 plantea muchos más problemas prácticos

que los que se han enumerado en este trabajo. De ellos pueden destacarse los relativos a la relación entre la declaración de obra nueva y la constitución de régimen de propiedad horizontal, que por su extensión deben ser objeto de otro estudio o aquellos que se refieren al contenido de la certificación, a la forma de la licencia, según se haya obtenido por resolución expresa o por silencio, los relativos a la calificación del técnico competente, etc... De su posible solución actual, en tanto se publica el texto reglamentario, han tratado ya trabajos de otros juristas más calificados que el autor de estas notas. Puede citarse concretamente el publicado por José Luis Laso en esta misma revista que anteriormente fue objeto de comentario.

Por esta razón, más que un comentario completo de las posibilidades de interpretación del artículo 25.2, lo pretendido en este estudio ha sido la expresión de una meditación, quizá excesivamente personal en algún punto, en torno a las características, el origen y la razón de ser de la declaración de obra nueva y sobre la incardinación de la nueva legislación en el contexto registral vigente.

RAFAEL. ARNÁIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad

La intervención del “técnico competente” del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo *

SUMARIO · I. PLANTEAMIENTO. — II. ORIGEN DEL ARTICULO — III. AMBITO DE APLICACION — IV. ALCANCE Y MODALIDADES DE LA INTERVENCION DEL TECNICO — V. EL TECNICO COMPETENTE — VI. OTRAS CUESTIONES

I. PLANTEAMIENTO

Por la Ley de 25 de julio de 1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo se ha realizado un notable intento de coordinación de la materia urbanística con el Registro de la Propiedad. Para dicho intento se cuenta con la Disposición Adicional Décima de la Ley, con carácter general, la cual ha de ser desarrollada reglamentaria-

* El texto corresponde a una conferencia pronunciada el 13 de marzo de 1991 en el Colegio de Arquitectos de Alicante en un curso organizado sobre la Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo. Por tanto, el enfoque del tema está pensado para un determinado auditorio y quedan fuera algunas cuestiones notariales y registrales. No obstante, en cuanto que a pesar de ello se abordan puntos de interés para la actuación de Notarios y Registradores de la Propiedad se ha considerado oportuna su publicación.

mente. Pero también existe un artículo específico que va dirigido a regular la conducta de Notarios y Registradores de la Propiedad y cuya aplicación práctica se ha convertido desde el primer momento en el punto de vigencia más inmediata de todo el complicado entramado legal establecido. Este precepto es el artículo 25.2 de la Ley, el cual analizaremos desde la perspectiva del técnico competente cuya intervención se reclama.

II. ORIGEN DEL ARTICULO

El artículo tal y como se presenta en su redacción actual no se configuró hasta el último momento de su tramitación parlamentaria. En lo que fue el primer Proyecto de Ley que posteriormente quedó sin efecto como consecuencia de la disolución de las Cortes por el Presidente del Gobierno en el año 1989, y en el Proyecto que llegó a convertirse en la actual Ley, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* (Congreso de los Diputados) el 29 de diciembre de 1989, se establecía la siguiente regulación:

“Artículo 25. 1. De la edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular.

2. Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación, que los primeros deberán testimoniar en el documento”.

Es decir, lo que en esta primera redacción se solicitaba era la colaboración de Notarios y Registradores de la Propiedad en el concreto punto de evitar que pudieran formalizarse documentalmente las edificaciones que no hubieren obtenido licencia de edificación. Con ello se pretendía superar por vía de una disposición legal la doctrina que sobre este punto había sentado la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya que una Resolución de fecha de 16 de noviembre de 1981 expresamente se dijo que dado que la legislación hipotecaria no exigía que se acreditare la concesión de la licencia municipal para que pudiera practicarse la inscripción, ni tampoco la Ley del Suelo en ninguno de sus preceptos imponía tal obligación a Notarios y Registradores, no procedía que ni uno ni otro funcionarios entraran en el examen de esta materia, ya que la infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra nueva, sino porque la construcción no se adaptó al Planeamiento; además, se decía expresamente que era de “competencia exclusiva de las autorida-

des municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación”.

Lo que no era sino una superación de las carencias legislativas existentes se complicó bastante con la aceptación por la Ponencia encargada de redactar el informe sobre el Proyecto de Ley de la enmienda número 172. Como consecuencia de ella el precepto quedó redactado en los siguientes términos:

“Artículo 25. 1. La edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la legislación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular.

2. Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición de la certificación de la finalización de la obra por técnico competente, que los primeros deberán testimoniar en el documento”.

Aparece aquí por primera vez la alusión a la intervención del técnico competente, pero con una función mucho más limitada que la que le será atribuida en la versión definitiva puesto que únicamente debía certificar que la obra había sido finalizada.

El precepto aunque era correcto desde el punto de vista de técnica legislativa, desde una perspectiva realista era un auténtico despropósito puesto que su aplicación llevaría a que no pudieran inscribirse obras nuevas de edificios proyectados o en construcción; con ello se alteraba el cuadro legal que el artículo 8 de la Ley Hipotecaria establece cuando permite la inscripción de edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté comenzada; pero lo que es más grave, con ello se dificultaba enormemente el crédito hipotecario a la construcción ya que no podría proporcionarse este tipo de financiación con garantía hipotecaria mientras el edificio no estuviere construido, cuando el dinero es necesario precisamente para la construcción. Por ello, desde el Ministerio de Justicia se puso en conocimiento del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo la incoherencia del sistema introducido, proponiendo expresamente que por vía de enmienda parlamentaria se añadiera un número 3 al artículo 25 que diría lo siguiente: “Cuando la declaración de obra nueva se refiera a las obras proyectadas o en construcción bastará acreditar el otorgamiento de la licencia de edificación; la finalización de las obras se hará constar en el Registro mediante la certificación del técnico competente a que se refiere el apartado anterior”. Como puede observarse la intervención del técnico seguía siendo muy limitada pues quedaba circunscrita a la constancia de la finalización de la obra, para cuyo reflejo se tuvo presente la regulación que existía desde el Decreto 265/1971 y Orden del

Ministerio de la Vivienda de 28 de enero de 1972, que establecieron el modelo normalizado de Certificado Final de Dirección de Obra.

La llamada de atención sobre las dificultades que se crearían en el crédito hipotecario y en el tráfico inmobiliario en general, pues no podrían venderse en escritura pública nada más que pisos ya construidos y nunca en construcción, hizo que se propusiera una nueva redacción del precepto. Pero esta nueva redacción, que por enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, se daría al precepto va más allá de los planteamientos iniciales. Mientras el número 1 del precepto se ha mantenido, el número 2 tiene la siguiente redacción definitiva:

“2. Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de ésta, mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras”.

Como puede observarse el planteamiento y la finalidad perseguidos son otros pues la intervención del técnico competente ya no se limita a hacer constar que la obra ha finalizado, sino que tiene que decir cuando se trate de obras nuevas en construcción que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que obtuvo la licencia. Desde el punto de vista de la simple redacción, el artículo se resiente y claramente revela sus incidencias parlamentarias, pues viene a establecer un diferente trato entre la inscripción de obras nuevas en construcción y ya construidas que carece de justificación, como veremos.

Para entender la redacción que ha llegado a convertirse en texto de derecho positivo ha de recordarse que sobre el mismo está planeando el llamado Informe “Mc Millan-Scott” (eurodiputado inglés), que se presentó a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo en noviembre de 1988 y que se refería expresamente a las estafas inmobiliarias que en zonas turísticas españolas se estaban produciendo. Dicho informe tuvo una amplia repercusión tanto en los medios de comunicación social como en la esfera política; a tal efecto se constituyó una Ponencia Especial de Trans-

acciones Inmobiliarias en el Congreso de los Diputados, a la que con fecha de 27 de abril de 1989 se remitió un Informe por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en el que expresamente se decía que el que en ningún texto legal se estableciere la conexión entre las declaraciones de obra nueva con el urbanismo, da lugar a que la inscripción de la misma se lleve a cabo por la mera manifestación del propietario del suelo, por lo que debido a dicha circunstancia estaba proliferando en los últimos tiempos una modalidad específica de fraude inmobiliario, consistente en inscribir edificios cuya realización no se ajusta a la licencia concedida o excede de las condiciones marcadas por éstas, en cuanto a volumen edificable, alturas o unidades de vivienda permitidas; como propuesta concreta se sugirió expresamente que la declaración de obra nueva debería ir acompañada de una certificación del Arquitecto o Técnico autor del proyecto, o del Técnico director de la obra, o bien de un Técnico municipal, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto presentado para la concesión de la licencia.

Como puede observarse con toda claridad la influencia de esta propuesta en el texto que ha llegado a ser definitivo es muy directa. Ello nos revela también la finalidad que se persigue la cual es evitar una modalidad concreta de fraude inmobiliario consistente en declarar construcciones o viviendas que no existen en la realidad, o que si existen no cumplen los requisitos legales, pero que, no obstante, eran documentadas notarialmente e inscritas en el Registro de la Propiedad con lo que se creaba una apariencia de legalidad.

Desde la finalidad perseguida es como podrá determinarse quién es el técnico competente y cuál es su intervención.

III. AMBITO DE APLICACION

La aplicación del artículo (y por lo tanto la intervención del técnico) es en todo el territorio nacional. Se ha dicho por los comentaristas que ello es porque se trata de un precepto que forma parte del mecanismo gradual de adquisición de las facultades urbanísticas que la ley establece. Pero la razón es otra mucho más clara que la confusa redacción de la Disposición Final Primera de la Ley que considera el precepto con el carácter de legislación básica; en nuestra opinión es un precepto que se aplica a todo el territorio nacional porque contiene un mandato que va dirigido a regular la conducta de los Notarios y Registradores de la Propiedad, conducta que ha de ser uniformemente contemplada por el legislador y precisamente por el legislador estatal que es el único competente sobre esta materia (cfr. artículo 149.8.^a de la Constitución, en la referencia que hace a los registros

e instrumentos públicos). Ello significa que el precepto (aunque haya sido calificado de legislación básica) se superpone a la normativa autonómica y tiene aplicación directa, de tal manera que la Ley Canaria de 14 de mayo de 1990 que en su artículo 14 permite que el Notario otorgue escrituras de declaración de obra nueva aunque no se justifique la obtención de la licencia, con simple advertencia de las responsabilidades en que se pueda incurrir, debe considerarse inaplicable por superar el ámbito competencial que le es propio y haber quedado afectada directamente por el artículo 25.2 que examinamos.

El que se aplique en todo el territorio nacional no significa que tenga que aplicarse a toda clase de suelo, sino que su colocación sistemática dentro del Capítulo que se refiere al suelo urbano y al urbanizable lleva a la conclusión de que solamente se aplica a esta clase de suelo, quedando excluido el no urbanizable el cual se seguirá rigiendo por sus preceptos específicos (cfr. artículos 85, 86 y 87 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976).

Dentro del ámbito de aplicación ha de precisarse también la dimensión temporal, siendo ésta una de las cuestiones que más polémica ha suscitado en la práctica. El problema se plantea en aquellas edificaciones que han sido realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley pero que no habían sido formalizadas notarialmente ni inscritas en el Registro de la Propiedad. La opinión que parece prevalecer es que para tales edificaciones no es de aplicación el nuevo artículo siempre y cuando la construcción tenga una antigüedad de cuatro años como mínimo (plazo máximo para el ejercicio de las facultades de restablecimiento de la legalidad urbanística según el artículo 9.º del Decreto-Ley de 16 de octubre de 1981). Esta postura encuentra su apoyo aparentemente en la Disposición Transitoria Sexta 1 de la Ley 8/1990 según la cual las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la ley, situadas en suelo urbano o urbanizable, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda actuar medidas de restablecimiento de legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular.

Por nuestra parte, entendemos que por muy deseable que sea esta solución (es la que oficialmente se propondrá desde el Ministerio de Justicia), ya que con ella se puede dar salida a construcciones en municipios en los que incluso los Ayuntamientos no son conocedores de la legalidad urbanística, la misma carece de consistencia jurídica. Lo primero que ha de señalarse es que legalidad urbanística y patrimonialización de lo edificado no son conceptos que puedan ponerse en relación; la expresión del número 1 del artículo 25 debe reducirse a sus límites justos y las solemnes palabras legislativas han de ser interpretadas no en el sentido de que la

disciplina urbanística sea la que condiciona el contenido del derecho de propiedad y las facultades del propietario, sino que lo que significa simplemente es que las consecuencias de la infracción no pueden patrimonializarse, pero precisamente por la infracción cometida, no porque la licencia sea la constituyente del derecho (así lo sostiene expresamente JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, en “La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 601, pág. 541). La segunda precisión que ha de hacerse es que no es suficiente que hayan transcurrido los cuatro años aludidos, sino que sería necesario que, además, se justificare que dicho plazo no ha sido interrumpido, lo que difícilmente puede hacerse si no es mediante la afirmación en tal sentido por la autoridad urbanística. Todavía pudiere darse otra argumentación. Supongamos que la edificación tiene más de cuatro años y que durante ese tiempo no se ejercitó ningún expediente de disciplina urbanística; ¿ello significa que la escritura de declaración de obra nueva y su inscripción pueden hacerse sin ningún tipo de control? Entendemos que no es posible; otra contestación implica que pueda incurrirse en la posibilidad de la figura del fraude inmobiliario que quedó expuesta anteriormente y que se trata de evitar precisamente con el sistema de control introducido. La finalidad que persigue el precepto lleva a la conclusión de que desde el momento en que entró en vigor la Ley el artículo 25 ha de aplicarse a toda declaración de obra nueva cualquiera que sea el tiempo en el que se realizó la construcción; no obstante ha de hacerse una matización y es que la anterior afirmación es válida en lo que a la intervención del técnico se refiere, no en cuanto a la existencia de licencia de edificación la cual puede suplirse por el transcurso del plazo de cuatro años existente para restablecer la legalidad urbanística. El argumento lo da no sólo la teleología que ha sido expresada, sino la propia letra del artículo 25, de la que se desprende que el requisito de la intervención del técnico ha de referirse precisamente al momento de otorgamiento de la escritura y, por lo tanto, es diferenciable en el tiempo del requisito de la licencia. Con ello no se está dando ningún efecto retroactivo, sino que a la escritura de declaración de obra nueva se le aplica precisamente la ley que está vigente en el momento de su otorgamiento.

IV. ALCANCE Y MODALIDADES DE LA INTERVENCION DEL TECNICO

1. El artículo 25.2 establece una diferenciación respecto de la intervención del técnico competente según se trate de declaraciones de obras

nuevas que se refieran a edificios ya construidos o que estuvieren en construcción. En el primero de los casos se exige únicamente la “expedición por técnico competente de la certificación de la finalización de la obra conforme al proyecto aprobado”; en el segundo supuesto se pide, en cambio, que la certificación del técnico sea “acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que obtuvo la licencia”. Es decir, nos encontramos con un distinto régimen jurídico sin aparente justificación; como se ha expuesto anteriormente a la hora de explicar la evolución parlamentaria del artículo, en la última versión se quiso ir más allá imponiendo un control superior de la legalidad urbanística a fin de evitar una concreta modalidad de fraude inmobiliario. Estos mismos antecedentes nos llevan a la conclusión de que la intervención del técnico tanto en la obra nueva construida como en la que está en construcción ha de referirse a la comprobación de la coincidencia existente entre lo que es declarado por el particular y aquello que ha obtenido la oportuna licencia; cosa distinta es que cuando se trate de obra que ya está finalizada se pida que en el mismo documento el técnico también deba señalar que lo que se declara por el interesado coincide no sólo con el proyecto que obtuvo la aprobación municipal, sino que también coincide con lo que ha sido construido.

La primera conclusión que ha de dejarse establecida, por lo tanto, es que la intervención del técnico lo es para dictaminar (palabra más exacta que la de certificar) que la descripción que el particular realiza de la edificación que va a construir coincide con el proyecto aprobado (supuesto de obra nueva en construcción) o que coincide con el proyecto aprobado y con la construcción realizada (supuesto de obra nueva ya realizada).

2. Pero la determinación del alcance de la intervención del técnico competente exige realizar todavía más precisiones. La siguiente que haremos es la explicación de la referencia que el artículo 25.2 hace a las escrituras de declaración de obra nueva. Pues bien, el concepto de “declaración de obra nueva” es estrictamente hipotecario y parecería suficiente con la remisión a dicha legislación para que el ámbito del artículo quedara fijado; pero en esta remisión es de donde está la dificultad ya que la legislación hipotecaria no da ningún concepto (cfr. artículo 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento), sino que simplemente se alude a “nuevas plantaciones” y a la “construcción de edificios o mejora de una finca urbana”, centrándose la regulación en los tipos, clases o medios a través de los cuales puede lograrse hacer constar en el Registro de la Propiedad la modificación de la finca inmatriculada. Es decir, la legislación hipotecaria no especifica la forma y el detalle con que ha de hacerse la descripción (cfr. artículo 9.1 de la Ley Hipotecaria y 51.3ª y 4.ª del Reglamento Hipotecario); la legislación notarial tampoco es esclarecedora

puesto que en el artículo 170 del Reglamento Notarial únicamente se impone al Notario que exprese con la mayor exactitud posible los requisitos y circunstancia imprescindibles o necesarios para realizar la inscripción (es decir, los que se exigen en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario); sólo a requerimiento de los otorgantes o en el caso de que la importancia o complejidad de la descripción de las fincas lo hicieran necesario, a juicio del Notario, se añadirán otros datos como la determinación de los pisos de una finca urbana, lo detalles de la construcción u otros análogos.

Ante esta situación cabe sostener dos opiniones de cara a la nueva regulación. La primera, que es posible que la escritura de la declaración de obra nueva sea muy escueta en su descripción ya que el artículo 25.2 no dice cuál es el contenido mínimo de los datos que dicha escritura ha de expresar, pues se remite a la normativa hipotecaria y notarial, la cual, como hemos visto, se manifiesta con gran amplitud al respecto. La segunda opinión que puede sustentarse es que dado que el técnico debe certificar la conformidad de lo declarado con el proyecto que obtuvo la licencia, la escritura de declaración de obra nueva habrá de reproducir dicho proyecto y coincidir con él.

La primera solución se nos aparece como totalmente insuficiente ya que podría fácilmente vulnerarse la finalidad perseguida, pues ante la no expresión de unos mínimos requisitos difícilmente podría decirse que la simple declaración de que se ha construido o va a construirse una edificación es algo que no está conforme con el proyecto para el cual se dio la licencia; piense, además, que la escritura de declaración de obra nueva es normalmente el paso previo para la constitución del régimen de propiedad horizontal, la cual no tiene por qué hacerse en el mismo documento notarial; es decir, si la escritura de declaración de obra nueva es muy escueta en la descripción, dado que cuando se lleve a cabo la constitución del régimen de propiedad horizontal ya no existen los mecanismos de control del artículo 25.2, puede fácilmente vulnerarse la legalidad urbanística; por ejemplo, señalando un mayor número de pisos o locales de los realmente existentes, con lo que caeríamos nuevamente en la figura del fraude inmobiliario que se trataba de eludir. La segunda solución (que la escritura de declaración de obra nueva reproduzca todo el proyecto) tampoco es convincente pues aunque con ello se evita el peligro de fraude antes expuesto, resultará no obstante que se incluyan una serie de especificaciones (materiales, mediciones, cálculos, presupuestos, etc.), que para nada importan a efectos de la legalidad urbanística, sino que estaríamos más bien en el campo de la calidad de la construcción cuyo control ha de ir por otros mecanismos que no son el notarial y registral.

La solución tiene que darnosla la finalidad que se persigue en el nuevo

artículo, de tal manera que si se trata de evitar el posible fraude de que nazcan al mundo registral fincas que no están en la realidad, la declaración de obra nueva ha de contener por lo menos los datos que su inclusión y control subsiguientes eviten aquél peligro; tales datos no pueden ser otros que los de la superficie ocupada (o susceptible de ocupación), el número de plantas de la edificación y el número de unidades máximo que son susceptibles de pasar a ser fincas independientes en una posible propiedad horizontal futura. Esta última exigencia puede plantear algún problema en la práctica pues cuando se trata de locales comerciales es frecuente el que constituyan una sola finca en la propiedad horizontal que posteriormente se irá dividiendo según las compras que sean realizadas. El inconveniente puede salvarse afirmando que este requisito no es de aplicación a los locales comerciales o a las plazas de garaje; en el borrador existente en el Ministerio de Justicia de un proyecto de Real Decreto para adaptar el Reglamento Hipotecario a la nueva normativa urbanística, se establecen previsiones en el sentido que acaba de exponerse.

3. Una vez que se ha quedado delimitado el campo que es propio del artículo 25.2 cuando se refiere a las declaraciones de obra nueva, es cuando puede contestarse a la pregunta de qué es lo que ha de certificarse y qué alcance tiene la, impropriamente, llamada certificación del técnico competente. De las anteriores consideraciones se desprende que la “certificación” no ha de ser exhaustiva respecto de la comprobación entre lo declarado y el proyecto (o entre lo declarado, el proyecto y lo construido), sino que ha de limitarse a la comprobación de aquellos elementos de las descripciones que son importantes para la legalidad urbanística, de tal manera que si el técnico apreciare alguna disconformidad entre lo declarado y lo proyectado o construido en aquellos puntos que carecen de trascendencia en la declaración de obra nueva para la disciplina urbanística (es decir, sólo los anteriormente expresados de superficie ocupada, número de plantas y unidades susceptibles de ser finca independiente), no tiene por qué expresarlo en su certificación y si, no obstante lo expresare, ello no ha de suponer ningún obstáculo para la autorización de la escritura y la posterior inscripción. Puede ser discutible si es conveniente o no que los usos fueran también objeto de control; es cierto que el uso tiene gran trascendencia urbanística, pero dada la finalidad tantas veces repetida del artículo, puede concluirse que su control no debe hacerse en la oficina notarial ni en el Registro de la Propiedad, sino por la autoridad municipal.

4. Precisado el alcance de la intervención del técnico ha de determinarse cómo se lleva a cabo ésta.

Acabamos de exponer que lo fundamental es que el técnico responda de que la descripción de la edificación (comenzada o construida) es conforme con el proyecto; sin ello no es posible autorizar la escritura por

parte del Notario. Aparentemente se produce un círculo vicioso que no podría salvarse sino con la simultaneidad temporal de la descripción del declarante y de la conformidad del técnico, es decir, mediante la presencia física del técnico en el momento del otorgamiento de la escritura. Obviamente ésta no ha sido la intención legislativa y la prohibición de autorización ha de entenderse en el sentido de que lo que no quiere el legislador es que por el fedatario público se cree un documento que puede provocar una apariencia de legalidad sin que exista un mínimo control de ella. Por lo tanto serían admisibles soluciones como el que se aporte una certificación del técnico que contenga una descripción que será la que se haga en la escritura de la obra nueva (coincidencia que ha de examinar el Notario) o que sea posible autorizar sin la certificación requerida siempre y cuando no se ponga en circulación la copia de la matriz en tanto no se cumpla el requisito legal. Estas soluciones se contemplan en el borrador que está preparando el Ministerio de Justicia el cual considera que la actuación del técnico puede hacerse:

- a) Por incorporación a la escritura de certificación, con firma legitimada, que contenga una descripción de la obra nueva coincidente con la del propio título en cuanto a los extremos que deben acreditarse.
- b) Por comparecencia del técnico en el mismo acto del otorgamiento, o después de habersele notificado por el declarante de la obra nueva la descripción de ésta contenida en el título. Tal comparecencia habrá de tener lugar en el plazo máximo de 10 días y constará por diligencia en la misma matriz. También podrá testimoniarse en la diligencia de certificación del técnico, en lugar de su comparecencia personal. Con el fin de evitar esa apariencia de una legalidad que todavía no se ha comprobado se añade que hasta que se extienda la diligencia o transcurra el plazo señalado no podrá expedirse copia de la escritura. Si no constase acreditación positiva del Técnico, el Notario lo hará constar en las copias que ulteriormente expida. Dicha circunstancia constituirá defecto insubsanable del título en orden a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En cuanto a la forma que ha de adoptar la certificación, no tiene por qué responder a una exteriorización concreta. Así, cuando compareciere en el despacho notarial y realizare la declaración de la conformidad, basta que lo indique verbalmente y sea recogida su manifestación por el Notario. Cuando no comparezca personalmente o haciéndole presente el fedatario un documento en el que consta su conformidad, dicho documento no tiene por qué

responder a un modelo oficial; ahora bien, ha de tenerse en cuenta que no es suficiente el Certificado Final de Obra de la Orden Ministerial de 28 de enero de 1972 pues según el modelo aprobado, se certifica que la construcción ha sido realizada con arreglo al proyecto, pero no se certifica que la descripción que se hace de la obra nueva sea conforme al proyecto y, en su caso, a lo construido; es necesario por tanto, una certificación “ad hoc”.

V. EL TECNICO COMPETENTE

Todo lo que hasta este momento ha sido expuesto nos ha de servir como referencia para llegar a precisar o quién debe considerarse como técnico competente.

Lo primero que ha de señalarse es que la expresión de “técnico competente” es de una extraordinaria imprecisión pues lo que en un momento anterior (en el Congreso de los Diputados) tenía significación, por virtud de modificaciones posteriores perdió los originales perfiles con los que se ofrecía. En efecto, como hemos expuesto anteriormente la primera vez que se hace alusión al técnico competente es para que éste certifique que la obra ha finalizado. Ante tal expresión no era difícil concluir que el técnico competente no podía ser otro que el Arquitecto o el Arquitecto Técnico pues ellos son los que pueden expedir el certificado final de obra según el modelo aprobado por la Orden del Ministerio de la Vivienda de 28 de enero de 1972. Pero lo que ha de hacer el técnico según hemos visto es, en todo caso, comprobar que la descripción que se hace es conforme con el proyecto que obtuvo la licencia, y que la obra ha sido finalizada, en el supuesto de que así ocurriera.

Ante el sentido de esta intervención la alusión a los certificados de finalización de obra aparece insuficiente para responder a la cuestión de quién es el competente. Para dar respuesta a esta pregunta debe partirse de las siguientes consideraciones previas: que la actuación del técnico es una medida para lograr que se respete la legalidad urbanística, que la competencia para esta certificación no tiene por qué ser la misma que para suscribir el proyecto que se autorizó y que el artículo 25.2 claramente ha eludido entrar en el problema de los conflictos de competencias que pudieren existir entre los distitos Colegios Profesionales. A todo esto debe añadirse que los Notarios antes de autorizar la escritura de declaración de obra nueva y los Registradores de la Propiedad antes de inscribir han de examinar si la “certificación” ha sido realizada por persona que deba considerarse como competente (artículos 145 del Reglamento Notarial y 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria).

Desde tales consideraciones ha de darse alguna pauta orientadora a la función calificadoras de los citados funcionarios.

Lo primero que puede afirmarse es que dado que a los Ayuntamientos corresponde primordialmente la labor de disciplina urbanística, el técnico municipal que especialmente sea habilitado al efecto (o que por razón de su cargo tenga encomendadas funciones de control de legalidad urbanística) ha de considerarse como competente. Esta competencia reconocida a los técnicos municipales estaba ya en las propuestas del Informe del colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, remitido al Congreso de los Diputados.

La segunda precisión que puede hacerse es que aunque la actividad que va a desarrollar el técnico es independiente de la competencia para suscribir el proyecto, ello no significa, sino todo lo contrario, que el técnico que hizo tal proyecto no pueda hacer la certificación del artículo 25.2. Por lo tanto, aquél técnico que suscribió el proyecto, u otro de similar categoría, también es competente. Ello significa que el problema se traslada desde el campo notarial y registral a los Ayuntamientos puesto que ellos son los que han de cumplir la exigencia de verificar si una petición de licencia reúne o no los requisitos legales. Una vez que el Ayuntamiento consideró a un técnico como competente para suscribir un proyecto, no parece posible que los Notarios o los Registradores pudieran considerar que se carece de competencia para actuar de acuerdo con el artículo 25.2, pues permitido lo más (la realización del proyecto) ha de permitirse también lo menos (la certificación del artículo que comentamos). Tampoco es posible que en el ámbito de su labor calificadoras los Notarios o los Registradores alegaren posible incompetencia del técnico porque se carecía de la misma para suscribir el proyecto para el que concedió la licencia; hay que tener en cuenta que la licencia la otorgan los Ayuntamientos (artículo 179 del Texto Refundido de 1976) y aunque Notarios y Registradores hayan de calificar la legalidad de los documentos que autorizan o inscriben ello no ha de llevarles a entrar en el análisis de la concesión de la licencia y los requisitos que se observaron para darla, ya que la misma es un documento complementario (artículo 33 del Reglamento Hipotecario), siendo el principal la escritura de declaración de obra nueva; además, aunque se recaba su colaboración para el logro de la disciplina urbanística no son órganos a los que corresponda específicamente tal misión. En este punto, nos encontraremos con que la competencia para certificar corresponderá normalmente a un Arquitecto pues él será quien realizó el proyecto ya que las declaraciones de obra nueva se referirán normalmente a viviendas urbanas y edificios para uso del público en general. Pero también puede ocurrir que, excepcionalmente, también sea competente el Arquitecto Técnico, pues lo fue para suscribir un pro-

yecto que se refería a una nave industrial, un almacén de mercancías, una piscina, granja, etc..., tal y como resulta de las facultades de proyección que les reconoce la Ley 12/1986, de 1 de abril (artículos 1 y 2); por la misma razón y dentro de las construcciones propias de su especialidad podrá ser competente un Ingeniero Superior o, en su caso, un Ingeniero Técnico.

Pero entender que, además del técnico municipal, sólo el técnico que suscribió el proyecto (u otro de similar cualificación profesional) pueda certificar la conformidad de la declaración de obra nueva con lo proyectado o la conformidad de la declaración con lo proyectado y lo construido, es una postura excesivamente restrictiva, si se tiene en cuenta lo limitado del contenido de aquella certificación según quedó expresado. Por ello puede sostenerse que también cualquier técnico a quien corresponda la dirección de la ejecución de la obra será competente para dar la certificación del artículo 25.2 de la Ley 8/90. Obsérvese que con ello se extiende normalmente la competencia a los Arquitectos Técnicos [artículos 1.b) y 2 de la Ley 12/86], pero parece que no podrá ser a cualquier Arquitecto Técnico, sino precisamente al Arquitecto Técnico (o Arquitectos Técnicos) que estén interviniendo en la obra, pues cuando certifica una persona distinta de la que suscribió el proyecto, no hay inconveniente alguno en que lo haga cualquier técnico que tenga la misma cualificación profesional, pero si dicha cualificación es distinta, parece que la competencia para certificar la tiene que dar precisamente el hecho de que se está interviniendo en la dirección de la obra. No obstante, para que esta opinión tenga virtualidad es necesario que al menos se recoja en una disposición reglamentaria pues de la Ley 12/86 se pueden extraer también facultades de emisión de informes o dictámenes por los Arquitectos Técnicos aunque el proyecto hubiere sido hecho por un tercero. Lo que no será posible es que la certificación sea realizada en ningún caso por otras profesiones como los Decoradores pues aunque a partir de los Decretos de 1 de febrero de 1973 y 1 de abril de 1977 se les reconocen facultades para proyectar y emitir informes, ello será siempre que no se afecte a elementos estructurales, a la configuración de la edificación ni a las instalaciones de servicio común de la obra principal; es decir, no pueden intervenir ni en el proyecto ni en la ejecución de aquellos elementos de los que interesa que se certifique para cumplir la finalidad de que la legalidad urbanística sea respetada y que se evite el fraude inmobiliario.

VI. OTRAS CUESTIONES

El artículo 25.2 plantea otras numerosas cuestiones que las mismas se refieren sobre todo a problemas notariales y registrales: licencia de edifi-

cación y la actuación de Notarios y Registradores respecto de la misma (alcance de la calificación que ha de hacerse, modo de incorporarla al documento, licencias obtenidas por silencio administrativo, etc.). Existe, no obstante, un punto al que sí debe hacerse una breve referencia desde la perspectiva del técnico que interviene y es la afirmación del artículo de que (cuando se hubiere inscrito una obra nueva en construcción) el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de ésta, mediante acta notarial que incorporará a la certificación de finalización de obra.

Lo primero que ha de precisarse es una obviedad: el plazo de tres meses no es para finalizar la obra (cuya duración la señaló o debió señalar la licencia —artículo 23.1 de la Ley 8/90), sino para que una vez finalizada ésta se haga constar dicha circunstancia en el Registro de la Propiedad. Pero llama poderosamente la atención que el mandato que se dicta sea una “lex imperfecta” pues no impone ninguna sanción para el caso de contravención; sólo mediante mecanismos indirectos podrá estimularse al propietario a que cumpla la obligación que se le impone.

Respecto del técnico competente para esta certificación ha de convenirse que no tiene por qué ser el mismo que intervino en la escritura de declaración de obra nueva en construcción y que, cuando quien certifica es Arquitecto o Arquitecto Técnico, aquí sí pueden utilizarse los Certificados Finales de Obra de la Orden Ministerial de 28 de enero de 1972, pues lo único que se pide es que se haga constar que la obra ha sido realizada conforme al proyecto.

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Abogado del Estado en la Dirección General de los Registros
y del Notariado. Notario y Registrador de la Propiedad Excedente
Presidente de la Comisión de reforma del Reglamento Hipotecario
para su adaptación a la legislación urbanística.

DICTAMENES Y NOTAS

La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la Sentencia de 23 de febrero de 1991)

I. LA SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1991 Y LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE

La jurisprudencia que había prevalecido en los últimos tiempos acerca de esta cuestión era la que establecía la extinción de los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca como consecuencia de la ejecución de ésta.

Así, aparte de la fundamental Sentencia de 5 de febrero de 1945, dictada para un caso de arrendamiento rústico, son fundamentales las Sentencias de 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989.

En cambio, una sentencia que declaraba la no extinción de los arrendamientos urbanos posteriores a la hipoteca era la de 19 de febrero de 1968.

Capítulo aparte merece la Sentencia de 9 de junio de 1990, dictada para un caso especial de arrendamientos rústicos, que será analizada después con separación, dada la especialidad del caso planteado.

Pues bien en medio de este ambiente jurisprudencial, favorable por regla general a la extinción de los arrendamientos posteriores a la hipoteca, surge esta Sentencia del TS, Sala 1.^a de 23 de febrero de 1991, cuya doctrina y razonamientos son altamente criticables.

Enfrentado el acreedor hipotecario con el arrendatario de una nave comercial de exposición de coches, constituido con posterioridad a la

hipoteca, entiende esta Sentencia de 23 de febrero de 1991, que la ejecución hipotecaria no comporta la extinción del arrendamiento posterior, sino el mantenimiento del mismo, destacando la siguiente doctrina, entresacada de sus Fundamentos de Derecho:

1.º) El artículo 131, regla 17.ª, de la Ley Hipotecaria afecta solamente según dicha norma a las “inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado”, pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso.

2.º) No cabe admitir una causa de extinción del arrendamiento no catalogada en la relación imperativa de esas causas que hace el artículo 114 de la LAU.

3.º) Tratándose de un arrendamiento anterior al RD-L de 30 de abril de 1985, que surpimió la prórroga forzosa, es aplicable la prórroga legal del artículo 57 LAU, con la consiguiente subsistencia del arrendamiento.

4.º) En la escritura de hipoteca se pactó la cláusula que autoriza el vencimiento anticipado del préstamo a instancia del acreedor si el hipotecante arrienda el inmueble por renta anual “que capitalizada al porcentaje legal anual no cubriese la responsabilidad total asegurada o la gravase con carga real que disminuya su valor de garantía o de su subasta”. Esta cláusula se refiere evidentemente, según la sentencia, a la renta legal que señala para estos casos el artículo 219-2.º del Reglamento Hipotecario, y en este caso la renta anual concertada capitalizada cubre la responsabilidad total asegurada.

5.º) El dominio no se ve afectado por el derecho personal arrendaticio pues el propietario conserva su posesión mediata o indirecta y el arrendatario tiene la posesión inmediata que no puede quedar perjudicado por la posesión judicial concedida al propietario.

Esta Sentencia de 23 de febrero de 1991, que constituye actualmente, después de la jurisprudencia existente una sola sentencia aislada en su doctrina y razonamientos, no puede servir para dar un golpe de muerte a la doctrina jurisprudencial anterior, que utiliza unos argumentos y una lógica muy superiores a los de la presente sentencia, que sólo se preocupa de los intereses del arrendatario, olvidando que existen otros intereses en juego protegidos por el Derecho.

Como dice Carlos Cuadrado González (en la revista *La Ley*: “Los efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución”, año XII, número 2.781, 5 de julio de 1991), “cuando, como en este caso, el conflicto se plantea entre un interés privado, por muy estimable que sea, y el respeto a los principios fundamentales de Derecho, se ha de dar preferencia a éstos, de los cuales depende la subsistencia del propio

Derecho". Este autor es partidario de la preferencia de la hipoteca sobre el arrendamiento posterior.

La doctrina de las Sentencias de 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, todas ellas referidas a supuestos de arrendamientos urbanos posteriores a la hipoteca, consiste en que la ejecución de la hipoteca anterior determina la extinción de los arrendamientos urbanos constituidos con posterioridad a ella.

La Sentencia de 22 de mayo de 1963 dice que "la hipoteca preferente opera a manera de una condición resolutoria que en méritos del proceso de ejecución queda cumplida, ocasionando la liberación total de las posibles hipotecas posteriores .. porque el adjudicatario ha de recibir los bienes judicialmente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca". Esto significa que la hipoteca, como consecuencia de su naturaleza, tiene una fuerza resolutoria respecto a todos los actos constituidos con posterioridad a ella. Esta sentencia no es citada por la presente de 23 de febrero de 1991.

La Sentencia de 31 de octubre de 1986, tampoco citada por la Sentencia de 23 de febrero de 1991, acierta plenamente al interpretar de modo adecuado la regla 17.^a del artículo 131 LH en relación con la regla 8.^a. No es sólo la regla 17.^a, sino también la regla 8.^a, que están en íntima conexión. Los que acuden a la subasta, saben a través de la regla 8.^a que los derechos anteriores a la hipoteca subsisten, pero que se cancelarán los posteriores. La citada sentencia deduce de la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de hipoteca, el que se produzca la ineficacia de un mero derecho personal posterior a la constitución de hipoteca. Esto es lo verdaderamente importante de la Sentencia de 31 de octubre de 1986: la interpretación de la regla 17.^a del artículo 131 LH en relación con la ineficacia del derecho personal posterior a la inscripción de la hipoteca. Aquí no se planteó ningún supuesto de fraude, sino que la doctrina de la sentencia es neta en el sentido indicado y se refiere a todo tipo de arrendamiento urbano constituido con posterioridad, sin entrar en si fue o no fraudulento. Pero la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, tratando de cohonestar su funesta doctrina con la jurisprudencia anterior, no cita ni la Sentencia de 22 de mayo de 1963 ni la de 31 de octubre de 1986, porque sencillamente dichas sentencias son imposibles de cohonestar con la doctrina que ella sienta. Pero lo preocupante es citar unas sentencias y silenciar otras.

En cuanto a la Sentencia de 23 de diciembre de 1988, que la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 sí se atreve a citar, junto con la de 17 de noviembre de 1989, que ahora veremos, hay que empezar por decir que son muy mal citadas, en el sentido de que se confunde el supuesto de la

primera con el de la segunda. No es de recibo que una sentencia, como la de 23 de febrero de 1991 cite dos sentencias y confunda el contenido de una con el de la otra, atribuyendo a la primera la doctrina o supuesto de la segunda. Pero no se trata sólo de un descuido en la forma de citar las sentencias, sino de un error grave de fondo o contenido en la cita, pues la Sentencia de 23 de diciembre de 1988 es una sentencia que se apoya fundamentalmente en los principios hipotecarios, es decir, que tiene en cuenta la doctrina resultante del Derecho Hipotecario (que la presente sentencia desconoce), y concretamente, se apoya en los principios de publicidad, legitimación y fe pública registral, hasta el punto de decir que el arrendatario —prescindiendo de si conocía o no la hipoteca— debía conocer la situación registral anterior al arriendo. Y otra de las conclusiones de esa sentencia que no puede ser silenciado es que el derecho personal no puede ser de mejor condición que el real.

Por tanto, no se trata de una sentencia en que se acreditase que no existía arriendo, pues éste no es el caso de la Sentencia de 23 de diciembre de 1988, ni tampoco estamos ante un caso de *probada* ausencia de buena fe por parte de arrendador y arrendatario, sino de falta de buena fe en sentido distinto, en el sentido indicado de que la publicidad registral impide la buena fe del arrendatario, que debería haber consultado los asientos del Registro y habría comprobado que existía una hipoteca que afectaba a la finca.

En que, en definitiva, es una sentencia en la que se dice que no hay buena fe del arrendador y arrendatario, no porque el arrendatario se probase que conocía la hipoteca, sino porque “habida cuenta de los principios de publicidad, legitimación y fe pública registral”, “no puede alegarse ignorancia ya que se venía a limitar sus facultades como tal arrendatario si se llegaba a resolver el derecho del arrendador concedente y quedar extinguido el arriendo, como dice la Sentencia de 31 de octubre de 1986, citada por la de 23 de diciembre de 1988 y no por la de 23 de febrero de 1991. “Debía el arrendatario conocer el vicio de su posesión, dadas las circunstancias descritas”. Al cancelarse todas las inscripciones posteriores, dice que no puede hacerse de mejor condición un mero derecho personal como es el del arrendatario, lo que comporta la extinción del mismo por resolución del derecho del arrendador”.

En cuanto a la Sentencia de 17 de noviembre de 1989, que también cita, pero malamente, la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, confundiendo su contenido con el de la anterior, no tiene en cuenta su verdadera doctrina, que parte de la eficacia real de la hipoteca frente al derecho personal arrendaticio, al igual que las sentencias anteriores.

No discutimos que en el caso de esa última Sentencia de 17 de noviembre de 1989 se demostró en instancia que no existía arrendamiento y que

fue simulado y concertado con el único objeto de frustrar los legítimos derechos de acreedores y de futuros adquirentes, a diferencia de los casos de las sentencias anteriores en que no se demostró para nada la inexistencia del arrendamiento. Lo que queremos decir es que incluso esa última Sentencia de 17 de noviembre de 1989 no puede ser citada en la forma que hace la Sentencia de 23 de febrero de 1991, pues olvida los argumentos de la misma, que son precisamente idénticos a las anteriores, citando incluso expresamente a la de 31 de octubre de 1986 y conteniendo una argumentación que salta por encima de si el arrendamiento posterior es o no simulado, pues se basa en la eficacia real de la hipoteca anterior, en la interpretación de la regla 17.^a del artículo 131 LH, con argumentos categóricos, prescindiendo de la simulación del arrendamiento, pues en otro caso hubiera bastado decir que el arrendamiento era inexistente y, sin embargo, no lo hace así, sino que insiste en la eficacia real de la hipoteca.

Frente a todas esas sentencias de nada vale la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, cuyas argumentaciones son bastante deplorables, según veremos seguidamente.

Es curioso que ya existía una sentencia que era la de 19 de febrero de 1968, en la que se podía haber apoyado la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 y sin embargo no la cita. Desde luego que esa Sentencia de 19 de febrero de 1968 había quedado ya superada por las Sentencias de 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989 con argumentos nuevos y convincentes, por lo que hubiera resultado trasnochado sacar a relucir una sentencia de 1968 superada por esas otras posteriores. Quizá por eso, la presente sentencia opta por no citarla. Porque, además, aunque la doctrina es la misma que la de 23 de febrero de 1991 en sus resultados, no lo es en cuanto al razonamiento, pues la de 19 de febrero de 1968 se apoya en un argumento que estuvo muy en boga en aquellos tiempos, y que consistía en aplicar al caso de la hipoteca lo dispuesto en el artículo 114, causa 12.^a de la LAU, relativa al arrendamiento concertado por usufructuario, que subsiste después de la extinción del usufructo cuando las condiciones pactadas no son notoriamente graves para la propiedad.

Realmente esta argumentación ha de considerarse superada y ya no la utiliza la presente sentencia, porque no hay analogía entre las relaciones de usufructuario-nudo propietario y las relaciones acreedor hipotecario-propietario, como consecuencia de ser muy diferentes los efectos de los derechos reales de usufructo y de hipoteca, y de la distinta regulación del derecho de usufructo y de hipoteca, siendo el contenido de aquél el derecho a percibir los frutos, incluso civiles, salvando la forma y la sustancia (que se pueden salvar si no hay condiciones dañosas para el nudo propietario); y en cambio, el contenido del derecho de hipoteca en relación con el

contenido del derecho de propiedad gravado por ella es de efectos fulminantes cancelatorios respecto a todos los actos posteriores, conforme a la definición del Código Civil y al contenido y efectos de la hipoteca resultante de la legislación hipotecaria a la que se remite el propio Código Civil.

II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA DOCTRINA DE LA PRESENTE SENTENCIA

Antes de exponer en sentido crítico los argumentos de la presente sentencia, conviene advertir que la doctrina de la misma se refiere exclusivamente a un supuesto de hecho de arrendamiento posterior a hipoteca pero anterior a la vigencia del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, pues alude a éste diciendo que “suprimió la prórroga forzosa para los contratos posteriores a su entrada en vigor” y que “es aplicable —al presente caso— esa prórroga legal que establece el artículo 57 de la misma Ley; el que se infringiría a virtud de una causa resolutoria no señalada en la Ley, de darse lugar a la aceptación de la sentencia impugnada”.

Por tanto, puede decirse que la doctrina de esta sentencia no puede extenderse a los supuestos de arrendamientos posteriores a la hipoteca en que no exista la prórroga forzosa, que son la mayoría de los que se darán en lo sucesivo en colisión con una hipoteca.

Esta delimitación de la doctrina de la sentencia se basa en lo siguiente:

1.º) Que el supuesto de hecho de la sentencia es de “arriendo anterior a la vigencia del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985” y la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 lo valora expresamente.

2.º) Que uno de los argumentos centrales de la doctrina de la sentencia es precisamente el artículo 57 de la LAU relativo a la prórroga forzosa, que no es aplicable en lo sucesivo, salvo pacto expreso en contrario.

Por tanto, no habría que dar excesiva importancia a esta sentencia, al moverse en un ámbito muy limitado y casi exclusivamente transitorio.

Pero hay que reconocer que la sentencia contiene además toda una serie de argumentaciones que, si no se desvirtúan por la crítica, podrían dar lugar a sucesivas ampliaciones del supuesto de hecho y a patrocinar esa misma doctrina para todos los casos, pues se contienen también otros pretendidos argumentos y no sólo el del artículo 57 de la LAU.

Nuestra opinión, por ello, es la siguiente:

1.º) Partir de que la doctrina de esta sentencia se refiere exclusivamente al supuesto de hecho de arriendo posterior a la hipoteca pero

anterior al RD-Ley de 30 de abril de 1985, a los que es aplicable la prórroga forzosa del artículo 57 de la LAU, pero no a los arrendamientos concertados con posterioridad a dicho RD-Ley sin la prórroga forzosa.

2.º) Criticar, en todo caso, los argumentos de la sentencia en cuanto pueda pretenderse ampliarlos a otros supuestos de hecho, e incluso en relación con el propio supuesto de hecho de la presente sentencia, por entender que no son convincentes.

En consecuencia, pasamos seguidamente a exponer y desarrollar los argumentos de la sentencia y su respectiva crítica en los sucesivos epígrafes del presente estudio.

III. LA HIPOTECA Y LOS DERECHOS PERSONALES POSTERIORES NO INSCRITOS

Hemos visto que la Sentencia de 23 de febrero de 1991 se fija en que el artículo 131 regla 17.^a LH afecta solamente según dicha norma a las “inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado”.

Pero de ahí no deriva que no haya de afectar también a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso.

De esta extraña, por no llamarla pintoresca doctrina de la sentencia, resultarían los siguientes absurdos que en una interpretación lógica han de rechazarse:

1.º) Que el derecho personal es de mejor condición que el derecho real, pues mientras la hipoteca que se ejecuta determinaría la extinción de un derecho real, no podría determinar la extinción de un derecho personal, a pesar de ser condición inferior y más débil que el derecho real. Pero esto en definitiva es desconocer la distinta naturaleza de los derechos reales y personales, clasificación fundamental en todos los sistemas. El derecho real tiene mayor fuerza y eficacia que el derecho personal porque tiene absolutividad y eficacia “erga omnes”. En cambio, el derecho personal sólo tiene eficacia “inter partes”, por lo que no afecta a terceros, como tal derecho personal. Por tanto, si los derechos reales posteriores a la hipoteca se extinguen como consecuencia de la ejecución hipotecaria, los derechos personales se extinguen no ya sólo como consecuencia de la ejecución hipotecaria, sino porque por su propia esencia no pueden afectar a tercero, a diferencia de los derechos reales.

2.º) Otro contrasentido es que, al parecer, según la doctrina de esta sentencia, el derecho no inscrito es de mejor condición que el derecho

inscrita, pues resultaría que la hipoteca extinguiría los derechos reales inscritos, pero no los derechos reales o personales que no se inscribieron. Luego sería mejor no inscribir que inscribir, y no se explicaría el difícil y laborioso esfuerzo del legislador al implantar y consolidar el Registro de la Propiedad en España en 1861 y reformas posteriores, reconocido en su plena eficacia por el propio Código Civil en los fundamentales artículos 605 a 608 y en las innumerables remisiones que nuestro primer Cuerpo legal hace a la Ley Hipotecaria a todo lo largo de su articulado, porque en definitiva, con esa peculiar doctrina, toda la regulación de la Ley Hipotecaria no serviría absolutamente para nada, pues nos llevaría a la Edad de Piedra del tráfico jurídico inmobiliario y a la más completa inseguridad jurídica y clandestinidad de los derechos, ya superada por las legislaciones modernas. A lo más que ha llegado el legislador en ciertos supuestos es a *equiparar* los efectos del derecho real inscrito con algunos derechos personales no inscritos atendiendo a su fecha. Pero nunca a hacer de *mejor condición* los derechos personales que los reales y hacer los derechos no inscritos *de mejor condición* en efectos que otros inscritos más allá de la fecha de su constitución. Cuando el legislador da efectos a derechos personales no inscritos, está haciendo una excepción de la regla de prioridad por la fecha registral, pero de ningún modo pretende hacer tabla rasa de la propia fecha de prioridad civil de nacimiento de esos derechos, pues antes de la fecha de nacimiento no son derechos porque no existen.

Por eso precisamente, las Sentencias de 22 de mayo de 1963 y 31 de octubre de 1986 (olvidadas por la presente) y las de 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989 (mal citadas y desconociendo su verdadera doctrina por la presente) insistieron en la eficacia real de la hipoteca frente al arrendamiento posterior, y en la imposibilidad de que un derecho personal no inscrito pueda ser de mejor condición que un derecho real o personal inscrito.

Y es que lo que en definitiva, está desconociendo la presente sentencia, es la naturaleza del derecho real de hipoteca, según pasamos a exponer.

IV. LA NATURALEZA DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

La presente sentencia sólo se detiene en la regla 17.^a del artículo 131 de la LH, olvidando la regla 8.^a que está en la misma línea. Pero no es sólo eso. Es que el artículo 131 es un precepto procedimental que tiene su apoyo en el carácter, naturaleza y efectos de la hipoteca definidos por el legislador sustantivo. O sea, que no se trata sólo de analizar el texto literal del artículo 131 regla 17.^a LH, sino de comprender que el contenido de esa regla 17.^a, que es aplicable a todos los procedimientos de ejecución hipo-

tecaria, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 133 LH, deriva de la propia naturaleza y eficacia real de la hipoteca.

Y es que la hipoteca no es sólo una fase de ejecución o de realización de valor, como quería ver la desacreditada teoría procesalista de la hipoteca de Carnelutti, ni es tampoco un derecho obligacional, sino que la hipoteca, es un derecho real que implica limitación del dominio según concepción mayoritaria y plenamente razonada, no ya sólo por Roca Sastre, sino por las atinadas observaciones del civilista Doral y otros muchos, y esto lo reconoce abrumadora doctrina, legislación y jurisprudencia que no es del caso citar por su evidencia. Ese efecto real determina una sujeción de la cosa hipotecada ya antes de la ejecución, es decir, en la fase de seguridad o de garantía, sujeción que implica una fuerte limitación del dominio, y que deriva de las definiciones resultantes de los artículos 104 LH y 1.876 CC. El propietario de finca hipotecada no queda privado de su facultad de disponer. Pero aunque disponga libremente, dispone de una finca “sujeta a hipoteca”. No hay limitación de la facultad de disponer, pero hay limitación del dominio, pues todos los actos realizados por el dueño quedan sujetos a los efectos de la hipoteca y nacen con la impronta o sello de la hipoteca, o como ha dicho Ginot Llobateras, con el “germen patológico” que le da la hipoteca. No es una limitación del dominio como la de los derechos reales de goce o disfrute, pero la sujeción de la cosa hipotecada implica una limitación más fuerte, pues se impiden los actos destructores o de disminución de valor de la cosa hipotecada (acción de devastación) y existe sujeción en el sentido de que al vender, transmitir o arrendar una finca gravada con hipoteca, existe la amenaza de resolución del derecho adquirido, como consecuencia de la hipoteca.

Por eso, la Sentencia de 22 de mayo de 1963 atribuyó a la hipoteca el efecto de condición resolutoria respecto a los derechos y actos posteriores. La regla 17.^a del artículo 131 LH no es más que una consecuencia lógica y necesaria de tal naturaleza derivada de los artículos 104 LH y 1.876 CC, por lo que su interpretación no puede hacerse en forma literal o aislada sino en consecuencia con los efectos que se pretenden de la hipoteca y que reconoce la legislación sustantiva.

La presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, a diferencia de las anteriores, no tiene para nada en cuenta esta naturaleza del derecho real de hipoteca, y la contempla sólo en la superficialidad resultante de un precepto de ejecución procesal, cuando la regulación de la ejecución es consecuencia de la naturaleza sustantiva y real del derecho.

V. LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 114 LAU

Las causas del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no son tasadas en el sentido de que no puedan admitirse otras que resultan de los principios generales del derecho y de la regulación resultante de otras leyes.

Como ha dicho José Antonio Miquel, el “ecosistema” y la interrelación de sistemas no es sólo fundamental en la naturaleza, sino también en el Derecho, en donde la interpretación ecológica, necesaria para que subsistan los diferentes derechos en conflicto, ha de hacerse teniendo en cuenta el tradicional elemento sistemático en la interpretación de la leyes y de todo el ordenamiento.

¿O es que sólo está vigente la Ley de Arrendamientos Urbanos? ¿Y el resto del sistema vigente?

Supongamos que los padres de unos menores conciertan un arrendamiento urbano por más de seis años o tiempo superior al que falte a los menores para llegar a la mayoría de edad, como consecuencia de la prórroga legal forzosa del artículo 57 LAU. ¿Es que los menores al llegar a la mayoría de edad no tienen derecho a resolver el arrendamiento concertado por sus padres? Esa causa no está en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y sin embargo viene impuesta por aplicación de los principios generales del sistema, y concretamente atendiendo a las facultades de los padres en relación con los hijos menores.

En el presente caso, estamos ante la existencia de un derecho real de hipoteca y un derecho de arrendamiento. Para el primero rige la Ley Hipotecaria. Para el segundo, la Ley de arrendamientos urbanos. ¿Por qué empeñarse en la aplicación exclusiva de la Ley de arrendamientos urbanos desconociendo la regulación existente acerca del otro derecho en conflicto? Al menos habrá que reconocer que existe un problema interpretativo, pero nunca partir exclusivamente del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que supone desconocer el ecosistema jurídico del ordenamiento en su totalidad, razón por la cual, hay que descartar el pretendido argumento utilizado.

Supongamos otro ejemplo: se dona una finca urbana imponiendo la prohibición de arrendar durante tiempo determinado. Esta prohibición es válida, pues se contiene en acto a título gratuito. Si el donatario arrienda la vivienda en contra de esa prohibición, ¿es válido el arrendamiento? A pesar de que no esté en la lista del artículo 114 LAU ese arrendamiento podrá dejarse sin efecto. Y lo mismo el comprador de finca urbana sujeto a condición resolutoria en garantía del pago del precio aplazado. Si incumple su obligación de pago, quedan sin efecto todos los actos realizados por el comprador entre ellos los arrendamientos, y la finca ha de pasar al

vendedor libre de los mismos, aunque no esté en la lista del artículo 114 LAU, porque resulta de otros preceptos del ecosistema jurídico, que están plenamente vigentes.

VI. EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Otro de los argumentos de la sentencia es el artículo 57 de la LAU, que se refiere a la prórroga obligatoria para el arrendador “aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones”.

Ante todo, la cita de este artículo demuestra, según hemos visto antes que la sentencia sólo se refiere a los arrendamientos concertados con anterioridad al Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, y no a los posteriores a los que no se aplique la prórroga forzosa.

Pero es que en segundo lugar, y esto es lo más relevante, el artículo 57 está mal interpretado por esa sentencia, y ello por dos razones fundamentales:

- a) La primera de ellas es que el artículo 57 LAU se refiere a un “tercero que suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones”.

El concepto de “sucesión” en sentido amplio, que es el empleado por el precepto, implica “traer causa”, es decir, una adquisición derivativa. Pero cuando ese “tercero” (el adjudicatario de la subasta hipotecaria) adquiere no en virtud de un acto de voluntad del arrendador propietario sino en virtud de un derecho anterior de hipoteca, no puede decirse que traiga causa del arrendador, sino que adquiere como consecuencia de la facultad de realización de valor de la finca que tiene el acreedor hipotecario por razón de la hipoteca y que puede promover ante la autoridad judicial en el procedimiento de ejecución. No trae causa del último propietario, sino que a pesar de ese propietario arrendador y aun contra su voluntad, adquiere. Por eso, la Sentencia de 5 de febrero de 1945 dice que el remate en ejecución de la hipoteca no es una transmisión regida por el artículo 27 de la LAR (hoy art. 74, que luego veremos), pues *viene de acto precedente* que no autoriza el derecho a ceder el disfrute cual fue practicado... en oposición o perturbación del otro antecedente (derecho de hipoteca)”. Y por eso, otras sentencias, como la de 22 de diciembre de 1945 (para un arrendamiento de industria) y la ya citada de 22 de mayo de 1963 (para un arrendamiento urbano de la LAU) aplican el concepto de rendición resolutoria respecto a las transmisiones ulteriores a la hipoteca y a los derechos constituidos con posterioridad a ella.

Respecto a esos terceros que no suceden ni traen causa del arrendador sino de un acto precedente, en virtud del cual el Juez adjudica la finca (recuérdese la nueva redacción de la regla 17.^a del art. 131 LH en que no se habla ya del Juez como representante del dueño), no les afecta la “relación arrendaticia”, que el acto “inter alios” y posterior, sino la “relación hipotecaria”, preferente a la relación arrendaticia.

Así se compaginan perfectamente la aplicación del artículo 57 LAU a aquellos supuestos en que el tercero adquirente trae causa directa de un propietario que no está sujeto a hipotecas anteriores y la aplicación de la Ley Hipotecaria a aquellos supuestos en que el adquirente deriva o trae causa de un derecho de hipoteca anterior al arrendamiento.

Y lo mismo ha de entenderse en el caso de que el adquirente “traiga causa” de un derecho de opción constituido con anterioridad al arrendamiento, pues entonces adquiere no como sucesor del propietario, sino como sucesor derivativo del derecho de opción anterior al arrendamiento.

- b) Pero no es sólo lo dicho anteriormente acerca del concepto de “sucesión”, sino que además, “sucesión” significa “subentrar” en la misma posición que tenía el causante o transmitente. Esto es especialmente aplicable al caso del artículo 57 de la LAU en que se habla del “tercero que suceda al arrendador *“en sus derechos y obligaciones”*. Pues bien, este “subentrar”, “subrogarse” (como utiliza la LAR) implica colocarse en la misma posición que tenía el propietario arrendador. Ahora bien, la posición que tiene el propietario arrendador en caso de finca anteriormente hipotecada es la de un propietario sujeto a las consecuencias de dicha hipoteca, y por tanto, no puede referirse a él el artículo 57 de la LAU, pues el tercero adquiere en virtud de la hipoteca y no “subentra” o se “subroga” en la misma posición.

Por eso, ha dicho acertadamente Ginot Llobateras (“La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo VIII, fascículo IV, 1955, pág. 1217) que en la venta forzosa no se cumplen dos de los tres requisitos que Barassi considera esenciales para que exista sucesión y así, no existe identidad en la relación jurídica transmitida por cuanto el adjudicatario en la subasta no adquiere el derecho del ejecutado en la misma situación en que éste lo tenía en el momento de producirse la transmisión (puesto que desaparecen todos los derechos constituidos con posterioridad a la hipoteca o a la anotación de embargo), sino que lo adquiere en la situación que tenía el

derecho en el momento de constituirse la hipoteca. De otro lado, en cuanto al nexo que liga al ejecutado y al adjudicatario, tampoco se produce en la misma forma que la venta voluntaria, pues en aquel caso la voluntad del ejecutado es sustituida por la intervención del órgano jurisdiccional y por el poder del acreedor, en cuya posibilidad de "accionar" la ejecución radica la verdadera "facultad de disposición" sobre el bien hipotecario".

La concordancia entre el artículo 57 de la LAU y la Ley Hipotecaria, por tanto ha de buscarse en una interpretación sistemática del ordenamiento, lo que significa que el artículo 57 no se refiere a los terceros que sucedan al arrendador estando este sometido o sujeto a la hipoteca anterior al arrendamiento, sino a los terceros que sucedan al arrendador exclusivamente en el arrendamiento por no existir derecho anterior.

La adquisición del adjudicatario no supone subrogación sino "pérdida" del derecho del anterior propietario y nueva adquisición por su parte, la idea de "pérdida" de derechos del propietario arrendador ha sido destacada por el Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1984.

Estas son razones que explican la normativa del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuando determina la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, y la adquisición por el adjudicatario de la subasta de la finca libre de toda carga o limitación posterior (reglas 8.^a y 17.^a del art. 131 LH). Insistimos en que no se trata sólo de lo que dice una norma adjetiva, sino que ella es consecuencia de la configuración sustantiva de la hipoteca como derecho real de realización de valor y como derecho real que supone una fuerte limitación del dominio y la resolución de los actos posteriores.

VII. EL ARTÍCULO 219-2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y EL PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA HIPOTECA POR CONCERTAR ARRENDAMIENTOS DE RENTA BAJA

Alude también la sentencia que se comenta, al artículo 219-2.º del Reglamento Hipotecario, que, como es sabido, estableció en la reforma de 1959, la posibilidad de ejercitar la acción de devastación en caso de arrendamiento de finca hipotecada concertado en determinadas condiciones de renta anual que no cubriera con la capitalización al 6 por 100 la totalidad de las responsabilidades garantizadas con la hipoteca.

Ahora bien, con la cita de este precepto reglamentario, no se da cuenta la sentencia de que en realidad nada tiene que ver con el problema debatido, y ello teniendo en cuenta lo siguiente:

1.º) En primer lugar, el artículo 219-2.º RH no tiene por qué interpretarse en un determinado sentido autónomo, sino que, al ser norma adjetiva —ésta sí que sí, más todavía que la regla 17.ª del artículo 131 LH—, debe interpretarse en concordancia con lo que resulte de la legislación sustantiva. Por tanto, lo que hay que dilucidar es si la hipoteca anterior al ejecutarse determina la extinción del arrendamiento posterior teniendo en cuenta la interpretación que resulte de la legislación sustantiva, sin traer para nada a colación, ni prejuzgar la interpretación, con una norma reglamentaria y meramente adjetiva como es el artículo 219-2.º RH. Se trata simplemente de un precepto que permite ejercitar la acción de devastación por parte del acreedor hipotecario contra el dueño de los bienes hipotecados, y nada más. Ha podido ser introducido en el año 1959 con la finalidad de paliar una determinada situación partiendo de interpretaciones de textos sustantivos que pueden estar perfectamente superadas y que hacen innecesario buscar cualquier explicación a dicho precepto. No obstante, puede tener perfecta explicación aun partiendo de que la ejecución de hipoteca anterior extingue el arrendamiento posterior, y ello es partiendo de dos consideraciones. La primera, que un arrendamiento posterior con baja renta da lugar a que en la subasta se restrinjan los postores por el temor reverencial a todo arrendamiento, lo que justificaría que el acreedor hipotecario que ve amenazado la obtención de un valor adecuado en subasta solicite ya de antemano una serie de medidas al Juez. La segunda, que no hay por qué descartar el supuesto de hipoteca extensiva a las rentas de la finca (conforme al art. 111-3.ª Ley Hipotecaria) y para ese caso, es importante para el acreedor hipotecario contar con unas rentas adecuadas del inmueble derivadas de un arrendamiento y no unas rentas mínimas que para nada le han de servir. En todo caso el artículo 219-2.º RH es de poca utilidad y no se ha usado nunca en la práctica.

Además, prescindiendo de las explicaciones que puedan darse al artículo 219-2.º RH, está dictado en una época de confusionismo respecto a la legislación arrendaticia, que no puede prejuzgar de ninguna manera interpretaciones actuales, como las que resultan de las sentencias del Tribunal Supremo citadas al principio, que si no se vieron constreñidas por el texto del artículo 219-2.º RH, por ser norma adjetiva, de la misma manera no puede ser traído a colación ahora el artículo 219-2.º RH para apuntalar una doctrina contraria a las mismas, pues lo adecuado es que el Reglamento Hipotecario se adapte a la interpretación resultante de las normas sustantivas y no viceversa.

2.º) Extraña también que la presente sentencia cite el artículo 219-2.º del Reglamento Hipotecario para resolver un problema que no es el de la acción de devastación —único del que se ocupa el precepto—, sino para determinar si se produce o no una causa de resolución del arrendamiento, sin darse cuenta de que el artículo 219-2.º RH para nada se ocupa de los problemas de resolución arrendaticia. Por tanto, no es que para los arrendamientos de renta superior al mínimo que señale, los arrendamientos subsisten después de la ejecución, y para los inferiores al mínimo, se resuelven, que es lo que pretende razonar la sentencia, sino que *en ningún caso*, se puede producir la resolución del arrendamiento en base al artículo 219-2.º RH, sino otras medidas que puede adoptar el Juez, que son la de declarar vencido el crédito (no el arrendamiento), ampliar la hipoteca, decretar la administración judicial (“con lo que —según La Rica, que intervino en la reforma reglamentaria— el percibo de las rentas será en beneficio del acreedor”) y otras medidas que el Juez estime conveniente. Pero como dice el propio La Rica, “no podrá, desde luego, declarar la nulidad o rescisión del arriendo ni dar lugar al lanzamiento del inquilino o arrendatario. A esto, que hubiera sido la solución tajante, no se atrevió a llegar el legislador, ni aun en el caso justificado de actuación dolosa de arrendador y arrendatario, lo que podría determinar otra clase de procedimientos judiciales”.

Por tanto, es absurdo apoyarse en los supuestos del artículo 219-2.º RH, como hace esta sentencia del Tribunal Supremo, para determinar la resolución del arrendamiento, según los casos, pues del artículo 219-2.º RH no resulta en ningún caso, tal resolución, sino que esto derivará de la legislación sustantiva, que la presente sentencia no tiene en cuenta.

3.º) Más absurdo todavía es apoyarse en un pacto de vencimiento anticipado pactado en la escritura de constitución de hipoteca, para argumentar respecto al distinto problema de la resolución del arrendamiento, olvidando que no estamos ante un problema de “vencimiento anticipado del crédito hipotecario”, que es para lo que estipuló el pacto, sino ante un problema de “extinción del arrendamiento posterior con motivo de la ejecución de la hipoteca”

4.º) Igualmente es absurdo apoyarse en un pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca, para argumentar en relación con el artículo 219-2.º RH, cuando dicho pacto es inadmisibile y no es válido en Derecho, pues precisamente al existir el artículo 219-2.º RH que señala el camino de la acción de devastación encargando que sea el Juez el que determine lo que ha de hacerse en estos casos, en contra de ese precepto, decide libremente el acreedor hipotecario el vencimiento anticipado del crédito, que es una medida que en principio no tiene mucho sentido desde la perspectiva de la propia sentencia, pues el vencimiento anticipado del crédito

hipotecario de nada sirve para detener los efectos del arrendamiento, ya que éste subsiste según la propia sentencia. Unicamente, si con el transcurso del tiempo las rentas quedan congeladas, podría ser útil la acción de devastación siendo el Juez el que valore en cada caso si procede o no el vencimiento del crédito o si se toma otra medida, todo lo cual es independiente del problema de que el arrendamiento se haya de extinguir o subsista con motivo de la ejecución, pues, según hemos visto, es un problema independiente sobre el que no resuelve la acción de devastación ni tampoco el pacto de vencimiento anticipado.

5.º) Pero es, que, por último, el pacto de vencimiento anticipado que contempla la sentencia, es totalmente ilegal e inadmisibles en Derecho, y constituye un abuso por parte del acreedor hipotecario que lo utiliza. La sentencia cita impasible el pacto contenido en la escritura de hipoteca a pesar de que, al recogerlo literalmente, tendría que haberle extrañado su redacción. Dicho pacto autoriza el vencimiento anticipado del préstamo a instancia del acreedor si el hipotecante arrienda el inmueble por renta anual “que capitalizada al porcentaje legal anual no cubriese la responsabilidad total asegurada o la gravase con carga real que disminuya su valor de garantía o de subasta”.

La sentencia recoge esta última parte del pacto sin inmutarse, cuando sabido es que los pactos de vencimiento anticipado que implican una limitación a la facultad de disponer han de considerarse contrarios al artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, es evidente que la segunda parte del pacto, la de “gravar con carga real la finca hipotecada que disminuya su valor de garantía o de su subasta” es ilegal y no puede tener acceso al Registro por ser contraria al artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Lo menos que podía haber hecho la sentencia es advertir que esa segunda parte de la cláusula es ilegal.

Pero si es ilegal esa segunda parte, también lo es la primera, pues el fundamento de la ilegalidad es el mismo, es decir, la limitación de la libre voluntad del propietario que no puede ser coartada por el acreedor hipotecario. Si ni siquiera en el procedimiento judicial de la acción de devastación cabe considerar ilegal el arrendamiento concertado, mucho menos puede partirse de la prohibición o restricciones, por pacto.

Este pacto, en realidad, no es objeto de inscripción y, por tanto, ha de tenerse como no puesto, a efectos de la hipoteca en que la inscripción es constitutiva.

Luego comentaremos la resolución DGRN de 27 de enero de 1986 siendo nuestra opinión que de acuerdo con la realidad social actual, lo más adecuado es permitir que el dueño obtenga los frutos civiles de la finca que tengan por conveniente, concertando los arrendamientos precisos, a pesar de la existencia de hipotecas de larga duración. Es mejor

admitir arrendamientos y fomentarlos aunque, en el caso de finca hipotecada, queden sometidos a los efectos de ésta, que no dar lugar, con esta interpretación, a que el dueño no concierte ningún contrato de arrendamiento porque se ve amenazado por el vencimiento del crédito hipotecario. Ello sin olvidar, como después veremos, que el mercado arrendaticio nada tiene que ver con el mercado de créditos hipotecarios en que juegan baremos y circunstancias muy diferentes.

6.º) También es muy aventurado por parte de la presente sentencia interpretar el pacto de vencimiento anticipado cuando hace referencia a la capitalización “al porcentaje legal anual” a que éste ha de ser el 6 por 100, pues éste no es ningún “porcentaje legal”, sino “reglamentario” a lo sumo, y si no está determinado, lo procedente es declarar la ineficacia de dicho pacto, no ya sólo por ir contra el artículo 27 LH sino por indeterminación de su contenido que impide que tenga efecto. El porcentaje legal anual podía ser también el interés legal del dinero por ejemplo, como interpretó extrañamente, por cierto, la Resolución de 27 de enero de 1986. Pero lo que queremos resaltar es la indeterminación del pacto que produce también por este camino su ineficacia.

VIII. LA DISTINCIÓN ENTRE POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA

Alude también la presente sentencia como último de sus argumentos a la compatibilidad entre la posesión mediata del dueño adjudicatario de la subasta y la posesión inmediata del arrendatario, partiendo de la conocida distinción entre posesión mediata y posesión inmediata. Siendo realista, lo primero que hay que reconocer es que una posesión mediata es una posesión desvalorizada para el dueño, pues no le permite ejercitar con libertad y plenitud la facultad de disfrute o sea de obtener los frutos civiles de la cosa, con lo que en lugar de adquirir una finca libre de cargas, habrá adquirido una finca gravada con el derecho resultante de la posesión inmediata, a pesar de que éste se constituyó con posterioridad a la constitución de hipoteca. No olvidemos que el adjudicatario deriva su derecho de la hipoteca, y adquiere por derivación de ese derecho de hipoteca que cuando se constituyó no existía ninguna posesión inmediata distinta de la del dueño hipotecante.

La posición de la presente sentencia respecto a la posesión no sólo contradice la naturaleza de la hipoteca que parte de la extinción de los derechos con sus posesiones posteriores a aquélla, según hemos visto, sino que supone además, una errónea interpretación de la regla 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria cuando alude a la puesta en posesión judicial.

Esta “puesta en posesión” no puede ser la de la posesión mediata, pues

ésta la tiene ya concedida al adjudicatario en virtud de la tradición instrumental del artículo 1.462-2.º del Código Civil en base al testimonio del auto judicial de adjudicación, que tiene los mismos efectos traditorios que la escritura pública de venta, según ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencias de 27 de enero de 1927 y 30 de noviembre de 1939.

En este sentido López Liz acertadamente (pág. 240 de su libro “Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria”).

Por tanto, para que la regla 17.ª del artículo 131 LH tenga algún sentido, la “puesta en posesión” ha de interpretarse que es la posesión inmediata, que ha de llevar consigo el lanzamiento de los poseedores que tengan un derecho de condición inferior a la hipoteca. Por eso, cuando el artículo 2.057 LEC se refiere a “dar la posesión, sin perjuicio de tercero de mejor derecho”, no quiere decir que quede amparado el derecho de un arrendatario posterior, como al parecer quiere deducir la presente sentencia, sino que se refiere a los terceros de “mejor derecho” que la hipoteca, es decir, a los que son “anteriores a la constitución de hipoteca” y que subsisten conforme a lo dispuesto en la regla 8.ª del artículo 131 LH.

Todos estos preceptos que cita la sentencia, es decir, la regla 17.ª del artículo 131 LH y el artículo 2.057 LEC favorecen la tesis aquí sustentada, es decir que el adjudicatario ha de ser puesto en posesión inmediata de la finca y no sólo en la posesión mediata, y en cuanto al concepto de “tercero de mejor derecho”, del conjunto de tales preceptos, en relación con la naturaleza de la hipoteca, se deduce que son los terceros anteriores a la hipoteca y no los posteriores. Pero en cualquier caso, del artículo 2.057 LEC no se deduce ningún argumento en favor de la tesis de esta sentencia, como ella parece querer deducir. A lo más que podríamos llegar es a decir que el artículo 2.057 LEC no se deduce ningún argumento ni a favor ni en contra, y por ello, hay que buscarlo en otros preceptos y razonamientos. Es que parece como si la sentencia quisiese apoyarse en el artículo 2.057 LEC, cuando es una norma en blanco acerca del tema que se debate.

En todo caso, decirle al adjudicatario de la subasta que no se discute su derecho de dominio y que ya tiene la posesión mediata de dueño, aparte de no ser convincente, no deja de ser una broma de mal gusto para los que derivan su derecho de una hipoteca constituida con anterioridad a los arrendatarios posteriores.

IX. LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JUNIO DE 1990

La reciente legislación de arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980, con antecedentes en la legislación anterior, llega en el ámbito de lo rústico a solución similar a la que defendemos para el ámbito de lo

urbano, siquiera con los matices propios de cada legislación, por lo que no conviene mezclar la jurisprudencia producida respecto a uno y otro ámbito. Por eso, apenas se ha aludido hasta ahora ni a la Sentencia de 5 de febrero de 1945 ni a la de 9 de junio de 1990. Pero conviene estudiarlas para contrastar sus soluciones, advirtiendo que su doctrina, sea la que fuere, no es extrapolable al arrendamiento urbano.

La antigua y fundamental Sentencia de 5 de febrero de 1945 declaró que el arrendamiento rústico posterior a la constitución de hipoteca se resuelve con la ejecución de la hipoteca.

Esta sentencia es importantísima por sus razonamientos, diciendo lo siguiente: “La hipoteca, derecho real de máxima garantía para la realización del valor de la cosa gravada, efectuada por su titular del pleno dominio, naturalmente pulveriza cuando su efectividad llega cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas en el fondo posteriormente a la fecha de aquélla; momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos. Produce, sin duda, tal destrucción incluyente de cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste porque es de esencia sustancial de la calidad de ese característico gravamen, y porque la razón advierte la notoria influencia que en el dicho valor en cambio inmobiliario tienen los condicionados de la facultad de disfrutar que ciertamente merman la garantía constitutiva, y cuando se trate de arrendamiento a largo plazo estipulado después de dicha garantía ocasiona el finiquito de éste. Lo determina registralmente al ser cancelada su inscripción si lo estuviere como derecho real y la causa de su título personal porque la propia hipoteca deshace el derecho del arrendador para acceder en perjuicio de aquella facultad dominical que integra parte de lo realizable asegurado. De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo, pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute por tantos años que prácticamente si se abonaren anticipados —y no en el tiempo ni forma de pago legales— reducirían poco menos que a la nada el valor de la finca”.

De esta sentencia se desprende:

1.º) Que la hipoteca es un derecho de máxima garantía y pulveriza cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas con posterioridad a ella

2.º) Que la fecha clave es la de constitución de hipoteca, a la que han de retrotraerse sus efectos, y que el adjudicatario deriva su derecho del de hipoteca.

3.º) Que esa pulverización es de esencia sustancial de la hipoteca.

4.º) Que un arrendamiento a largo plazo tiene influencia en el valor en cambio inmobiliario y por ello se debe ocasionar el finiquito de éste.

5.º) De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo, pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute y anticipar los pagos.

Todos estos argumentos y doctrina relacionados con un arrendamiento rústico podrían ser perfectamente trasladables a cualquier arrendamiento y situación jurídica posterior a la hipoteca, pero preferimos limitar el ámbito de esta sentencia al supuesto concreto planteado, pues para el arrendamiento urbano contamos ya con esas otras sentencias fundamentales antes citadas.

La reciente Ley de Arrendamientos Rústicos resuelve en el mismo sentido la cuestión, lo que resulta claramente de los artículos 13 y 78 de la misma, que si bien ofrecen distintos matices de redacción, parten del principio de que cuando el derecho del arrendador es limitado, el arrendamiento corre la suerte resolutoria que tenía el derecho del arrendador. El artículo 13 parte del principio de que “resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho concedido”, y lo aplica a los supuestos de arrendamiento concedido no sólo por usufructuario, sino para enfiteuta, superficiario u otro que otorgue análogo derecho de goce sobre la finca”, términos éstos suficientemente amplios y no limitados al usufructo, y sin salvedad alguna respecto a supuestos notoriamente dañosos, a diferencia de la Ley de arrendamientos urbanos, que permiten entender, como ha reconocido la doctrina que en caso de finca hipotecada, los arrendamientos concertados por el dueño se extinguen como consecuencia de la ejecución hipotecaria.

Por si no fuera suficiente, el artículo 78 de la misma LAR contiene la regla general de que “la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento”. Aunque del primer precepto se desprende más bien la “resolución automática” del arrendamiento, y en cambio, del segundo precepto, se desprende una “resolución a instancia del que resulte propietario”, uno y otro coinciden en que la ejecución hipotecaria afecta al arrendamiento y da o puede dar lugar a la extinción de éste, sin que el arrendatario pueda prevalecerse de ninguna norma de protección.

A pesar de estos claros preceptos en el ámbito de lo rústico, también existe otra sentencia, la de 9 de junio de 1990, en que se hacen unas declaraciones criticables que parecen limitar los efectos de la hipoteca en un caso de arrendamiento rústico concertado con posterioridad a dicha hipoteca, pues, al igual que la Sentencia de 23 de febrero de 1991, que ahora se critica, alude también el artículo 219-2.º RH, que por lo visto, cobra ahora una inusitada importancia para estas dos sentencias.

Con ser muy criticables las declaraciones de dicha Sentencia de 9 de

junio de 1990, frente a la impecable Sentencia de 5 de febrero de 1945 y frente a las sentencias ya comentadas en materia de arrendamientos urbanos, pues podrían llevar a la destrucción del crédito hipotecario tan esencial para la agricultura en general, y para Extremadura en particular, que es donde estaba sita la finca del caso concreto de esa sentencia, y a la destrucción de todos los principios civiles e hipotecarios tradicionales. Hay que llegar a la conclusión, después de una detenida lectura de la misma, que no se opone a esas sentencias anteriores —a diferencia de la Sentencia de 23 de febrero de 1991 que sí se opone a ellas—, sino que se refiere a un problema diferente, por lo que las declaraciones que hace esa Sentencia de 9 de junio de 1990 a anteriores sentencias, aparte de ser equivocadas y referirse al distinto campo de los arrendamientos urbanos, constituyen meros “obiter dicta”, que no pueden destruir la impecable doctrina resultante de las mismas. Por cierto que la Sentencia de 5 de febrero de 1945 ni siquiera es citada por ella.

Hay que tener en cuenta lo siguiente, respecto a dicha Sentencia de 9 de junio de 1990:

1.º) Que se refiere a un problema de derecho de retracto arrendaticio rústico, no a un problema de extinción del arrendamiento como consecuencia de la ejecución hipotecaria.

2.º) Enlazado con lo anterior, que la sentencia reconoce que los adquirentes en pública subasta no sufren mayor perjuicio que el nacido de la Ley al reconocer el derecho de retracto. Por tanto, no se plantea el problema que se produciría si no hubiera ejercido el retracto el arrendatario, pues ese otro problema que resuelven las sentencias citadas no tendría otra solución que la de la extinción del derecho de arrendamiento posterior como consecuencia de la ejecución hipotecaria.

3.º) Que la sentencia se refiere a un supuesto de la LAR, no de la LAU y ocurre precisamente que la LAR tiene esos dos preceptos 13 y 78 que de una u otra forma, ahora lo veremos, aplican el principio de que “resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho concedido”, lo que concuerda perfectamente con el supuesto de la regla 17.ª del artículo 131 LH.

4.º) Que el artículo 13 de la LAR permite que el arrendamiento rústico subsista en caso de resolución del derecho del concedente, durante el año agrícola, por lo que, desde determinadas perspectivas podría defenderse con más o menos fundamento, que si subsiste el arrendamiento rústico después de la ejecución, se mantiene de momento su derecho de retracto. A dicho precepto alude precisamente la Sentencia de 9 de junio de 1990. Luego veremos que no compartimos tal interpretación, pero lo que queremos resaltar es que hay un elemento diferencial en la LAR

respecto a la LAU que permite mantener posturas diferentes, al menos en lo que respecta al retracto arrendaticio.

5.º) La Sentencia de 9 de junio de 1990 también alude al artículo 78 de la LAR, que tampoco tiene paralelismo con la LAU, y según el cual “la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada *facultará* al que resulte propietario *para pedir la resolución del arrendamiento* sin perjuicio de las acciones que corresponda a los que concertaron el contrato”. De aquí deduce la sentencia que no se produce una resolución del arrendamiento rústico “ope legis”, sino que otorga una “facultad” para pedir la “resolución”, acción o facultad que no se había ejercitado cuando los arrendatarios ejercitaron el derecho de retracto.

Por tanto, la doctrina de esta Sentencia de 9 de junio de 1990 en nada afecta a los arrendamientos urbanos, ni afecta tampoco al problema de la extinción del arrendamiento posterior como consecuencia de la hipoteca, sino que se limita a destacar que cabe el derecho de retracto del arrendatario rústico respecto a la adjudicación de la subasta derivada de la ejecución de hipoteca, partiendo de que el arrendamiento subsiste durante el año agrícola y que no se extingue “ope legis” sino a instancia del nuevo propietario.

Hay una serie de dificultades para admitir la doctrina de esta sentencia, aun matizada a ese aspecto, y ello por lo siguiente:

a) Porque el derecho de retracto es consecuencia del derecho de arrendamiento, y si se estima que éste carece de prelación respecto a la hipoteca, no iba a ser de mejor condición el derecho de retracto derivado del arrendamiento, aun en el supuesto de entender que dicho derecho de retracto subsiste, pues se trata en definitiva de otro derecho también posterior a la hipoteca, que se resuelve como consecuencia de la ejecución hipotecaria. En otro caso, se llegaría al absurdo de que el propietario de finca hipotecada podría concertar retractos convencionales que surtirían efecto a pesar de ser posteriores a la hipoteca, pues siguiendo el razonamiento de esta sentencia “en nada perjudica al adjudicatario de la subasta, pues se la paga en el retracto lo que pagó con los gastos”. Pero ese no es el problema, sino que la prioridad de los derechos impone atender a los de constitución anterior con la consiguiente purga de los posteriores. Así lo entiende también la doctrina de los autores en contra de la presente Sentencia de 9 de junio de 1990, como por ejemplo Carlos Cuadrado González, que dice: “A nuestro juicio, la única solución razonable es la de estimar que el derecho sigue la misma suerte que la relación arrendaticia de que forma parte; es decir, se extingue con motivo de la adjudicación de la finca en el procedimiento de ejecución de la hipoteca. El argumento del

doble y contradictorio efecto de auto de adjudicación dictado en el procedimiento de efectividad incurre en el error de fijar la atención en el procedimiento por el que se actúan los últimos efectos de la hipoteca, la venta judicial del bien hipotecado, que a nuestro juicio es lo adjetivo, con olvido de la causa que dio lugar a dicha transmisión, que no es otra que la existencia de un acto de disposición del propietario (constitución de la hipoteca), anterior al nacimiento del arrendamiento (y por tanto, al nacimiento del derecho de retracto), mediante el cual condicionaba la eficacia de sus propios actos de disposición sobre la finca al exacto y puntual cumplimiento de una obligación”.

La procedencia del derecho de retracto puede perjudicar las subastas, pues caben retracciones de postores ante esa posibilidad, lo que repercute negativamente en el derecho real de hipoteca y en sus efectos.

b) Porque respecto a la subsistencia del arrendamiento rústico mientras no se inste su resolución, no entra en el problema, también planteado por Carlos Cuadrado González (obra citada publicada en *La Ley*), de la posible antinomia entre los artículos 13 y 78 de la LAR, al partir el primero de la resolución automática “ope legis” y en cambio, el segundo, exigir que se produzca una iniciativa del nuevo propietario o “facultad de resolver”.

Carlos Cuadrado González trata de resolver esa dificultad delimitando el ámbito de aplicación de uno y otro precepto, en el sentido de referirse el artículo 13 a los supuestos de existencia previa de un derecho real sobre la finca que limita las facultades del propietario y que da lugar en su día a la extinción o resolución automática del arrendamiento; y refiere, en cambio, el artículo 78 a aquellos otros casos en que se produce una ineficacia negocial, es decir, cuando no existiendo previamente limitaciones, el negocio por el que adquirió el futuro arrendador es objeto de nulidad, anulabilidad, rescisión, pues no estamos entonces ante un “vicio del derecho del transmitente (como en el art. 13), sino del negocio en sí”.

A pesar de esta interesante delimitación de preceptos, no parece que haya fundamento suficiente para efectuar tal diferencia, que no resulta de los preceptos citados, ni explica por qué ante un supuesto de nulidad del negocio precedente, no se produce también la nulidad (y no la resolución) de los negocios subsiguientes, entre ellos el arrendamiento.

Parece preferible concordar los artículos 13 y 78 de la LAR en el sentido de que el artículo 13 se refiere a los supuestos en que tiene lugar la extinción del arrendamiento, y el artículo 78 al aspecto procesal de eficacia de la resolución y consiguiente extinción del arrendamiento, en el sentido de exigirse una iniciativa del propietario y no una actuación automática y “ope legis”.

Y ello es así porque dichos preceptos no distinguen los supuestos de

resolución, y además, porque parece lógico que el nuevo propietario decida si prefiere continuar el arrendamiento concertado por el anterior dueño asumiéndolo por entender que es beneficioso para sus intereses, o si prefiere ejercitar la facultad de resolución respecto al mismo.

Se dirá que ello puede tener consecuencias respecto a la forma de operar la regla 17.^a del artículo 131 de la LH, pero la especialidad consiste únicamente, desde la perspectiva del artículo 78 LAR en la necesidad de que el adjudicatario inste del Juez el lanzamiento del arrendatario, lo que puede hacer con ocasión de la solicitud de puesta en posesión que la propia regla 17.^a del artículo 131 LH prevé. El Juez lo concederá si se trata de arrendamiento posterior a la hipoteca y una vez transcurrido el año agrícola a que se refiere el artículo 13 LAR.

Sea de todo ello lo que fuere insistimos en que se trata de una sentencia referida a un caso especial que no puede enlazarse ni conectar con la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, por referirse a supuesto diferente y a preceptos también diferentes incardinados en distinta legislación, cual es la rústica respecto a la urbana.

X. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1991 RESPECTO A LOS PROBLEMAS DE DERECHO HIPOTECARIO

El Derecho Inmobiliario o Hipotecario cuidadosamente diseñado por los legisladores del siglo XIX y retocado por sucesivas reformas hipotecarias y cuyo fundamento último se encuentra en proporcionar el bien de la seguridad jurídica de los derechos y del tráfico jurídico inmobiliario y fomentar el crédito territorial, puede sufrir un duro golpe si prevalece la doctrina de esta Sentencia de 23 de febrero de 1991.

No es que con ello se hunda el Derecho Hipotecario, pero sí se pueden apreciar una serie de consecuencias perjudiciales para la buena interpretación de la legislación hipotecaria y de los propósitos del legislador en relación con esta materia.

He aquí algunas de esas consecuencias perjudiciales:

Primera consecuencia en relación con la eficacia de la hipoteca.— Padece la eficacia del derecho real de hipoteca, con lo que padecerá en definitiva el fomento del crédito territorial, tan importante en materia de viviendas y en materia agraria.

Como ha dicho acertadamente Eduardo Estrada Alonso en “La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados”, *RCDI*, núm. 591, 1989, pág. 412: “Sobre este particular, hemos de destacar, en primer lugar, que la declaración de su eficacia (del arren-

damiento posterior) constituiría una desnaturalización para la propia garantía hipotecaria, impidiendo su función principal que es la realización del valor del bien garante”.

“En segundo lugar —continúa dicho autor— no se nos escapa la extorsión de que pueden ser objeto los acreedores hipotecarios en caso de declararse la validez de los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca. Es posible y bastante frecuente, por desgracia, que el propietario de un inmueble hipotecado, viendo próxima e inevitable la ejecución del mismo, lo ceda en arrendamiento, mediante la percepción de una compensación económica a cambio de establecer una renta mezquina, defraudando así a sus acreedores o al adquirente del inmueble que ignore que adquiere la finca con el gravamen que supone un arrendamiento en condiciones excepcionalmente ventajosas para el inquilino” (*Ob. cit.*, pág. 412).

Pero no se trata sólo de los supuestos de fraude, sino de la eficacia de la garantía hipotecaria, que puede ver disminuida su frecuencia, con perjuicio del crédito territorial.

Ahora que bancos, franceses, alemanes, suizos, etc., están prestando dinero a ciudadanos españoles, y cuyos letrados que acuden a consultar al Registrador sobre los efectos de la hipoteca, analizando hasta el mínimo detalle, ¿cómo se les puede decir que su hipoteca anterior nada vale frente a arrendamientos posteriores y que pueden acudir a un pleito para restablecer la situación? Sin duda, dejarán de prestar o acudirán a sistemas de garantía mucho más gravosos para los ciudadanos.

Segunda consecuencia: sobre la clandestinidad de los arrendamientos.—La doctrina de esta sentencia puede repercutir también en la cuestión de la inscripción de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad. Si se sigue la tesis de esta Sentencia de 23 de febrero de 1991, al arrendatario no le interesará para nada la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es más, preferirá no inscribir, pues a eso aconseja la doctrina de la sentencia. En cambio, si se sigue la tesis de las Sentencia de 5 de febrero de 1945, 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, que consideramos correcta e impecable, deberían inscribirse los arrendamientos tanto rústicos como urbanos en el Registro de la Propiedad para evitar que se planteara su extinción por su falta de fehaciencia, como consecuencia de la ejecución hipotecaria, o en todo caso, para evitar que se les considera efectuados de mala fe, en contra de la publicidad registral. Es decir, tendrían sumo cuidado de distinguir entre finca hipotecada y no hipotecada, para concertar o no el arrendamiento y diferenciar las condiciones.

No desconocemos que la legislación arrendaticia, tanto rústica como urbana, concede eficacia al arrendamiento respecto a terceros aunque

dicho arrendamiento no esté inscrito (arts. 57 LAU y 74 LAR), pero se refiere a los arrendamientos no inscritos que sean de fecha anterior al derecho real inscrito, no a los posteriores al derecho inscrito, según hemos tratado de demostrar.

La doctrina de la presente sentencia puede dar al traste con ese estímulo que todavía le queda al arrendatario para inscribir en el Registro ante las consecuencias de la existencia de una hipoteca.

En todo caso, la conexión de los arrendamientos con el Registro de la Propiedad en España es todavía una asignatura pendiente, pero que tiene algunas luces entre ellas el estímulo de la inscripción como solución de conflictos de intereses con otros derechos reales.

A pesar de que la Ley Hipotecaria en su artículo 2 número 5 establece la inscribibilidad de los arrendamientos, lo cierto es que éstos permanecen en la más completa clandestinidad, a efectos de publicidad registral, con los perjuicios que resultan para el tráfico jurídico y por tanto, para la sociedad en general.

Cuando en Europa tienen ya resuelto este problema, previendo la inscripción de los arrendamientos y la eficacia de oponibilidad respecto a terceros (así, Alemania, Francia, Italia, Portugal, etc.), nos encontramos en España con una clandestinidad total en materia de arrendamientos.

Es algo similar a la situación de clandestinidad existente en el siglo XVI e incluso en el siglo XIX en relación con el dominio y demás derechos reales inmobiliarios y que la Ley Hipotecaria de 1861 trató de poner fin acertadamente.

A veces se piensa que hay necesidad de fomentar la inscripción, porque tanto el arrendamiento de vivienda o local de negocio como el de finca rústica lleva en sí mismo la publicidad a través de la posesión inmediata. Pero aparte de que hay casos en que falta la apariencia de la posesión, ésta constituye un sistema incipiente e impreciso de publicidad que no satisface las exigencias del tráfico ni siquiera en el caso del arrendamiento.

En primer lugar, cabe preguntar: ¿en qué concepto se posee? ¿Será un arrendatario, un precarista, un usufructuario, etc.?

En segundo lugar, cualquier adquirente o titular posterior de un derecho real, tiene derecho a saber oficialmente y con plena eficacia (y no sólo a “mendigar” información extraoficial e insegura), no ya que hay un poseedor, sino cuál es la duración del contrato de arrendamiento, sobre todo a partir del RDL de 30 de abril de 1985, y esto no se lo dice la posesión, ni le basta preguntar, pues se le puede decir un plazo que no corresponda a la realidad o mostrarle incluso un contrato no fehaciente o falso. Es decir, se produce aquí una laguna en la seguridad jurídica, que puede cubrir perfectamente la utilización de la legislación hipotecaria.

En tercer lugar, el adquirente o titular posterior del derecho real nece-

sita saber también cuál es la renta que paga el arrendatario, pues de ello dependerá si le conviene o no realizar la adquisición o inversión.

En cuarto lugar, pueden existir una serie de pactos o condiciones particulares en el arrendamiento, sobre reparaciones, obras y mejoras, que también les interesa conocer a los terceros.

En quinto lugar, incluso la posesión puede engañar, pues puede faltar en aquellos supuestos de viviendas o locales en que el arrendatario no los ocupa por tiempo inferior a seis meses. También pueden producirse situaciones como las del derecho de retorno en que existe arrendamiento y sin embargo no hay rastro de posesión ni de visibilidad del mismo, y sería necesaria su constancia registral para que los terceros pudieran conocer su existencia.

La constancia registral del arrendamiento también permitiría al propio inquilino o arrendatario ejercitar prontamente el derecho de retracto sin depender de la declaración del transmitente a que alude el artículo 55 LAU pues si constare inscrito el arrendamiento, el Registrador exigiría la notificación en todo caso, y no se prestaría el supuesto a declaraciones falsas o contrarias a la realidad por parte de los transmitentes.

La constancia del arrendamiento en el Registro de la Propiedad permitiría en definitiva resolver los conflictos de derechos de una forma ordenada conforme al principio de prioridad.

Ya que respecto a arrendamientos anteriores a la hipoteca, aunque no estén inscritos, no es posible su extinción en la legislación vigente, al menos interpretemos bien la propia legislación en el sentido de que los arrendamientos posteriores a la hipoteca inscrita quedan sin efecto en la ejecución de la misma, y no como entiende esta Sentencia de 23 de febrero de 1991.

Tercera consecuencia: El pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por concertar arriendos.—La doctrina de esta sentencia también puede repercutir en el problema de la inscribibilidad o no del pacto de vencimiento anticipado que se suele pactar en las escrituras de hipoteca, por razón de concertarse por parte del hipotecante arrendamientos de renta que capitalizada al 6 por 100 no cubra la responsabilidad total asegurada con la hipoteca. La presente sentencia, al dar juego a ese pacto, a efectos interpretativos, podría fomentar la inscripción en el Registro de ese pacto de vencimiento anticipado.

Pero ese pacto de vencimiento anticipado vulnera dos preceptos fundamentales: a) El artículo 219-2.º RH, pues si para tal supuesto lo que se prevé es el ejercicio de la acción de devastación para que quede a la prudente decisión del Juez lo que ha de hacerse en estos casos, es inadmisibles que quede tal decisión al arbitrio del acreedor hipotecario, en contra del citado precepto. Máxime teniendo en cuenta que el vencimiento del

crédito hipotecario es inútil a estos efectos, pues si se entiende que subsiste el arrendamiento, de nada le valdrá al acreedor hipotecario el vencimiento del crédito. El vencimiento del crédito es para evitar que continúen los perjuicios o deterioros de la finca hipotecaria, como por ejemplo, si hay algún deterioro o desmerecimiento iniciado por el dueño, el acreedor podrá instar la acción de devastación para que se declare vencido el crédito. Pero si se parte de que el arrendamiento continúa es inútil la medida del vencimiento del crédito.

b) El artículo 27 LH y el 107-3.º LH en cuanto niegan eficacia a los pactos limitativos de las facultades de disponer del dueño de la finca.

Con anterioridad a esta sentencia, venía teniendo en la práctica algún predicamento la Resolución DGRN de 27 de enero de 1986, pues en algunas escrituras de hipoteca se pacta el vencimiento anticipado en el supuesto previsto por dicha resolución DGRN. Lo procedente es denegar ese pacto de vencimiento anticipado, a pesar de la cobertura que se le pretendía dar con la resolución citada, y a pesar de que la presente sentencia le da todavía una mayor cobertura, cosa que hemos venido criticando a lo largo de estas notas.

Sobre esa resolución DGRN ya nos ocupamos en otro lugar, tratando de demostrar que su doctrina no daba pie al pacto de vencimiento anticipado. Se trataba de un caso en que se había pactado en la escritura de hipoteca como supuesto de vencimiento anticipado el incumplimiento de la obligación del hipotecante de “no arrendar sin autorización escrita del Banco, sin perjuicio del derecho de éste de impugnar el arriendo cuando sea lesivo a su derecho”.

—Ante este supuesto, la doctrina de la Resolución es que “no es inscribible tal obligación”.

La “ratio decidendi” de la resolución se ve clara en los dos primeros Considerandos, pues en el primero centra “el supuesto de hecho”, y en el segundo la “doctrina”. Dicen así:

“Considerando que el primero de los defectos de la nota hace referencia a si es inscribible en los libros registrales el pacto por el que la entidad hipotecante o quien le suceda en la titularidad de la finca hipotecada está obligado a arrendarla sin autorización escrita del Banco prestamista”.

Y delimitado así el supuesto, he aquí la doctrina de la resolución:

“Considerando que ha sido reiterada la doctrina de este Centro en el sentido de que no cabe la inscripción de todo pacto que establezca limitaciones y obligaciones que, como la de no arrendar, unida a la sanción del posible vencimiento anticipado en caso de incumplimiento, disminuyan o

restrinjan directa o indirectamente las facultades del dueño de la finca hipotecada, ya que, además de atacar más allá de lo necesario su goce y libre disponibilidad, obstaculizan, por otro lado, el destino y función social connaturales a las propias fincas”.

Y en base a esa doctrina la Dirección General “confirma el auto apelado y la nota del Registrador”.

Esa es la “doctrina” y la “ratio decidendi” de la resolución, y a la que ha de estarse, a efectos registrales.

Lo que ocurre es que esa resolución contenía un “obiter dictum” que es el que se pretende dar juego en la práctica y probablemente ahora mucho más, después de esta desafortunada sentencia, por lo que conviene insistir en el análisis de ese “obiter dictum”.

La propia resolución, aludiendo al artículo 219-2.º del Reglamento Hipotecario y a la legislación especial de arrendamientos urbanos anterior al Decreto-Ley de 30 de abril de 1985 dice que “no parece irracional ni abusivo que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula válida de estabilización, o aunque contengan, si la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar el interés legal del dinero un 50 por 100 más (cf. art. 219, 1.º RH) no cubre la responsabilidad total asegurada”.

A pesar de citarse esta resolución en algunas escrituras, se debe extender nota calificadora declarando la denegación de ese pacto de vencimiento anticipado por lo siguiente:

1.º) Porque contraría reiterada doctrina de la DGRN, que sin distinción declara no inscribible el pacto de no arrendar (Resoluciones de 6 de julio de 1917, 9 de marzo de 1918, 26 de julio de 1928, 16 de junio de 1936, 18 de noviembre de 1960 y 4 de noviembre de 1968).

2.º) Porque esa resolución contiene un mero “obiter dictum” que no puede ser tenido en cuenta, pues lo importante es la doctrina o “ratio decidendi” de la misma, que para nada se refiere a tal posibilidad.

3.º) Porque aun dando beligerancia al “obiter dictum”, ello es sobre la base de que se refiere a los “arrendamientos urbanos sujetos a prórroga legal”, por lo que no cabría aplicarlo en el futuro a los arrendamientos ulteriores después del RD-Ley de 30 de abril de 1985 en que se suprimió como obligatoria la prórroga legal forzosa.

4.º) Porque la misma Sentencia de 23 de febrero de 1991, que es objeto de crítica, se refiere también a un arrendamiento anterior al RD-

Ley de 30 de abril de 1985 sujeto a prórroga forzosa, por lo que no cabría extender su doctrina a arrendamientos que se concierten a partir de ahora no sujetos a prórroga forzosa.

5.º) Porque es totalmente improcedente tratar de fijar la renta arrendaticia o de controlarla o limitarla con baremos referidos a “responsabilidad total asegurada con la hipoteca”. La renta arrendaticia se ha de producir en relación con lo que resulte del “mercado arrendaticio”, sin hacer depender la libertad contractual arrendaticia de unos pactos de responsabilidad hipotecaria que son oscilantes, pues todo dependerá de si el préstamo es alto o bajo, sin olvidar la existencia de hipotecas segundas o terceras, que complicarían el supuesto. No hay que olvidar que en muchos pueblos y ciudades el mercado arrendaticio da lugar a rentas bajas y en cambio, se pueden conceder préstamos atendiendo al valor del inmueble y no a la renta.

6.º) Porque la resolución en ese “obiter dictum” se inventa un sistema que no figura en ningún texto legal, pues alude a la capitalización del interés legal del dinero más un 50 por 100, de lo que no hay rastro alguno en ningún precepto legal ni reglamentario, y que es muy distinto de la capitalización al 6 por 100 a que se refiere el artículo 219-2.º RH.

7.º) Porque ese pacto de vencimiento anticipado va en contra del artículo 219-2.º RH, según hemos dicho anteriormente.

Por todo ello, entendemos que hay que seguir denegando ese pacto de vencimiento anticipado. Precisamente a través de una interpretación uniforme de todos los Registradores, y al ser constitutiva la hipoteca, será la forma de consolidar la doctrina de las Sentencias de 5 de febrero de 1945, 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, desde cuya perspectiva es todavía más absurdo e inútil el pacto de vencimiento anticipado, lo que también puede recogerse en la nota calificadora correspondiente.

Cuarta consecuencia: En relación con las Resoluciones DGRN de 19 y 20 de noviembre de 1987.—La doctrina de esta Sentencia de 23 de febrero de 1991 puede también repercutir en la doctrina de las Resoluciones DGRN de 19 y 20 de noviembre de 1987 seguidas pacíficamente por la práctica registral porque contienen doctrina satisfactoria en general en materia arrendaticia.

Dicha doctrina se contiene en el párrafo tercero del Fundamento de Derecho 3 en los siguientes términos:

“Resuelto el primer problema (el de que cabe retracto arrendaticio en las ventas judiciales) hay otro, también de carácter sustantivo, de especial gravedad: el de decidir si también el arrendatario, cuyo arrendamiento es

posterior a la hipoteca, persiste tras la ejecución hipotecaria y si incluso tiene el derecho de adquisición preferente o si sólo ocurre así con el arrendamiento que estuviese constituido con anterioridad a la hipoteca. De aceptar la primera solución, se admitirá que el dueño de la finca hipotecada que, en principio, no puede constituir cargas que menoscaben la efectividad ordinaria de la hipoteca, por ejemplo, un tanteo o retracto convencional, podría haber conseguido este menoscabo constituyendo un arrendamiento, y si no se hacen excepciones, incluso un arrendamiento de los que legalmente admiten la renuncia, por el arrendatario, de los beneficios que la Ley concede, salvo el de prórroga. En relación con este problema parece hoy prevalecer en la jurisprudencia la doctrina de que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de los arrendamientos posteriores (cfr. Sentencia de 31 de octubre de 1986). Esta es, sin duda, la solución más adecuada, al menos para los arrendamientos que se concierten después de la entrada en vigor del RD-L de 30 de abril de 1985, puesto que ya no se impone a los contratantes que el arrendamiento haya de gozar de prórroga forzosa. De resolverse, en caso de ejecución de la hipoteca, los arrendamientos posteriores a su constitución, bastaría para hacer constar, a efectos del artículo 55 de la LAU, que la finca no está arrendada, que en la escritura de constitución de hipoteca se hubiere expresado así por el hipotecante".

En base a la doctrina de estas resoluciones, los Registradores de la Propiedad vienen haciendo constar en las inscripciones de hipoteca si la finca está o no libre de arrendamientos, cuando las partes hacen tal manifestación en la escritura. Y ello con la idea de que sirva de dato informativo para que en el momento de la ejecución, no haya ya que exigir ninguna declaración sobre ese extremo, pues se parte de que los arrendatarios posteriores no tienen ya derecho de retracto, sino que quedaban afectados por la purga derivada de la ejecución hipotecaria.

A la vista de la Sentencia de 23 de febrero de 1991 conviene replantear el problema, a efectos de la práctica registral.

Ante todo hay que observar que como la doctrina de esa sentencia viene delimitada por la aplicación a los arrendamientos constituidos antes del RD-L de 30 de abril de 1985, no parece aplicable a los casos que se planteen fuera del ámbito de la prórroga legal forzosa, por lo que si la finca está libre de arrendamientos en el momento de la hipoteca y esta se constituye con posterioridad al RD 30 de abril de 1985, los arrendamientos posteriores ya no quedan cubiertos por la doctrina de esa sentencia, que no se refiere a ellos.

También hemos manifestado ya nuestras críticas hacia la citada Sentencia de 23 de febrero de 1991 y frente a la de 9 de junio de 1990, que

ahora damos por reproducidas en el sentido de que la doctrina que ha de prevalecer es la resultante de las citadas Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987. Ahora bien, como una cosa es la función registral en el ámbito no contencioso o cautelar-preventivo y otra distinta es la función judicial, ha de matizarse el criterio a seguir en la práctica por los Registradores en relación con la doctrina de esas resoluciones mientras no se despeje definitivamente por el Tribunal Supremo en ulteriores sentencias el ambiente de obscuridad en la doctrina jurisprudencial introducido por la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 e incluso por la sentencia de 9 de junio de 1990, antes comentada.

Por una parte, es conveniente seguir consignando en las inscripciones de hipoteca la declaración de las partes sobre la existencia o no de arrendamientos en el momento de constitución de la hipoteca, tal como aconsejan las citadas Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987, pues se trata de un dato interesante que puede facilitar la calificación registral ulterior, que se producirá muchos años después cuando no se sabe si las aguas se han vuelto a reconducir en la forma que hemos defendido, en contra de la Sentencia de 23 de febrero de 1991.

Por otra parte, producida la venta judicial o adjudicación derivada de la ejecución hipotecaria, se les pueden plantear a los Registradores numerosos problemas en relación con la cancelación de arrendamientos inscritos con posterioridad a la hipoteca y de fecha también posterior a la misma, así como también en relación con el problema de si cabe o no la acción de retracto del arrendatario respecto a la adjudicación judicial derivada de la ejecución hipotecaria.

Nuestra opinión ha sido ya expuesta y razonada en este trabajo: que es procedente la cancelación de los arrendamientos posteriores a la hipoteca e inscritos con posterioridad a ella y que no cabe el retracto de los arrendatarios que son posteriores a dicha inscripción de hipoteca.

Ahora bien, como el Registrador no es el que tiene la última palabra, pues ésta corresponde a los Tribunales, su función calificadora ha de partir de su finalidad preventiva o cautelar, que es atender a todos los intereses en juego en supuestos de conflictividad y en que no hay criterios seguros. Atendiendo a ello, parece más prudente en la práctica que el Registrador no cancele en el momento actual los arrendamientos posteriores a la hipoteca e inscritos con posterioridad a ella cuando se trate de arrendamientos sujetos a prórroga forzosa, mientras el Juez no decrete expresamente la cancelación de tales arrendamientos. Claro que la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 se refiere únicamente a los arrendamientos no inscritos, e incluso argumenta en el sentido de que a ellos no se refiere la regla 17.^a del artículo 131 LH, lo que da pie a pensar que en relación con el supuesto de arrendamientos inscritos, que ahora contem-

plamos sí es factible la cancelación. Pero es tan absurdo hacer esta distinción que han de tener el mismo tratamiento. Y si bien, en mi opinión, procede la cancelación de tales arrendamientos, corresponde a los Tribunales desvirtuar la doctrina de la presente sentencia y no al Registrador en su función cautelar de la práctica diaria.

En cambio, si se trata de arrendamientos posteriores a la hipoteca e inscritos con posterioridad a la hipoteca pero no sujetos a prórroga forzosa, el Registrador deberá proceder a su cancelación, pues a ellos no se refiere la presente sentencia.

Quiero insistir en que una cosa es el criterio doctrinal de crítica a los razonamientos de la presente sentencia, que se exponen a título personal en el presente estudio, y otra distinta, la de decidir si ha de seguirse en el momento actual la doctrina de las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987, sobre todo teniendo en cuenta que el Registrador tiene responsabilidad en relación con las cancelaciones indebidamente realizadas, y en este caso, la obscuridad producida por la presente sentencia es suficiente como para que los Registradores no se atrevan a cancelar de momento las inscripciones de arrendamientos sujetos a prórroga legal.

En cuanto al otro problema que resuelven las citadas Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987, es decir, el de si tienen derecho de retracto los arrendatarios posteriores a la inscripción de hipoteca respecto a las ventas judiciales o adjudicaciones derivadas de la ejecución hipotecaria, ya hemos manifestado nuestra opinión en el sentido de que tal retracto no cabe, por las razones expuestas.

Pero si trasladamos el problema a la práctica diaria de los Registradores, y concretamente al criterio a seguir en esa práctica cautelar o preventiva, hay que matizar la solución en sentido diferente, pues lo cierto es que la Sentencia de 23 de febrero de 1991 en el ámbito de lo urbano, y la Sentencia de 9 de junio de 1990 en el ámbito de lo rústico, han introducido gran confusión sobre este problema, y mientras el mismo no se aclare en sucesivas sentencias, no corresponde a los Registradores de la Propiedad prejuzgar una solución sobre este tema en un sentido o en otro. La mejor solución en la práctica mientras se mantiene esta situación que este comentarista cree que será provisional y transitoria pues confía en la reconducción del tema a otras soluciones por sucesivas sentencias, es que el Registrador no decida si procede o no el retracto en estos casos, limitándose a exigir el cumplimiento del artículo 55 de la LAU y del artículo 91 de la LAR, es decir la declaración de si existen o no arrendatarios y en caso afirmativo la notificación a los mismos de la adjudicación judicial realizada. Pero no una notificación para que el arrendatario ejercite el retracto, sino una notificación en la que el adjudicatario no tendrá necesidad de admitir que procede el retracto sino limitarse a notificar la trans-

misión para que el arrendatario la conozca por ser requisito para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Con esta solución intermedia, quedan salvaguardados todos los intereses en juego: el del adjudicatario, al que no se le puede exigir que con actos propios manifestados en la notificación reconozca un derecho de retracto que personalmente estime improcedente; el del arrendatario, que podrá acudir a los Tribunales para ejercitar el retracto y serán éstos los que decidan si procede o no, siendo esto último lo más razonable según las razones expuestas a título doctrinal; y el problema de la responsabilidad del Registrador, que no prejuzga ninguna solución en un sentido o en otro.

Naturalmente, si la presente sentencia no se hubiera producido en el sentido ya expuesto, todos estos problemas de práctica registral tendrían fácil solución por la vía marcada por las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987. Pero ante un panorama de obscuridad creado por las Sentencias de 23 de febrero de 1991 y 9 de junio de 1990, la práctica registral estimo ha de proceder con la prudencia y cautela que la situación producida exige.

XI. CONCLUSIÓN

Una sola sentencia, como es la de 23 de febrero de 1991 en el ámbito de lo urbano, no puede dar al traste con una serie de principios jurídicos fundamentales. Está en juego el principio de justicia: ¿por qué va a ser preferente el arrendatario de unas naves industriales sobre el acreedor hipotecario anterior? Está en juego el Derecho Hipotecario, cuya eficacia de publicidad y prioridad se niega en la presente sentencia, frente a la terminante Sentencia de 23 de diciembre de 1988. Está en juego también la eficacia de la hipoteca, que, con tanto cuidado han tratado nuestros legisladores y el propio Tribunal Supremo desde 1861 y sobre todo, a partir del Código civil y de la reforma hipotecaria de la Ley de 1909, y que la presente sentencia no puede, impremeditadamente, sin medir todas las consecuencias, echar por la borda.

Se trata, en definitiva, de un conflicto entre un derecho de hipoteca constituido e inscrito con anterioridad a un arrendamiento de local de negocio, del que es titular una sociedad anónima que ocupa una parte de la nave industrial ya hipotecada.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, no tiene explicación que se dé prioridad y eficacia al arrendamiento posterior sobre la hipoteca anterior. Ni tiene explicación lógica que un mero derecho personal posterior no inscrito pueda prevalecer sobre un derecho real de hipoteca anterior.

Pero incluso examinado el caso desde una perspectiva de “supuesto realismo sociológico”, tan peligroso en Derecho porque puede dar lugar a la anarquía e inseguridad jurídica, tampoco es adecuado que se pueda dar preferencia a una sociedad anónima que ocupa una nave industrial para la exposición de coches (finalidad meramente mercantil o comercial de lucro), en contra del titular de una hipoteca constituida con anterioridad que prestó al propietario del local en el cumplimiento en que éste se encontraba libre de todo arrendamiento, dando cumplimiento a una loable finalidad crediticia y de garantía, todo lo cual repercute en el adjudicatario de la subasta que trae causa de la hipoteca preferente, y en definitiva en el valor de subasta que ha de satisfacer al titular de la hipoteca anterior y a los demás acreedores posteriores a dicha hipoteca pero anteriores al arrendamiento.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
 Registrador de la Propiedad de Barcelona

Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos

I. INTRODUCCIÓN Y VALORACIÓN GENERAL DEL PROYECTO

El mencionado Proyecto de Ley, publicado en el *BOCD* con fecha 31 de mayo de 1991, se compone de un único artículo, una Disposición Transitoria y una Disposición Derogatoria, pudiendo señalarse como antecedente inmediato el Proyecto de Ley de 26 de abril de 1982, si bien difieren sustancialmente en su desarrollo (1).

Por lo que respecta al primero de ellos, se propone la reforma de la redacción de diversos preceptos del Capítulo Primero correspondiente al Título III del Libro III del Código Civil en materia de capacidad para testar (artículo 665), testigos (artículos 681, 684 y 685), testamento abierto (artículos 694, 696, 697, 698 y 699), cerrado ordinario (artículos 706, 707), cerrado en forma extraordinaria (artículos 709, 710, 711), así como el otorgado por español en país extranjero (artículo 734).

De una primera lectura del articulado propuesto podemos extraer las siguientes notas o caracteres:

- Se mantiene inalterada la estructura del Capítulo Primero, Título III, Libro III del CC, a pesar de la existencia de la fusión

(1) El Proyecto aludido (*BOCG*, de 26 de abril de 1982, I Legislatura, Serie A, núm. 246-1) se componía exclusivamente de un único artículo que proponía la reforma de los artículos 681, 685, 694, 695, 699, 706, 707, 710, 711, 734 y 754 del CC (este último precepto no es recogido en el Proyecto de 1991). Las diferencias existentes con el actual se irán poniendo de manifiesto, en nota a pie de página, mediante la transcripción del artículo proyectado que en cada momento se comente.

aparente de varios preceptos en uno solo, como es el caso, v.g., del artículo 697 del Proyecto, el cual recoge supuestos plasmados actualmente en los artículos 697 y 698 del CC.

- Intenta adecuar (a mi juicio sin conseguirlo) la regulación a los tiempos modernos, lo que se pone de manifiesto, por ejemplo, en la identificación del testador vía documental, pudiendo prescindir de los testigos de conocimiento (art. 685 Proyecto) (2); la admisión expresa de la redacción del testamento por medios mecánicos (art. 706, 3.º del Proyecto —relativo al testamento cerrado—), siguiendo así el ejemplo del artículo 604 del *Codice Civile* italiano y del artículo 972 del *Code civil* francés (en redacción dada al precepto citado por la Ley de 1950), al tratar del “Testamento segreto” (es el equivalente a nuestro testamento cerrado); la supresión de la “rúbrica” y de la “firma entera” y la sustitución de ambos requisitos por la “simple firma” (arts. 706, 3.º y 707, 3.º, ambos del Proyecto); en el caso del testamento cerrado se reemplaza el protocolo reservado por el corriente.
- Mayor agilidad en el otorgamiento del testamento, siendo reflejo de ello, por ejemplo, la supresión de la exigencia con carácter general de la intervención de testigos (3), quedando la misma reservada ora cuando el testador no sabe o no puede leer o no sabe o no puede firmar, cualquiera que sea la causa ora cuando el Notario no conozca al testador y, aún en este último supuesto, el empleo de testigos se puede obviar “mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas” (art. 685 del Proyecto) (4). También

(2) Lo cual ya fue defendido por varios autores, citando entre ellos a SÁNCHEZ ROMÁN (en su *Tratado de Derecho Civil*, VI, 1.º, págs 426 y 427): “Creemos que para los efectos de la identificación de la persona del testador no debería exigirse más que el conocimiento del mismo por parte del Notario”, valorando negativamente la intervención de los testigos al respecto.

(3) A este respecto debemos recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1929, citada en el interesante trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS (“El documento en el Código civil”, *RDN*, 1989, pág. 263), en la que se discutió la validez o no del testamento abierto, por haber dado el testador instrucciones sólo al Notario, para que éste ordenara y redactara el testamento. Abogando en favor de la supresión de los testigos GONZÁLEZ PORRAS en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T IX, vol 1-A, págs 288 a 292, EDERSA, Madrid, 1990, citando a su vez a numerosos autores. De auténtica “comparsa” ha sido calificada la intervención de testigos por CANO MARTÍNEZ DE VELASCO (“Solemnidades y formalidades de los testamentos”, *RDN*, 1978).

(4) Ya se recogía en el artículo 23 LN y 187 RN. La práctica es la inversa a la recogida en el texto del Proyecto: la identidad se acredita documentalmente, siendo los testigos meros “convidados de piedra”, si bien, más de una vez son foco de controversias y quebraderos de cabeza, como así se plasma en la STS de 25 de abril de 1991.

sirve al mismo propósito la concurrencia —en los casos en que la misma se exija— de un menor número de testigos (dos, con carácter general, para las formas testamentarias abierta y cerrada (arts. 697, 707 y 709, 3.º “in fine” del Proyecto), frente a la necesidad actual de tres testigos para la forma abierta (art. 694 del CC) o de cinco testigos en el testamento cerrado (arts. 707, 2.º y 709, 2.º del CC). A la misma intención debe obedecer que el comienzo de la unidad de acto en el otorgamiento del testamento se sitúe en su lectura por el Notario (5).

- De igual modo se hace patente, en algunas ocasiones, un empleo más riguroso de la terminología desde un punto de vista de técnica jurídica, abandonando las expresiones que encierran una reminiscencia de las antiguas causas de incapacitación (*ex art. 32 CC* en su redacción originaria) como la recogida en el vigente art. 665 del CC (“demente que pretenda hacer testamento en intervalo lúcido”) siendo sustituidas por otras más estrictas y precisas como ocurre en el artículo 665 del Proyecto (“incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar”, consecuencia tardía de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, momento aquél muy oportuno para haber afrontado la actualización de toda la terminología del CC en materia de capacidad).

Del mismo modo me parece que goza de mayor rigor la exigencia de que, salvo en los supuestos de los artículos 700 y 701 del CC (testamentos realizados en circunstancias límites), el juicio acerca de la concurrencia o no de la capacidad legal en el sujeto que otorga testamento sea realizada por el Notario y no por los testigos (6), por cuanto estos últimos, en la mayoría de los casos

(5) Lo cual supone una coherencia con el artículo 193 RN

(6) Creemos oportuno reproducir la polémica que ya desde antaño existiera respecto de la apreciación de la capacidad del testador por parte del Notario, y que recoge magistralmente RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 257 y ss.): “La apreciación de la capacidad del otorgante, a diferencia de su identidad, había sido considerado con frecuencia ajena a la función notarial. Por ejemplo, LAURENT (en *Principes de Droit Civil*, XIX, pág. 132): ‘Los Notarios tienen la costumbre de constatar que han hallado al testador sano de espíritu. Esta declaración no hace ninguna fe, porque el Notario no tiene ni la capacidad ni la misión de comprobar el estado de las facultades intelectuales del testador; lo que dice a este respecto no es, pues, más que un mero testimonio, y un testimonio hecho sin la observancia de las formalidades prescritas por la ley; de donde su declaración no hace fe alguna. Lo mismo sería una declaración análoga que el Notario hiciera con ocasión de un contrato; no se trata de una opinión particular de LAURENT, sino de una doctrina muy generalizada, que tiene su fundamento en una concepción muy sensorial de la función notarial’. Y continúa diciendo RODRÍGUEZ ADRADOS que “desde luego, siempre se trataba de una misión exclusiva del Notario, no extensiva a los

(aunque parezca descarnado y grotesco), suelen conocer al testador en el mismo momento del otorgamiento (7). De dicho rigor participa que no se exija al Notario que tenga que dar fe de dichas circunstancias, así como de las restantes que se recogen en el texto vigente (8).

- Adecuación a la actual configuración política territorial y a la realidad social española, especialmente por lo que se refiere a la coexistencia de diversas lenguas oficiales (a nivel autonómico) en el territorio nacional (9). A ello obedece la redacción de los artículos 681,3.º y 684 del Proyecto. Como botón de muestra cabe señalar la supresión de los términos recogidos en el vigente artículo 684 (“castellano” y “extranjero”, salvo en el artículo 684,2.º del Proyecto, donde sí se recoge la referencia al idioma extranjero), y el empleo de expresiones tan ambiguas como “lengua que el Notario no conozca” (art. 684 Proyecto) o “lengua oficial empleada por el Notario” (art. 698,3.º del Proyecto) (10).
- No se modifica en el Proyecto el artículo 679 del CC (autorizan el testamento abierto “las personas”, expresión que debe ponerse en relación con las “personas” mencionadas en el artículo 694: Notario y testigos), pudiendo crear ciertas disfunciones por el tenor empleado en el mismo, frente a la redacción propuesta para el

testigos instrumentales”. Especialmente interesantes son las citas de MONTERROSO Y PALOMARES, recogida en nota 55 a pie de página (pág. 258 *ob. cit.*). En págs. 258-259 termina señalando que “en todo caso no era admisible extender a los testigos unas funciones que siempre se habían considerado exclusivas del Notario y que, en parte, exigían conocimientos legales” Cfr. artículo 167 RN

(7) Así GONZÁLEZ PORRAS señala que “el noventa y nueve por ciento de los testigos que concurren al otorgamiento de un testamento notarial abierto no se enteran del contenido de las disposiciones; suelen ser las mismas personas en las distintas Notarías y firman confiados, como es habitual, en el valor moral y profesional del Notario autorizante (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T IX, vol. I-A, pág. 288, EDESA, Madrid, 1990).

(8) Esta es una reivindicación antigua, como pone de manifiesto en su obra RODRÍGUEZ ABRADOS (*ob. cit.*, pág. 261, v. gr.). Dicho autor, en pág. 257, destaca que “... esa expresión documental solamente había sido exigida por la Pragmática de Alcalá ‘y si el escribano conociere al otorgante, dé fe en la suscripción que le conoce’...” Más adelante recoge la opinión de FEBRERO, consistente en la no necesidad de la fe de conocimiento.

(9) Dicha expresión debe leerse al cobijo de lo dispuesto por los diferentes Estatutos de Autonomía (art. 6,1.º del EA para el País Vasco, LO 3/1979, de 18 de diciembre; art. 3 del EA para Cataluña, LO 4/1979, de 18 de diciembre; art. 5 del EA para Galicia, LO 1/1981, de 6 de abril; art. 7 del EA de la Comunidad Valenciana, LO 5/1982, de 1 de julio; art. 3 del EA para las Islas Baleares, LO 2/1983, de 25 de febrero).

(10) El artículo 25,1.º L.N dispone: “Los instrumentos públicos se redactarán en la lengua castellana...”.

artículo 694 (donde es el Notario el único autorizante en el testamento abierto).

- Sería deseable una mayor coordinación normativa con la legislación notarial (ausente en el Proyecto), bien modificando expresamente los preceptos concordantes mediante nueva redacción de los mismos en el Proyecto, bien mediante una Disposición Derogatoria “ad hoc”, aparte de la ya recogida respecto de la Ley de 1 de abril de 1939, cuanto más a la vista del artículo 1.217 CC y artículo 143 RN.
- Por último es curioso reseñar que este Proyecto, de llegar a ser Ley tendría una característica en común (en el *iter prelegislativo* —si se me permite la expresión—) con algunas de las últimas reformas que el Código Civil ha experimentado últimamente: el Proyecto actual se basa en uno anterior (concretamente el de 1982, mucho más tímido), fenómeno que ocurrió con las reformas del CC en materia de adopción, de nacionalidad, y la más reciente de no discriminación por razón del sexo (esta última contemplada originariamente en el proyecto de modificación de determinados artículos de la ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados).

II. EXAMEN DEL ARTICULADO PROPUESTO

No obstante esta visión panorámica del Derecho proyectado (y por ende no pormenorizada), creo conveniente establecer un somero estudio comparativo, artículo por artículo, transcribiendo el texto propuesto por el Gobierno (para mayor facilidad del lector) y realizando las consideraciones oportunas a continuación.

Artículo 665: “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

Podemos señalar como diferencias más notorias, en primer lugar, la exigencia de incapacitación judicial en la redacción proyectada, y en segundo término, la inexistencia de dar fe del dictamen en el testamento, así como la no intervención de testigos.

Por lo que respecta al primero de los temas, debemos destacar la mayor concreción terminológica, fruto de reivindicaciones realizadas por

un amplio sector doctrinal, pues, como señalara el profesor LACRUZ (11), “lo mismo la doctrina que la jurisprudencia han tenido siempre por indudable que se aplica —el art. 665— sólo a los supuestos de incapacitación y no a los restantes de demencia habitual”. A mi juicio la intervención de los dos facultativos sólo deberá ser preceptiva, a pesar de la literalidad del precepto, en los supuestos en los que el incapacitado carezca de la necesaria capacidad natural, es decir, por mediar una deficiencia de carácter psíquico de las contempladas en el artículo 200 CC, por ser tal la “ratio” del precepto. Para los supuestos en que el sujeto carezca de dicha capacidad natural y no se encuentre incapacitado judicialmente, será de aplicación el artículo 663,2.º del CC.

En lo tocante al segundo punto, hay que destacar que ello se dispone con carácter general en el artículo 685 “in fine” del Proyecto, y más concretamente para el testamento abierto y cerrado, en los artículos 697, segunda parte, y artículo 707,4.º, “in fine” del Proyecto, si bien sólo se refiere al Notario, y no a los facultativos.

Es importante recordar la observación que, respecto de los facultativos, hiciera en su día BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS en los siguientes términos: “No contiene nuestro Código Civil ninguna disposición sobre posibles incapacidades de los médicos para reconocer al demente cuando éste pretenda hacer testamento en intervalo lúcido” (12). Tampoco se aprovecha el momento presente para solucionar algunas cuestiones que han venido siendo puestas de manifiesto por la doctrina, no carentes de cierta importancia de índole práctica: qué ocurre en caso de discrepancia de criterios entre los facultativos y el Notario, entre los propios facultativos acerca de la capacidad del sujeto; valor del dictamen emitido de cara a una posterior impugnación del testamento por falta de capacidad, etc... (13).

Art. 681 (14): “No podrán ser testigos en los testamentos:

Primero: Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Segundo: Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.

Tercero: Los que no entiendan el idioma del testador.

(11) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.

(12) BELTRÁN DE HEREDIA, P., “Incapacidad de testar del que ‘habitualmente o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio’”, *RDP*, 1966, pág. 253. La cita transcrita ha sido recogida de los comentarios que el profesor ALBALADEJO realiza de los artículos 662 a 666 del CC (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. I-A, EDESA, Madrid, 1990).

(13) ALBALADEJO, en el T. IX, vol. I-A de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDESA, Madrid, 1990, realiza una interesante exposición de las distintas posturas que sobre las citadas cuestiones ha venido sosteniendo la doctrina, debiendo destacar las citas transcritas de la obra de BELTRÁN DE HEREDIA, y la postura de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, en nota 54.

(14) El artículo 681 del Proyecto de 1982 rezaba del siguiente modo

Cuarto: Los que no estén en su sano juicio.

Quinto: El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo"

La relación de causas de "inidoneidad" (15) —vocablo recogido expresamente en el artículo 697 del Proyecto y que al igual que el término "testigo" carecen de definición en el Proyecto, manteniéndose el corte del artículo hoy vigente— para ser testigo (que ya fuera modificada por la Ley de 1933, la Ley de 24 de abril de 1958 y por la Ley 8/1984, de 31 de marzo), quedan reducidas en el texto proyectado a cinco, surpimiéndose la segunda y sexta del artículo vigente, quedando inalteradas, en cuanto a su redacción las restantes causas, excepto la séptima. Por lo que se refiere a la disposición que adoptan las contenidas en el Proyecto, la supresión de la segunda da lugar a que las sucesivas asciendan un lugar salvo la séptima que sube dos posiciones por desaparecer la causa sexta del artículo 681 CC (pasando a ser la quinta en el Proyecto). Es esta última la única que es objeto de nueva redacción consistente en obviar la relación de sujetos que tienen relación de trabajo con el Notario autorizante (16). Al mismo tiempo se da lugar a una inversión en los dos grandes bloques recogidos

"No podrán ser testigos en los testamentos

Primero Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701

Segundo. Los ciegos y los totalmente sordos o mudos

Tercero Los que no entiendan el idioma del testador.

Cuarto Los que no estén en su sano juicio

Quinto Los que estén sufriendo pena de interdicción civil

Sexto Los empleados, cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante"

El Proyecto de 1982 no contempló, como también hace el Proyecto de 1991, como causa de inidoneidad para ser testigo testamentario "los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio", manteniendo la que se basaba en estar sufriendo la pena de interdicción civil, por ser anterior a la reforma operada por la Ley 8/1984, de 31 de marzo. El Proyecto de 1991, coherentemente, propone la supresión del actual apartado sexto del artículo 681 CC en su totalidad.

Así mismo, el Proyecto modifica la redacción del actual apartado séptimo del CC (contemplado como sexto en el Proyecto de 1982 y quinto en el de 1991), si bien mantiene el mismo espíritu.

(15) No entro a examinar, pues rebasaría el propósito de estos apuntes, las distinciones que al respecto han venido señalando los autores. Nos referimos a si la relación de supuestos de inidoneidad son auténticas "prohibiciones", "incapacidades" o "incompatibilidades" (a decir de MUCIUS SCAEVOLA), y el carácter relativo o absoluto de las mismas.

(16) Esta redacción puede favorecer la inclusión entre los sujetos que no pueden ser testigos a los intérpretes. En contra de ello se encuentra, por un lado, el carácter odioso de la norma proyectada que impone una interpretación restrictiva, y por otro, la propia legislación notarial, especialmente el artículo 27,2.º LN y artículo 182 RN.

en dicho apartado por razón de los sujetos: primero el cónyuge y familiares y luego los empleados.

La redacción propuesta puede ser objeto de varias objeciones, en particular las causas primera y segunda, las cuales adolecen de una misma deficiencia: la excesiva generalidad en su redacción. En efecto: se mantiene la prohibición o incapacidad para ser testigos a todos los menores de edad, emancipados o no, sin establecer distingo alguno al respecto (17).

Por lo que respecta a la causa quinta del Proyecto, sería deseable la extensión de la prohibición (en coherencia con el espíritu recogido en la misma) al sujeto que mantuviera una relación "more uxorio" con el Notario autorizante, aunque fuera vía Disposición adicional (técnica empleada por la Ley de 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del CC en materia de adopción), cuanto más al tratarse de una norma prohibitiva, y por tanto sujeta a una interpretación restrictiva.

Art. 684: "Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El Instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido empleada por el testador.

El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aun cuando éste desconozca aquélla".

(17) Existe una tendencia doctrinal generalizada en favor de la aplicación del criterio establecido legalmente para poder testar. Una corriente científica menos amplia propugna la equiparación de los menores de edad emancipados, en esta materia, a los mayores de edad. Una última postura, niega tal posibilidad. Creo que no debe existir inconveniente para que los menores de edad fueran testigos, estuvieran emancipados o no, siempre y cuando gozaran de la necesaria capacidad natural de querer y entender, criterio éste que informa en definitiva, los supuestos contemplados en el artículo 681; en caso contrario, podría ocurrir —como sucede en la actualidad— que un cónyuge menor de edad no pueda ser testigo en el testamento de su consorte en los supuestos admitidos expresamente (y en sentido contrario), por el artículo 682 CC.

Un razonamiento parecido cabe establecer respecto del supuesto segundo artículo 681 del Proyecto. no debe bastar el mero hecho de que el sujeto padezca de ceguera, sordera o sea mudo totalmente, sin la concurrencia de otras causas como que sean analfabetos o, aún más, la imposibilidad material de que dichos sujetos puedan identificar al testador, la realización del testamento, o entender el contenido del mismo —similitud con la circunstancia que afectan a los que no entiendan el idioma del testador—. En favor de la supresión de esta segunda causa de inidoneidad, debemos recordar la modificación que en materia de capacidad realizó la Ley de 1983, la existencia de técnicas que posibilitan el entendimiento por parte de los sordos o mudos como la lectura de labios, etc ..., así como la circunstancia de que en la práctica los testigos no conocen el contenido del testamento, y aún menos la voluntad manifestada por el testador al Notario antes de ser transcrita y redactada por éste.

Varias son las modificaciones introducidas en el texto vigente. Por un lado, y como consecuencia del artículo 3 de la Constitución y concordantes a la vista de lo dispuesto en ciertos Estatutos de Autonomía (18), se propone la división del artículo 684 CC en dos párrafos bien diferenciados: el primero de ellos hace mención a la diversidad de lenguas existentes en nuestro país, y la consideración como oficiales de las mismas en el concreto ámbito autonómico: de ahí la expresión “se traduzca a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario”, así como la supresión del término “castellano” (19). Por contra, el segundo párrafo se refiere al supuesto que originariamente contempla el precepto vigente. Por otra parte, otra novedad es la exigencia de la intervención de un único intérprete, en tanto que actualmente se exigen dos. La razón es bien sencilla: la mayor agilidad del procedimiento.

Art. 685 (20): “El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad”

(18) *Vid* nota núm. 9 en pág. 5

(19) Cabe señalar que algunos autores, como LOIS PUENTE (“El llamado testamento en lengua extranjera”, *RDP*, 1988, págs. 971-988) niegan la aplicabilidad del vigente artículo 684 de los que hablan español, sean extranjeros o españoles. Otros, como LUCAS FERNÁNDEZ (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, I-A, págs. 342-344, EDESA, Madrid, 1990), en base a la literalidad de la redacción del precepto vigente niega su aplicación a los supuestos de testamento en idioma español distinto del castellano. *Vid.* artículo 25 LN

No podemos pasar por alto que el Proyecto de 1982 omitió toda referencia a este tema, lo cual admite diversas lecturas.

(20) El Proyecto de 1982 proponía la siguiente redacción:

“El Notario deberá conocer al testador, y de no ser así, lo identificará por los medios previstos en la legislación notarial. También procurará el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar

Los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario en los casos de los artículos 700 y 701 tendrán obligación de conocer al testador y de asegurarse de su capacidad”.

No existen grandes diferencias entre los dos textos propuestos en 1982 y 1991, si bien a mi juicio me parece más acertada la redacción del primer párrafo del artículo 685 del Proyecto de 1982, por cuanto remite a la legislación notarial sin más.

En cambio, en lo que se refiere al segundo párrafo “in fine” estimo más correcta la redacción del Proyecto de 1991, por cuanto con la redacción empleada cabe entender que no establece una obligación tan tajante respecto del juicio por parte de los testigos de la capacidad del testador.

Como novedades más relevantes cabe señalar (siguiendo la inspiración del Proyecto) la tendencia a suprimir toda intervención de los testigos, tanto los denominados “testigos instrumentales” (salvo en los supuestos en los que no intervenga el Notario como son los contemplados en los artículos 700 y 701 CC), como los “testigos de conocimiento”, puesto que si bien éstos últimos son recogidos en el primer párrafo del artículo 685 del Proyecto, la realidad será su no utilización (de llegar a buen fin dicho Proyecto), por cuanto se contempla como medio alternativo —que no subsidiario— “la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas” (21).

Consecuentemente, el Notario (y ya no los testigos) (22) deberá contemplar la concurrencia de la capacidad exigida para testar en el sujeto otorgante. Dicha exigencia viene contemplada también en el artículo 167 del Reglamento Notarial (23). Igualmente se ha venido pronunciando la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre las Sentencias (por citar las más recientes) de 21 de junio de 1986 y 25 de junio de 1990, sancionando la ausencia de dicha formalidad con la nulidad del testamento.

De mayor coherencia hubiera sido acomodar también la redacción del vigente artículo 686 a la nueva que se quiere dar al 685.

Art. 694 (24): “El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección”.

(21) *Vid.* artículo 23 LN (reformado por la Ley de 18 de febrero de 1946), relativo a la identificación del sujeto otorgante, así como el artículo 187 RN, también reformado por el Decreto 2310/1967, de 22 de julio, a consecuencia del Decreto 357/1962, de 22 de febrero, sobre obligatoriedad del Documento Nacional de Identidad

(22) Como así se ocurre en el artículo 101 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña: “En los testamentos ante Notario se observarán las formalidades exigidas por el Código Civil, salvo, respecto de los testigos, que serán siempre dos, sin requerirse que sean rogados *ni que aprecien la capacidad del testador*, ni que en su carácter de testigos instrumentales hayan de conocerle, pero deberán firmar”

(23) Artículo 167 RN: “El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”

(24) El artículo 694 del Proyecto de 1982 establecía

“El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y dos testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, al menos, pueda firmar”

La crítica es bien fácil: se trata de una redacción conservadora, en la que se mantiene la exigencia de la presencia de testigos (reduciendo el número a dos) y cuya única virtud (siendo excesivamente benevolente con el redactor) es la sustitución (respecto del texto vigente) de la exigencia de que el testigo pueda firmar (pues lo que importa) en lugar de escribir (no todo testigo que puede firmar puede escribir).

La novedad estriba en la supresión de exigencia de testigos, con carácter general, a salvo lo dispuesto en los artículos 697 y 698 del Proyecto. Así pues, excepto en los supuestos contemplados en los mencionados preceptos proyectados, la intervención de los testigos deja de ser un elemento esencial. El artículo 971 del *Code Civil* francés (en redacción dada por la Ley de 1950) contempla la posibilidad de otorgar testamento sin testigos, pero en dicho supuesto exige la presencia de dos Notarios.

Art. 695 (25): “El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos”.

Desde un punto de vista meramente formal, la redacción propuesta sufre ciertas alteraciones: queda reducido el precepto a dos párrafos, con la siguiente supresión del que actualmente aparece como último, y la supresión parcial de la segunda parte del párrafo segundo del vigente artículo 695 CC. Por contra, en el texto del artículo 695 del Proyecto queda englobado en la segunda parte de su primer párrafo la redacción del vigente artículo 696 CC, con la correspondiente salvedad en lo que se refiere a la intervención de testigos.

(25) La redacción propuesta en 1982 era la siguiente.

“El testador expresará su última voluntad al Notario o, en su caso, a los testigos que deban autorizar el acto. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar

El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”

Muchas son las diferencias existentes entre el texto de 1982 y el de 1991, y tan notorias que hace innecesaria cualquier crítica al respecto. Lo que sí debemos destacar en cambio es que, al contrario de lo que ocurre en el texto vigente, el Proyecto de 1982 (y el de 1991) sitúan la intervención de los testigos no ya en el momento de la manifestación de la voluntad testamentaria, sino en la lectura del mismo (cfr. con el art. 699 del Proyecto de 1982 y con el vigente art. 695, primera parte del párrafo primero CC), pues el empleo de la expresión “o, en su caso, a los testigos que deban autorizar el acto” ha de leerse a la luz de los artículos 700 y 701 CC

En lo que atañe al contenido del texto proyectado, el mismo se inspira en la praxis notarial cotidiana en un doble orden de cosas: a) Por un lado los testigos no suelen estar presentes en la manifestación de voluntad del testador; ahora bien su presencia es imprescindible (por cuanto reviste carácter esencial) en las restantes fases del otorgamiento (con lo cuál queda rota la "unidad del acto" en la práctica, a pesar de lo establecido en el artículo 699,1.º CC. Cfr. STS de 10 de abril de 1987). b) Por otra parte, dicha manifestación suele ser oral (así se contempla en el artículo 565,2.º del Proyecto de 1851; a este respecto el profesor OSSORIO MORALES (26) manifestó que históricamente el actual testamento abierto era un testamento "nuncupativo", es decir, oral) y no exclusivamente escrita (27). Ahora bien, como ya señalara el profesor LACRUZ (28), "en los casos de instrucciones verbales, la reducción a escrito, naturalmente, no consiste en reproducir de modo literal las palabras del testador, sino la sustancia de su declaración, pero cuando el disponente entregue al Notario una minuta escrita, éste habrá de transcribirla íntegra" (afirmación que seguirá teniendo plena vigencia, en mi opinión, de llegar a buen fin el Proyecto que anotamos). Y precisamente, como consecuencia de la posibilidad de manifestar la voluntad de forma oral o escrita, es por lo que el Proyecto introduce "ex novo" como requisito esencial de forma (puesto que ello es el objeto del art. 695 del Proyecto) que el Notario "advierta al testador del derecho que tiene para leerlo por sí", lo cuál no fue contemplado en el Proyecto de 1982.

En lo tocante a la redacción del testamento se observa una novedad respecto del vigente artículo 965 CC, y es que a diferencia de lo que se dispone en el citado precepto del Cuerpo legal sustantivo, el Proyecto encomienda expresamente al Notario la redacción del testamento ("Redactado por éste el testamento..."), lo cuál, creo que se debe al carácter unificador de este artículo 695 del Proyecto (29), puesto que engloba el 695 y 696 del CC, y en este último se establece, al contemplar el supuesto

(26) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957. Esta afirmación es recogida por ALBALADEJO GARCÍA en su *Curso de Derecho civil*, V, Barcelona 1989.

(27) Las Partidas admitían ya expresamente la dualidad de formas, oral y escrita, en el testamento abierto: "... E son dos maneras de testamento La una es, a que llaman en latín testamento nuncupativum, que quiere dextr, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo faze por palabra o escripto, a quales establece por sus herederos, e como ordena, o departe las otras sus cosas. "(Partida VI, Título I, Ley 1.ª).

(28) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.

(29) Evitando así la polémica doctrinal relativa a si el artículo 696 CC recoge o no una segunda modalidad de testamento notarial abierto. *Vid.* al respecto los criterios contrapuestos recogidos en la obra de OSSORIO MORALES y la de CASTÁN TOBEÑAS.

de que el testador presente por escrito su disposición testamentaria, que “el Notario redactará el testamento con arreglo a ella”. La redacción propuesta supone la (innecesaria) extensión de este precepto a la voluntad testamentaria manifestada oralmente. En el supuesto de que el Proyecto deviniera en Derecho positivo sería de aplicación lo que señalara a este propósito ALBALADEJO (30): “como es natural no se refiere la ley a que el Notario haya de escribir materialmente el testamento, sino a que, aun escrito por un dependiente suyo u otra persona, la redacción pceda de un texto que el Notario ha elaborado a la vista de lo que expresó el testador, o que incluso puede ser exclusivamente el escrito que él mismo presentó con su disposición testamentaria”.

Respecto de la lectura que del testamento debe realizar el Notario cabe plantear una cuestión: ¿Qué ocurre si el Notario desconoce la lengua en la que se ha redactado el testamento? Será de aplicación el artículo 684 del Proyecto. Obviamente, el Notario sólo podrá leer el texto escrito en la lengua oficial y acaso en la extranjera que conozca, quedando sin cumplimiento en los demás casos el mandato imperativo contenido en el artículo 695 del Proyecto, circunstancia esta que también pusiera de manifiesto la más autorizada doctrina y que aparece carente de solución en el texto proyectado, debiendo remitirnos a lo recogido en el artículo 698,3.º de dicho Proyecto (“Al otorgamiento deberá concurrir: ... 3.º El intérprete que hubiera traducido la voluntad del textador —debe decir “testador”— a la lengua oficial empleada por el Notario”). No obstante, dicho artículo 698,3.º del Proyecto no señala el papel o actuación que dicho intérprete debe llevar a cabo, si de mera comprobación pasiva o de traducción simultánea (o posterior) de la lectura realizada por el Notario; de esta forma sigue abierta la polémica al respecto.

Por lo que atañe a la supresión de la segunda parte del apartado segundo, ello se encuentra en la misma línea seguida en la redacción propuesta para el artículo 665.

Con relación a la omisión del tercer párrafo debemos señalar que el mismo se integra como texto independiente en el diseño del artículo 696.

Para terminar el presente comentario debemos señalar la aplicación del artículo 186 del Reglamento Notarial en los supuestos en que ninguno de los testigos pudieran o supieran firmar (lo cual no se contempla en el CC ni en el Proyecto) (31).

(30) ALBALADEJO, *Curso...*, pág. 215

(31) No obstante, cabe preguntar si reúne carácter solemne la constancia de la firma de alguno de los testigos presentes en el acto de otorgamiento. La respuesta ha de ser negativa por cuanto el no saber o no poder firmar no se contempla como causa de inidoneidad para ser testigo testamentario. Amén de ello, el artículo 143,2.º RN establece que “Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y

Art. 696: “El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”.

Me remito a las observaciones efectuadas a propósito de los artículos 685 y 695 del Proyecto. Respecto de la exigencia de constancia por el Notario de la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, el texto proyectado no sólo mantiene la coherencia con el artículo 167 del Reglamento Notarial, sino que corrobora la doctrina jurisprudencial existente, siendo buena prueba de ello la STS de 25 de junio de 1990 (32).

Art. 697: “Al acta de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

1.º Cuando el testador declare que no se sabe o no puede firmar el testamento.

2.º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

3.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten”

El texto transcrito recoge parcialmente las “garantías” (33) contenidas en la regulación actualmente en vigor (arts. 697 y 698 del CC), si bien el deber de leer el testamento por sí mismo quien fuere enteramente sordo,

requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos”

(32) Dicha STS de 25 de junio de 1990 declaró la nulidad de un testamento abierto notarial por carecer del requisito esencial de no transcribir simultáneamente el Notario en el momento de redactarse el testamento, la frase que el causante tenía capacidad legal para testar.

(33) Recojo entrecomillado el término garantías pues participo de la opinión que pusiera de manifiesto SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española*, Tomo sexto, vol. I.º, Madrid, 1910, pág. 426) al destacar que “la autoridad notarial o nada significa o debe ser bastante para garantizar la autenticidad de todos los hechos y afirmaciones que bajo la fe del Notario contiene el instrumento público” Esta opinión es ratificada por la mayoría doctrinal Así GONZÁLEZ PORRAS señala que “el noventa y nueve por ciento de los testigos que concurren al otorgamiento de un testamento notarial abierto no se enteran del contenido de las disposiciones; suelen ser las mismas personas en las distintas Notarías y firman confiados, como es habitual, en el valor moral y profesional del Notario autorizante” (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. I-A, pág. 288, EDESA, Madrid 1990). *Vid.* también en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 126, junio de 1991, págs. 1666 a 1668, los argumentos esgrimidos por Domingo Castilla, siendo concluyente la siguiente afirmación: “Personal-

deja de contemplarse como tal deber para pasar a ser un derecho del sujeto, contenido en el ya comentado artículo 695 del texto propuesto (“... advertido el testador del derecho a leerlo por sí...”). Tampoco se recoge la previsión del actual artículo 698 para los supuestos del ordinal 2.º del pasaje que se comenta.

Por contra, aumentan las “garantías” en el supuesto de que “el testador que no supiese o no pudiese leer (v. gr. por ser ciego) fuera enteramente sordo” (34), por cuanto no habrá sólo dos lecturas del testamento (vigente art. 698 CC), sino que “los testigos —no uno de ellos, sino todos ellos— leerán el testamento”: el autor del Proyecto ha empleado la forma imperativa en su redacción. No obstante, a diferencia de lo que dispone el Derecho vigente, los testigos sólo “tienen” que leer el testamento, para el caso del testador ciego, cuando este es además enteramente sordo.

El tercer epígrafe es una novedad, en materia de testamentos, para nuestro Derecho (35). El redactor del Proyecto no ha hecho sino plasmar en el Código Civil las fórmulas ya existentes en la legislación notarial (arts. 180 y 183,2.º RN). Creo que merece un juicio positivo su inclusión en el articulado, no tanto por la repercusión práctica (puesto que raramente sería utilizada esta facultad), sino por lo que supone de coherencia con la propia función notarial y con la realidad social imperante (36).

mente creo que los testigos en el testamento abierto son unos meros elementos de solemnidad caduca, residuo histórico de una regulación antaño justificada, pero cuya supervivencia hoy en día está basada en la desidia del Notario, como sujeto activo directamente implicado, de no promover la actuación legislativa orientada a su supresión...”. A mayor abundamiento, el propio artículo 180 RN sólo exige testigos en el supuesto de los testamentos.

(34) Para un estudio del testamento otorgado por sordomudo, cfr GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios...*, T. IX, vol. I-B, págs. 122 y ss.

(35) Ello no es nuevo para el Derecho alemán, pues como recoge GONZÁLEZ PORRAS al comentar el artículo 694 del CC (*Comentarios...*, T. IX, I-B, pág. 18), “el parágrafo 2.273 del BGB establece que el Juez o Notario puede, discrecionalmente, hacer intervenir a dos testigos, no estando ya vigente el antiguo carácter forzoso que tenía la intervención testifical”).

(36) La afirmación recogida en el párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley de 1 de abril de 1939 (cuya derogación se propone en la Disposición Final del Proyecto) es hoy extensible a los testamentos: “Esta intervención testifical, difícilmente justificable desde el punto de vista técnico, subsiste en nuestra legislación por la influencia del Derecho histórico, como una reminiscencia de las primitivas formas instrumentales en la autorización de las Escrituras públicas, si no llega a ser una ficción, es al menos en muchos casos un requisito que se cumple en serie con la colaboración de verdaderos profesionales de la testificación retribuido y no añade valor ni autenticidad a los documentos, ni constituye una garantía para los contratantes”. Del mismo modo es aplicable lo que se recoge en el último párrafo de dicha Exposición de Motivos: “El criterio formalista que impone la declaración de nulidad de los actos o de los documentos por infracción de los requisitos de forma es arcaica e incompatible”. Buena prueba de ello es la Sentencia del TS de 25 de abril de 1991

Art. 698: "Al otorgamiento también deberán concurrir:

- 1.º Los testigos de conocimiento si los hubiera, quienes podrán intervenir además como testigos instrumentales
- 2.º Los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado.
- 3.º El intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador (*debe decir "testador"*) a la lengua oficial empleada por el Notario".

Este precepto cabe reconducirlo, siquiera parcialmente, a algunos artículos vigentes actualmente en nuestro CC. De este modo el epígrafe 1.º supondría no sólo la inclusión en nuestro Cuerpo legal sustantivo de una norma extravagante, sino también la generalización de la facultad conferida al Notario por el artículo 2 de la Ley de 1 de abril de 1939, así como en los artículos 180,3.º y 184,2.º RN.

El segundo epígrafe es más familiar: en seguida recordamos el artículo 665 CC, que si bien no establece la necesidad de que los facultativos concurren al otorgamiento (sino solamente el juicio de los mismos acerca de la capacidad del testador), dicha exigencia deriva del principio de unidad de acto sentado por el artículo 699 CC. El Proyecto incluye este supuesto de modo expreso por cuanto el principio de unidad del acto tiene comienzo con la lectura del testamento, tal y como se establece en el artículo 699 del Proyecto, a diferencia de lo establecido en el mismo precepto del CC.

Por último nos queda señalar que la mención expresa de la concurrencia del intérprete es consecuencia directa de la redacción propuesta para el artículo 699, por cuanto la intervención contemplada en el artículo 684 del Proyecto es anterior al momento inicial señalado en el susodicho artículo 699 del proyecto. Tampoco resuelve el redactor del texto la polémica doctrinal (existente a pesar de su intrascendencia práctica en las Notarías españolas) acerca de si puede concurrir en un sujeto la doble condición de testigo e intérprete.

Art. 699 (37): "Todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero".

(37) Así se pronunció el redactor del texto de 1982:

"Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero"

El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado por alguno de los medios prescritos en la legislación notarial y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686 de este Código"

El texto reproducido encierra dos importantes modificaciones: *a)* De un lado suprime el segundo párrafo del vigente artículo 699 CC, lo cual no implica que el Notario deje de dar fe al tener consideración de elemento esencial en el testamento abierto y ser esa su función (38). *b)* Por otra parte, contiene una importante alteración de índole procedimental: la unidad del acto arranca en la lectura del testamento, con lo cuál la manifestación de la voluntad del testador, la valoración de la capacidad del otorgante, etc., no vendría sujeto a dicho principio. No obstante, nos parece acertado por ser ésta la realidad cotidiana, como así ha sido puesto de manifiesto por los tratadistas de Derecho notarial (39). Buena prueba de ello es no solamente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (a pesar que la letra de la ley —artículo 699 CC— reduce la exigencia de unidad de acto al otorgamiento propiamente dicho), sino también una nota de la Academia Matritense del Notariado estableciendo que “la unidad de acto que exige el artículo 699 del Código Civil... consiste en que un solo acto, y sin más interrupción que la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero estando presentes el testador, Notario y los testigos, se verifiquen la lectura del testamento en alta voz, la expresión de la voluntad del testador, mediante su conformidad con el documento leído, la firma por el repetido testador, si sabe y puede, y por los testigos” (40).

En otro orden de cosas, no podemos menos que señalar la incoherencia que daría lugar el texto propuesto: si todas las formalidades de la sección quinta deben realizarse en un solo acto y este tiene como comienzo con la lectura del testamento (se entiende por parte del Notario), ¿cuándo tendría lugar la manifestación de voluntad del testador?; ¿debe entenderse que el conocimiento o identificación del testador por el Notario se produce una vez redactado por este último el testamento?, etc. Obviamente la respuesta es negativa. Es una pena que a la bondad de establecer la lectura del testamento como momento inicial de la unidad del acto (en absoluta coherencia con la realidad práctica) se contraponga una pésima redacción.

Una última crítica será de índole sistemática, puesto que la unidad de acto no sólo es aplicable al testamento abierto, sino también al cerrado,

Como novedades podemos señalar la remisión expresa al artículo 686 CC (remisión que se entiende hecha en todo caso por encontrarse este precepto en la sección tercera que lleva por rúbrica “De la forma de los testamentos”), y el comienzo del acto en la lectura del testamento, siendo este último punto retomado en el Proyecto de 1991.

(38) Cfr. artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado y artículo 1 del Reglamento.

(39) Cfr. al respecto GIMÉNEZ-ARNAU, *Derecho Notarial español*, vol. II, págs. 211 y ss., entre otros. Igualmente se recomienda la lectura del magnífico trabajo del profesor Díez-PICAZO, “La pluralidad de testamentos”, *RDN*, 1960.

(40) Recogido por GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios*, T. IX, vol. I-B, pág. 172, nota núm. 16.

según opinión mayoritaria de la doctrina (41). Ello hace que, ante la ausencia de norma al respecto para la forma testamentaria cerrada, el mencionado principio de unidad de acto se recogiera también en la sección sexta, o bien que se hiciera mención expresa en el artículo 699 al testamento cerrado.

Art. 706 (42): "El testamento cerrado habrá de ser escrito con expresión del día, mes y año.

Si lo escribiese por su puño y letra el testador, pondrá al final su firma.

Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento

Cando (*debe decir "Cuando"*) el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones".

Es el presente, el primero de los preceptos objeto de modificación destinados a la regulación del testamento secreto, con lo cual se mantiene en el Proyecto la distribución establecida en el CC desde su redacción originaria.

Como novedades podemos destacar las siguientes:

- a) La supresión de la rúbrica y la firma entera, sustituyéndolas por la firma (que puede ser entera, esto es, firma y rúbrica).
- b) La omisión de la expresión del lugar donde se redacta el testamento. Ello nos parece positivo por varias razones: se elude una solemnidad más que por otra parte, carece de sentido; en cualquier caso, lo que sí debe ponerse de manifiesto no es tanto el lugar de

(41) Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, T. IX, vol. 2, pág. 37, EDESA, Madrid, 1983.

(42) La redacción propuesta por el Proyecto de 1991 se inspira en el Proyecto de 1982, como se puede comprobar:

"El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe

Si lo escribiese por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma.

Si estuviere escrito a máquina o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento

Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego y rubricará todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o entre renglones".

redacción, sino el de otorgamiento, lo cual viene contemplado en el artículo 707,6.º del Proyecto. Al mismo tiempo, dicha omisión en el texto proyectado no afecta a la posible conversión del testamento cerrado en testamento ológrafo, por cuanto tampoco se exige en el artículo 688 CC la constancia del lugar.

- c) Se admite expresamente el empleo de “cualquier medio mecánico” en la redacción del escrito.
- d) Mayor coherencia en la ubicación de la disposición relativa a la enmienda de las tachaduras, al situarse en el último párrafo, comprendiendo de este modo no sólo los supuestos de escritura por el propio testador, sino también la redacción realizada por tercero (en el art. 706 CC se contiene en la segunda parte del párrafo segundo).

Art. 707 (43): “En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes.

1.º El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta, cerrada y sellada de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

(43) Artículo 707 del Proyecto de 1982

“En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes

1.º El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta

2.º El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y dos testigos idóneos que puedan firmar.

3.º Seguidamente el testador manifestará que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, o si está escrito de mano ajena o a máquina, y firmado por él al final y en todas sus hojas, o si, por no saber o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona.

4.º Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento

5.º Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos, y la autorizará el Notario con su signo y firma

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, deberá hacerlo por él uno de los testigos instrumentales u otra persona designada por aquél

6.º También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento”

Escasas son las diferencias que separan al texto en vigor con el de ambos Proyectos, la referencia o no a los testigos (y en su caso el distinto número) y el empleo de medios mecánicos en la redacción del testamento, por señalar las más relevantes

2.º El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo.

3.º En presencia del Notario, manifestará el testador por sí, o por medio del intérprete previsto en el artículo 684, que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.

4.º Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686 y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento

5.º Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir.

6.º También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

7.º Concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos si así lo solicitan el testador o el Notario”.

La redacción de este precepto es consecuencia lógica de todo lo que hasta el momento se ha venido poniendo de manifiesto: la no exigencia, con carácter general, de la concurrencia de testigos; el uso de medios mecánicos en la realización del testamento (lo cual no es aconsejable de cara la conversión del testamento cerrado en ológrafo regulada en el artículo 715 CC); la redacción del 707,3.º no es todo lo correcta que sería deseable: por un lado la redacción propuesta en 1982 nos parece mejor al comenzar el epígrafe con el adverbio “seguidamente”, reforzando la unidad que debe presidir el acto del otorgamiento, y por otro lado, a diferencia también del texto vigente y del Proyecto de 1982, el artículo 707,3.º “in fine” del texto de 1991 no especifica expresamente (sí por vía de interpretación) en qué supuestos debe firmar otra persona en lugar del testador, a su ruego; del epígrafe 4.º se suprime la exigencia de que el Notario dé fe de la observancia de las solemnidades que se mencionan con anterioridad; por último cabe establecer un paralelismo entre los artículos 697,3.º y 707,7.º del Proyecto, siendo —como se pusiera de manifiesto al comentar el primero— una novedad en esta materia.

Art. 709: “Los que no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1.º El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706.

2.º Al hacer su presentación el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento expresado como está escrito y que está firmado por él.

3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso”.

El redactor material ha estimado oportuno suprimir la mención expresa al sordomudo, que sí realiza nuestro Derecho vigente, debiendo entenderse incluidos los mismos en la expresión “los que no pueden expresarse verbalmente pero sí escribir”, por cuanto la sordomudez es una deficiencia física consistente en una sordera nativa que priva de la facultad de hablar. Respecto del epígrafe 1.º, se obvia la exigencia de la escritura por el testador, en coherencia con la admisión del empleo de medios mecánicos y la posibilidad de redacción a cargo de un tercero (aunque lo más normal es, precisamente por las barreras de comunicación a que está sujeto, que el propio testador redacte el testamento). De esta forma se sitúa en la línea del régimen general establecido para el testamento cerrado ordinario, al que se remite expresamente. El epígrafe 2.º ratifica esta afirmación al sustituir la expresión “que está escrito” (709,2.º CC) por “como está escrito” (709,2.º Proyecto); de esta forma no es bastante la mera comprobación de la existencia de una redacción, sino de la forma en que la misma se realizó (manuscrita, mecanografiada) e incluso cabría señalar —realizando una interpretación extensiva siguiendo las pautas establecidas en el artículo 707,3.º del Proyecto, al que se remite el 709,3.º del mismo texto— el idioma empleado, así como si está escrito de mano ajena o no. Sin embargo, de llegar a buen fin este Proyecto, creo que en la práctica la mecánica que se llevará a cabo será la actualmente empleada.

Art. 710 (44): “Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento”

(44) El Proyecto de 1982 rezaba del siguiente modo

“Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, e incorporará al protocolo acta en la que se transcribirá la del otorgamiento”

Se trata de una redacción confusa e imprecisa: En primer término habla de incorporar no la “copia autorizada”, sino el “acta”. En segundo lugar, no determina el tipo de protocolo (corriente —Proyecto de 1991— y secreto —redacción actual del CC—) al que se debe incorporar dicha “acta”. De haber llegado a buen fin este Proyecto dos serían las interpretaciones posibles: De un lado, la vigencia de dicho protocolo secreto por aplicación subsidiaria de la legislación notarial (solución que parece más probable: estaríamos una vez más ante un “olvido del legislador”), de otra parte, entender que el

No contradice la sustitución propuesta de la conservación de la copia en el protocolo reservado (muy escasamente utilizado en las Notarías españolas) en lugar del protocolo corriente, con el “deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad” (según reza el Preámbulo del Proyecto), puesto que el carácter confidencial no viene conferido por el distinto tipo de protocolo donde se conserva la copia. Así señala el artículo 274 RN que “los protocolos son secretos”. El texto propuesto modificaría, de llegar a ser ley, los artículos 34 LN, 274 RN, y concordantes de la legislación notarial.

Art. 711 (45): “El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirase después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota”.

Se aplica “mutatis mutandis” lo mencionado anteriormente respecto de la supresión del protocolo reservado y su sustitución por el corriente, siendo ésta la única modificación propuesta.

Art. 734 (46): “También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento.

En estos casos se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las Secciones quinta y sexta de este capítulo”.

redactor, con la mencionada supresión, se decidía por la solución contenida en el Proyecto de 1991 (interpretación, a mi juicio, forzada)

(45) Artículo 711 del Proyecto de 1982·

“El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo

En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar al margen y a continuación del acta incorporada al protocolo que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota”

Lo único destacable es la exigencia de que conste al margen y a continuación (no al margen o a continuación) del acta que el testamento es depositado en poder del Notario autorizante.

(46) Artículo 734 del Proyecto de 1982·

“También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el Agente diplomático o funcionario consular de España residente en el lugar del otorgamiento

Es de destacar la mayor claridad de redacción que encierra el texto propuesto, y la consecuente supresión de toda mención a los testigos. También es digno de mención que el artículo 11 del Anexo III del Reglamento Notarial (relativo al “Ejercicio de la fe pública por los Agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero”), establece que “Los instrumentos públicos a que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley, autorizados por los Agentes diplomáticos y consulares, se protocolizarán en el Protocolo corriente”; respecto de la capacidad para ser testigo en los testamentos otorgados en país extranjero, el artículo 16,2.º de dicho Anexo III remite a la regulación contenida en el CC, no exigiendo la condición de domicilio en el país en que se otorga. Del mismo modo se debe tener en consideración lo dispuesto en el artículo 3,d) del Anexo II (“Del Registro de actos de última voluntad”).

Por último, respecto del empleo de la expresión “funcionario diplomático o consular” (empleada ya en el art. 11 CC), como ha comentado el profesor GONZÁLEZ CAMPOS a propósito del artículo 11 CC, la misma no se acomoda a la empleada en la normativa convencional internacional en vigor establecida en los Convenios de Viena de 18 de abril de 1961 y 21 de noviembre de 1967, los cuales utilizan respectivamente las expresiones “agente diplomático” y “funcionario consular”.

Por lo que respecta a la DISPOSICION DEROGATORIA (47) (“Queda derogado el artículo segundo de la Ley de 1 de abril de 1939 sobre intervención de testigos en la autorización de las escrituras públicas”), ha sido objeto de comentario al analizar el artículo 698 del Proyecto, al que me remito.

III. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Como señalara la profesora GAYA SICILIA a propósito de la Ley 11/1990 “la norma (en este caso proyectada) —salvo elementales aciertos— deja mucho que desear”. En efecto, si bien la finalidad última es

En estos casos dicho Agente o funcionario hará las veces de Notario y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor

Dos observaciones al respecto: De una parte, destacar el acierto en la terminología empleada (“agente diplomático” y “funcionario consular”). De otro lado, la expresión “siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor” (cuya lectura ha de realizarse al amparo del art. 11 CC) obedece a la preocupación de una posible práctica fraudulenta que destacados estudios han puesto de manifiesto (v. gr., ORTIZ DE LA TORRE, “El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido”, *RGLJ*, 1974).

(47) El Proyecto de 1982 carecía de Disposición Derogatoria alguna

acertada, contemplando la realidad de la práctica notarial española, no es menos cierto que existen grandes fallas en la redacción (no sólo de índole formal, como por ejemplo el distinto criterio seguido para enumerar los apartados del artículo 681 frente al mantenido en los artículos 697, 698, 707 y 709, todos ellos del Proyecto; ortográfica —“textador”, “cando”—; sino también imprecisiones de naturaleza material o sustantiva). Sería deseable, como pone de manifiesto la citada profesora “un asesoramiento más eficaz en lo que a materias jurídicas se refiere”.

Concluyo señalando dos cosas: 1) Que no se ha afrontado con valentía el tema de la supresión de los testigos en los testamentos. 2) Hubiera resultado muy conveniente suprimir las restricciones que al respecto contiene la legislación notarial, estableciendo una única regulación tanto para los testamentos como para los actos *inter vivos* recogidos en instrumentos públicos, coordinando así dicha regulación con la contenida en el Código Civil; desgraciadamente nada de esto se contempla en el Proyecto (ni siquiera se plasma en la Disposición Derogatoria los artículos de la LN y RN que resultan afectados).

El resultado final, si el Proyecto sigue adelante, es la consagración de unas solemnidades huecas y carentes de sentido que, además de no obedecer a la realidad actual, sólo traen complicaciones y quebraderos de cabeza, citando una vez más como botón de muestra (por su carácter reciente) la STS de 25 de abril de 1991.

Mazagón, 17 de agosto de 1991

MANUEL IGNACIO FELIÚ REY
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales

1. *Convenio sobre procedimiento civil y comercial.*—En el “BOE” del día 5 de octubre se publica el Canje de notas de 5 y 18 de junio de 1991, constitutivo de acuerdo para poner en vigor entre España y Dominica el Convenio Hispano-Británico relativo al procedimiento civil y comercial firmado en Londres el 27 de junio de 1929.

2. *Acuerdo con Hungría sobre títulos académicos.*—El “BOE” del día 7 de octubre inserta el texto del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Hungría en materia de reconocimiento mutuo de certificados y de títulos académicos firmado en Budapest el 9 de noviembre de 1989.

Según su artículo 1º ambas Partes se reconocen mutuamente sus respectivos títulos de Bachiller; igualmente se reconocen sus títulos de Licenciados Universitarios en el artículo 2º y en el artículo 3º el de Doctor Universitario.

B) Legislación española

1. *Ley 23/1991, de 15 de octubre, modificando la de Cámaras Agrarias.*—Se publica en el “BOE” del 17 de octubre y trata de poner de acuerdo la Ley de 24 de diciembre de 1986 con los dictados de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre aspectos electorales de dichas Cámaras.

A la vez, se modifica la Disposición adicional segunda sobre las atribuciones patrimoniales de los bienes de las Cámaras extinguidas, en el sentido de señalar que la Administración competente (no la del Estado, como se decía antes) será la que deba adscribir tales bienes a fines de interés general agrario que (aquí nueva modificación) se relacionen con los “colectivos de agricultores representados” en el ámbito de las Cámaras extinguidas. El precepto es de una inconcreción absoluta y está necesitado de desarrollo reglamentario.

2. *Modificación del Reglamento del Registro Mercantil.*—La realiza el Real Decreto 1.418/1991, de 27 de septiembre, que se publica en el “BOE” del 7 de octubre. Se refiere a los artículos 52, 62 y 311 y su finalidad es facilitar la presentación por correo de las cuentas anuales al Registro Mercantil.

3. *Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social.*—Para evitar la dispersión normativa existente a causa de las diversas modificaciones sobrevenidas después del anterior Reglamento de 1986, se dicta este nuevo texto que las recoge.

Es interesante su estudio y en especial los artículos contenidos en el título III que se refiere al período de recaudación en vía ejecutiva.

C) Normas autonómicas

1. *Asturias.*—Ley de 30 de julio de 1991, de organización de la Administración del Principado de Asturias. Se publican en el Boletín del Principado con fecha 5 de agosto siguiente.

2. *Navarra.*—Ley Foral de 19 de septiembre de 1991, sobre regularización de determinadas situaciones tributarias.—Se publica en el Boletín Oficial de Navarra el día 25 del mismo mes y trata de regular los problemas relativos a la tributación de los rendimientos del capital mobiliario, en especial los Pagarés del Tesoro.

II. Información de actividades

I. XI SIMPOSIO DE DERECHO MATRIMONIAL CANONICO

Bajo el título general de “Anomalías psíquicas y matrimonio” se ha celebrado en los días 16 a 20 de septiembre este ciclo de estudios sobre Derecho matrimonial, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Salamanca, en el Colegio Mayor Universitario de Alicante.

Se expusieron los siguientes temas:

“La normalidad/anormalidad para consentir en el matrimonio: criterios psicológicos y canónicos”, Santiago Panizo Orallo (Auditor del Tribunal de la Rota Romana en Madrid).

“La repercusión en el matrimonio de los trastornos de ansiedad y de angustia”, M.^a Emilia Antón Veira (Psicóloga Judicial, Palma de Mallorca).

“La incidencia de la neurosis en el consentimiento matrimonial canónico”, Juan José García Failde (Decano del Tribunal de la Rota en Madrid).

“Malformaciones de la personalidad y sus principales manifestaciones clínicas frente al compromiso matrimonial”, Baldomero Montoya Triviño (Psiquiatra, Madrid).

“Los trastornos de la esfera psicosexual: su repercusión en el consentimiento matrimonial”, Antonio Arza Arteaga (Universidad de Deusto).

“La psicopatía o trastornos de personalidad antisocial en el matrimonio”, Pascual Hernando Calvo (Psicólogo Judicial, Zaragoza).

“Los efectos de la drogadicción en la constitución del matrimonio”, M.^a Elena Olmos Ortega (Universidad de Valencia).

“La agilización en la tramitación de las causas de nulidad matrimonial: algunas sugerencias”, Manuel Calvo Tojo (Vicario Judicial de Santiago de Compostela).

“La retroactividad o irretroactividad del dolo”, Federido R. Aznar Gil (Universidad Pontificia de Salamanca).

“La prueba de la nulidad del matrimonio contraído en fase intervalar”, Antonio Pérez Ramos (Universidad de las Islas Baleares y Vicario Judicial de Mallorca).

“Abogados, procuradores y patronos ante los tribunales eclesiásticos españoles”, Juan L. Acebal Luján (Universidad Pontificia de Salamanca).

“La pericia psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa: legitimidad, realización y valoración canónica”, José M.^a Serrano Ruiz (Auditor del Tribunal Apostólico de la Rota Romana).

“La «incapacitas» del c. 1095,3º: ¿«antecedente, cierta y perpetua»?”, Joaquín Martínez Valls (Universidad de Alicante y Vicario Judicial de Orihuela-Alicante).

2. MESA REDONDA SOBRE SOCIEDADES ANONIMAS DEPORTIVAS

Se ha celebrado en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el día 30 de septiembre, para estudiar los problemas jurídicos que pueden plantearse de la aplicación de la Ley del Deporte y del Real Decreto que últimamente han regulado estas sociedades.

Hubo gran concurrencia de personas interesadas y tras la exposición de las normas reguladoras y la acertada intervención de los componentes de la Mesa, siguió un animado debate.

La Mesa estuvo compuesta por los siguientes señores:

Don Iñigo Coello de Portugal, Letrado del Consejo de Estado, Abogado del Estado, excedente.

Don José Manuel Otero Lastres, Abogado, Catedrático de Derecho Mercantil, Miembro de la Junta Directiva del Real Madrid.

Don Antonio Baró Armengol, Abogado, Presidente de la Liga de Fútbol Profesional.

Don José María García Pérez, Periodista, Director de Deportes de Antena 3.

Don José Luis Sierra Sánchez, Abogado, Jefe de la Asesoría Jurídica Club Atlético de Madrid.

Don José M.^a Méndez-Castrillón Fontanilla, Registrador Mercantil de Madrid.

Don José Angel Martínez Sanchiz, Notario de Madrid.

Don Luis María Cazorla Prieto, Letrado de las Cortes Generales, Abogado del Estado, excedente, Inspector de los Servicios de Economía y Hacienda, excedente.

3. CONGRESO DE DERECHO AGRARIO EN OVIEDO

Organizado por el Area de Derecho Civil, Departamento de Derecho Privado y de la Empresa de la Universidad de Oviedo y la Asociación Española de Derecho Agrario, se ha celebrado este Congreso Internacional en Oviedo durante los días 27 y 28 de septiembre, estudiándose las siguientes materias:

Día 27. —“Legislación agraria de las Comunidades Autónomas”:

“Andalucía”. D. Francisco Cuenca Anaya. Notario de Sevilla.

“Aragón”. D. Gabriel García Cantero. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.

“Principado de Asturias”. D. Juan Francisco Delgado de Miguel. Notario de Gijón. Profesor Asociado de la Universidad de Oviedo.

“Balears y Murcia”. D.^a M.^a Desamparados Llompart. Prof. Titular de la Universidad de Valencia.

“Valencia”. D. Luis Amat Escandell. Catedrático de Derecho Agrario de la Universidad de Valencia.

“Canarias”. D.^a M.^a Angeles Eguzquiza Balmaseda. Prof. Titular de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna.

“Cantabria”. D. Luis Rojo Ajuria. Prof. Titular de Derecho Civil. Universidad de Cantabria.

“Castilla-León y Castilla-La Mancha”. D. José M.^a de la Cuesta Sáez. Prof. Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

“Cataluña”. D. Agustín Luna Serrano. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.

“Extremadura”. D. José Rubio Roffignac. Abogado.

“Galicia”. D. José M.^a Franco. Profesor Asociado del Colegio Universitario de Vigo.

“Madrid”. D. Juan Sánchez Jerez. Abogado y Letrado del IRYDA.

“Navarra y La Rioja”. D. Pedro Pablo Contreras. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de La Laguna.

“País Vasco”. D. José Luis Errecacho. Jefe de la Asesoría Jurídica del Departamento de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco. Prof. Asociado de Legislación Alimentaria. Universidad del País Vasco.

Día 28.—“Temas monográficos”:

— “El régimen de cooperativas en las Legislaciones autónomas españolas”. D. Juan José Sanz Jarque. Catedrático de Derecho Agrario y Social. Universidad Politécnica de Madrid.

— “Organización y contratos interprofesionales en materia de lácteos en Francia”. M. Louis Lorvellec. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Nantes.

— “Derecho Comunitario y Derecho Francés para las zonas de montaña”. M. Joseph Hudault. Catedrático de Derecho Agrario. Universidad de la Sorbona. París.

— “La conservación del Derecho Consuetudinario Agrario en el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias”. D. Joaquín Arce y Flórez-Valdés. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo.

— “Legislación Agraria y garantía constitucional de la propiedad”. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid. Magistrado del Tribunal Constitucional.

— “El régimen jurídico de la caza en Italia”. Dott. M.^a Pía Raggioneri Pocaterra. Prof. de Derecho Agrario de la Universidad de Roma.

— “El Derecho Agrario y las regiones italianas”. D. Antonio Carrozza. Catedrático de Derecho Agrario. Universidad de Pisa.

4. II JORNADAS DE REGISTRADORES Y CONSERVADORES DE LA C.E.E.

Durante los días 3 y 4 de octubre se han celebrado en Madrid, en la sede del Colegio de Registradores, estas II Jornadas de Registradores de la Propiedad y Conservadores de Hipotecas de Países de la C.E.E.

En el primer día desarrollaron el siguiente programa:

1. Examen de la situación del Registro de la Propiedad en cada país, especialmente en relación a la publicidad de los datos inscritos.
2. Estudio sobre la posibilidad de intercomunicación de los Registros, y de la obtención de datos desde cualquier país de la C.E.E.
3. Preparación del IX Congreso Internacional de Derecho Registral que se celebrará en Torremolinos (Málaga - España) entre el 25 y 29 de mayo de 1992.
4. Creación de un grupo de trabajo, seguimiento y relación con las Instituciones Europeas.

Al día siguiente visitaron un Registro de la Propiedad de Madrid, el Registro Mercantil Central y el Centro de Proceso de Datos del Colegio de Registradores, acabando con una sesión de trabajo, conclusiones de las Jornadas y clausura a cargo del Director General de los Registros y del Notariado.

5. LA PROPIEDAD AGRARIA Y LA POLITICA DE LOS GOBIERNOS EN EL SIGLO XIX

En el mes de noviembre se ha celebrado este seminario en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, habiéndose estudiado los siguientes temas:

— “La nueva propiedad liberal”. D. Miguel Artola Gallego. Presidente del Instituto de España.

— “Propiedad, conflictos, gobiernos a fines del antiguo régimen”. D.^a Margarita Ortega López. Universidad Autónoma de Madrid.

— “Del régimen señorial a la propiedad liberal”. D. Pedro Ruiz Torres. Universidad de Valencia.

— “Una medida liberal: la desamortización de Mendizábal”. D. Javier Donezar Díez de Ulzurrun.

— “Una medida liberal: la desamortización de Madoz”. D. José M.^a Moro Barreñada. Universidad de Oviedo.

— “Pequeña propiedad «rabassa morta» y enfiteusis en Cataluña”. D. Ramón Garrabou. Universidad de Barcelona.

— “Los foros gallegos y su permanencia como fórmula de propiedad”. D. Ramón Villares. Universidad de Santiago de Compostela.

— “Pequeña y gran propiedad a finales del siglo XIX. Andalucía”. D. José Sánchez Jiménez. Universidad Complutense de Madrid.

6. CICLO DE CONFERENCIAS EN LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO

Ha comenzado el ciclo de conferencias del año académico 1991-1992, que se prolonga hasta el día 4 de junio del año próximo con un interesante y extenso programa.

Las conferencias durante el año actual, de octubre a diciembre, son las siguientes:

17 de octubre

D. José Manuel Otero Lastres, Catedrático de Derecho Mercantil: “La Junta General de Accionistas en la Sociedad Anónima”.

24 de octubre

D. José María Gondra Romero, Catedrático de Derecho Mercantil: “La pervivencia del modelo «Hipotecario» en la configuración del sistema de publicidad registral mercantil. (Reflexiones críticas al hilo de la reciente reforma de nuestro Derecho)”.

7 de noviembre

D. Elías Campo Villegas, Notario de Barcelona: “Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción registral”.

12 de diciembre

D. Juan José López Burniol, Notario de Barcelona: “Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias”.

7. XVIII ENCONTRO DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMOVEIS DE BRASIL

Se ha celebrado en los días 21 a 25 de octubre en Maceló este encuentro de Registradores de la Propiedad de Brasil, con el siguiente temario:

- I. Os notários e os registradores
- II. Loteamentos urbanos e rurais
- III. A qualificação dos títulos apresentados a registro
- IV. As servidoes e o Registro de Imóveis
- V. A prática no Registro Imobiliário

8. CURSO DE ESPECIALISTA EN DERECHO REGISTRAL

Este Curso, con título propio de la Universidad Complutense de Madrid, tendrá lugar en el Colegio de Registradores de la Propiedad y está organizado por dicho Colegio, en colaboración con el Colegio de Abogados de Madrid y la Universidad Complutense, habiendo de desarrollarse de noviembre de este año a junio del año próximo.

Está dirigido a Abogados y Licenciados en Derecho y son sus objetivos:

- 1) Enseñanza de la organización y el funcionamiento del Registro de la Propiedad tanto en sus principios básicos como en sus relaciones con las principales instituciones jurídicas, todo ello con enfoque técnico-práctico y con información doctrinal y jurisprudencial.
- 2) Exposición de las principales cuestiones que se plantean en el Registro Mercantil después de la reforma de su Reglamento.

Lo dirige don Manuel Amorós Guardiola, Catedrático de Derecho Civil y Registrador de la Propiedad y su profesorado está integrado por Registradores de la Propiedad y Catedráticos de la Universidad.

9. SEMINARIO "FEDERICO DE CASTRO"

El día 23 de octubre tuvo lugar en los locales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación la primera sesión de trabajo del presente curso de este Seminario, con notable y selecta asistencia de profesionales del Derecho.

La primera ponencia sobre "Responsabilidad contractual" estuvo a cargo del Catedrático de Derecho Civil y Presidente del Consejo de Redacción de esta Revista, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, quien expuso las diversas tesis doctrinales que pretenden justificar la postura del obligado a cumplir el debitum de un contrato, suscitándose una animada discusión de gran altura doctrinal.

A lo largo del curso se tratarán otros interesantes temas jurídicos.

10. CONFERENCIAS EN EL COLEGIO DE REGISTRADORES

Organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y en su Salón de Actos ha tenido lugar este ciclo, bajo el título genérico de "EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL ANTE EUROPA", durante los días 18 a 20 de noviembre.

Día 18

Don Vicente Palacio Atard, Académico de la Real Academia de la Historia, Profesor Emérito de la Universidad Complutense de Madrid: “El Siglo XIX español”

Don Gustavo Villapalos Salas, Catedrático de Historia del Derecho, Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid: “Cuestiones y problemas del Derecho privado español en el Siglo XIX”.

Día 19

Don Juan Pablo Fusi Aizpurúa, Catedrático de Historia Contemporánea: “El nacimiento de la Europa actual”.

Don Celestino Pardo Núñez, Registrador de la Propiedad y Mercantil: “El Derecho registral español en el contexto europeo: pasado, presente y futuro”.

Don José Luis de los Mozos y de los Mozos, Catedrático de Derecho Civil, Magistrado del Tribunal Constitucional: “El Derecho Común y nacimiento de Europa”.

Día 20

Don Evelio Verdura y Tuells, Catedrático de Derecho Mercantil: “El nuevo Derecho mercantil comunitario europeo”.

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Catedrático de Derecho Civil: “El Derecho privado comunitario europeo: orígenes, presente y futuro”.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1.—*Sentencia de 23 de abril 1990.*—PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—Emplazamiento de coadyuvantes y codemandados.—Sala 2ª.—Ponente: Sr. Rubio Llorente.

Hechos.—La Delegación Provincial del INS de La Coruña, resolviendo concurso-oposición para plazas de facultativo de la Seguridad Social, adjudicó a don A.Z. plaza de especialista en Pediatría en El Ferrol y a don E.C. se le adjudicó idéntica plaza en Valdoviño. Este último formuló reclamación ante la Comisión Central de Reclamaciones que fue desestimada, si bien, en vía de recurso de alzada, obtuvo satisfacción su pretensión al dictarse por el Ministerio de Sanidad resolución de fecha 30 de julio de 1979 por la que se declaraban nulas las actuaciones y se ordenaba se procediera a una nueva valoración de los méritos de los concursantes. Realizada nueva propuesta de valoración, la Dirección Provincial volvió a designar con preferencia a don A.Z., siendo una vez más recurrida dicha valoración ante la Comisión Central de Reclamaciones, que resolvió en fecha 19 de abril de 1985 denegando la reclamación, resolución que fue confirmada en alzada.

Contra la mencionada resolución y la confirmación en alzada, don E.C. interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional de la hoy extinta Audiencia Territorial de La Coruña, por Sentencia de 13 de marzo de 1987, estimó en su integridad la pretensión del recurrente, declarando nulas de pleno derecho las resoluciones impugnadas.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto, en virtud de los siguientes

Fundamentos de Derecho.—Primero. En el presente recurso, el solicitante de amparo alega haber sufrido la vulneración de sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión como consecuencia de no haber sido emplazado directa y personalmente en el proceso contencioso-administrativo que, incoado en virtud de recurso promovido por una tercera persona, concluyó por sentencia que declaró nulo el acto administrativo por el que se le había adjudicado plaza de Facultativo de Pediatría-Puericultura de la Seguridad Social de El Ferrol.

La posible vulneración del derecho fundamental a la no indefensión como consecuencia de la omisión en los procesos contencioso-administrativos del emplazamiento directo y personal de demandados y coadyuvantes, sirviendo como emplazamiento la mera publicación del anuncio de la interposición del recurso en el Boletín Oficial que corresponda (artículos 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en adelante L.J.C.A.), ha sido objeto ya de numero-

sísimas decisiones de este Tribunal, consistentes todas ellas, una vez asentada plenamente la doctrina general que sobre esta cuestión viene manteniéndose desde las iniciales sentencias 9/1981, de 31 de marzo (F.J. 6º) y sobre todo 63/1982, de 20 de octubre, en ponderar las circunstancias concretas concurrentes en cada caso. Esa doctrina general, que ha considerado que, pese a la precisión del artículo 64 de la L.J.C.A., es obligado el emplazamiento personal cuando aparezcan identificadas terceras personas que ostentan legitimación para comparecer como demandados o coadyuvantes en el proceso contencioso-administrativo, ha sido, no obstante, progresivamente matizada y perfilada, advirtiéndose así que no toda inobservancia de tal exigencia puede ser calificada como vulneradora del derecho a la no indefensión, ya que la propia condición o personalidad de quien afirma haber sufrido la lesión por habersele emplazado edictalmente, los propios medios de que el Tribunal haya podido disponer para practicar y hacer efectivo el emplazamiento personal, la diligencia que el presuntamiento lesionado haya observado a fin de comparecer en el proceso, el conocimiento extraprocesal que haya podido tener acerca de su existencia, o, en fin, el momento mismo en el que llegó a conocer la sentencia que puso término al proceso, son, entre las más significativas, aunque no exclusivas, causas o hechos determinantes de la valoración y juicio que la infracción procesal pueda y deba merecer desde la perspectiva del referido derecho fundamental (entre otras muchas más, STC 22/1983, 119/1983, 117/1984, 56/1985, 150/1986, 208/1987, 163/1988 y 251/1988).

Por consiguiente, en supuestos como el que ahora nos ocupa, es ineludible examinar con detalle las actuaciones habidas, a fin de determinar si el emplazamiento personal era obligado y si fue observado por el Tribunal, así como, en el caso de que no hubiese practicado, determinar también las circunstancias bajo las cuales se produjo la infracción, dado que sólo el conocimiento de tales hechos permitirá valorar el efectivo alcance e incidencia que en el derecho a la no indefensión haya podido tener.

Segundo. La singularidad de este tipo de demandas de amparo suscita, además, una dificultad añadida, consistente en la necesidad de precisar el plazo en el que la solicitud de amparo debe ser formulada ante este Tribunal Constitucional, por cuanto quien no es parte en el proceso judicial previo y no tiene, por tanto, intervención en el mismo, no es objeto de notificación alguna que le proporcione noticia de la sentencia dictada, con lo que, en principio, no puede ser de directa aplicación, dada su propia literalidad, la regla fijada en el artículo 44.2 de la L.O.T.C., en virtud de la cual el plazo de veinte días para interponer el recurso de amparo se contará "a partir de la notificación de la resolución recaída en proceso judicial".

Pues bien, conviene recordar que la cuestión fue ya resuelta por este Tribunal Constitucional en su Auto 421/1983, de 28 de septiembre, manteniendo desde ese momento, en reiterada doctrina (por todos, Auto 642/84, de 7 de noviembre y STC 92/1984), que para suplir el vacío legal debe ser aplicado analógicamente lo dispuesto en el referido artículo 44.2 de la L.O.T.C., si bien "computado el plazo desde que la parte recurrente en amparo tuvo conocimiento suficiente y fehaciente de la sentencia dictada por el órgano judicial, dándose por informada de su alcance material, puesto que esta noticia es equivalente por su contenido a la proveniente de la notificación procesal, debiendo por ello entablar recurso de amparo dentro del plazo de veinte días, y sin poder extender sus límites temporales más allá de su alcance, dejando a su arbitrio la extensión, con ilimitado ejercicio del derecho a iniciar el proceso constitucional" (Auto 642/84, F.J. 2º).

De este modo, habrá también que determinar si el solicitante de amparo tuvo conocimiento material de la sentencia dictada en el proceso al que no fue emplazado en un momento anterior al que formalmente ha adoptado como "dies a quo" para el cómputo del plazo de veinte días, porque, si así fuese, la demanda de amparo necesariamente incurriría en extemporaneidad y, por tanto, habría de ser rechazada.

Tercero. Con arreglo a los criterios expuestos, el estudio de las actuaciones judiciales previas pone de manifiesto que, interpuesto recurso contencioso-administrativo por don José Antonio C.L. contra la resolución de la Comisión Central de Reclamaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo de 19 de abril de 1985, por el que se propuso la adjudicación de la plaza de facultativo de la Seguridad Social en El Ferrol (especialista de pediatría-puericultura) a favor del ahora solicitante de amparo, así como contra la posterior resolución de la Subsecretaría de Sanidad y Consumo de 23 de septiembre de 1985, desestimatoria del pertinente recurso de alzada, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de La Coruña, por providencia de 14 de febrero de 1986, acordó se dirigiera exhorto al Juez decano de Primera Instancia de los de El Ferrol a fin de que, con entrega de la correspondiente cédula, se emplazase a don Antonio Z.B., si bien, la citación no dio resultado alguno, por cuanto dirigida a su nombre al Ambulatorio de la Seguridad Social de El Ferrol resultó no encontrarse trabajando en el citado centro, desconociéndose el nuevo destino o domicilio del mismo. Consecuentemente, por nueva providencia de 29 de noviembre de 1986, la Sala acordó se le emplazase por medio del correspondiente edicto en el Boletín Oficial de la Provincia de La Coruña, lo cual así se hizo, insertándose el anuncio en el Boletín del día 12 de diciembre siguiente.

Se evidencia, pues, que la Sala actuó correctamente, en la medida en que, constatando la legitimación del Sr. Z.B. para comparecer en el proceso contencioso-administrativo, adoptó las medidas pertinentes para emplazarle mediante citación personal y directa, sin que el resultado negativo que se obtuvo pueda ser imputado a falta alguna de diligencia por parte de la Sala, que, a partir de ese momento, no tuvo más opción que la de proceder al emplazamiento por medio del correspondiente edicto.

La conclusión, por ello mismo, no puede ser otra que la de rechazar que la no efectividad del emplazamiento personal que se intentara haya podido lesionar el derecho a la no indefensión del recurrente, ya que cuando se ha observado esa exigencia por el Tribunal y éste no dispone de más medios para poder localizar personalmente al interesado, ningún reparo cabe oponer a que, como última posibilidad, se utilice la vía del edicto.

Cuarto. En el presente caso, concurre, además, otra circunstancia que, aun cuando no hubiere mediado la frustada citación personal y directa al ahora recurrente en amparo, emplazándole para comparecer en el proceso contencioso-administrativo, habría determinado, igualmente, el rechazo a la invocada infracción del artículo 24.1 de la Constitución.

Baste reparar, a tal efecto, que, tal como se declara en la propia resolución de la Comisión Central de Reclamaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo de 19 de abril de 1985 que desestimó la reclamación formulada por el Sr. C.L. y confirmó la propuesta de adjudicación de la plaza de Pediatría de la Seguridad social en El Ferrol a favor del Sr. Z.B., a éste se le notificó con fecha 1 de marzo de 1985, "en mano, por funcionario de la Dirección Provincial del Insalud en La Coruña" la referida reclamación, para que "en el plazo de 10 días hiciera las alegaciones que a su derecho conviniese, sin que figure que hasta la fecha haya

hecho uso de ese derecho", lo que pone claramente de manifiesto que quien afirma en este momento haber sufrido indefensión, tuvo noticia cierta y plena constancia de que la resolución por la que se proponía le fuese adjudicada la plaza en cuestión había sido recurrida, sin que, no obstante, ninguna alegación en defensa de su derecho formulara. De este modo, esa falta de diligencia, al desentenderse de la posible ilegalidad del acto que le afectaba a pesar de tener constancia de que frente al mismo otro de los concursantes había recurrido a la vía administrativa, priva, pues, de toda consistencia a la invocación del derecho a la no indefensión, que, sólo cuando el desarrollo de las actuaciones le han deparado un resultado negativo para sus intereses, ha venido a plantear. Y es que, como ya hemos señalado con profusión, quien se dice interesado no puede desentenderse de la posible ilegalidad del acto administrativo que le afecta cuando le consta que dicho acto ha sido impugnado en vía administrativa (entre otras, SSTC 150/1986, 182/1987 y 208/1987).

Quinto. Finalmente, y a mayor abundamiento, una rigurosa aplicación de los requisitos exigibles para la viabilidad procesal del recurso de amparo planteado, había hecho, incluso, innecesario el precedente análisis. Y ello porque, a pesar de haber admitido a trámite la demanda, con posterioridad —en concreto con ocasión de las alegaciones formuladas por el propio solicitante de amparo en el incidente de suspensión de la ejecución de la resolución judicial impugnada— se ha tenido por este Tribunal constancia de que en fecha anterior a que solicitara de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de La Coruña la notificación de la sentencia objeto del presente recurso, el recurrente conocía ya la existencia. Así lo ha advertido, justamente, el Ministerio Fiscal, una vez que el recurrente, como consecuencia de la ejecución de la sentencia, causó baja en el puesto para el que había sido nombrado el día 12 de agosto de 1987, esperando, sin embargo hasta el 30 de noviembre siguiente para solicitar que se le notificase formalmente la referida sentencia, momento a partir del cual, y dentro del plazo de veinte días, interpuso el presente recurso.

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal antes resumida (F.J. 2º), es palmario que, dado que, al menos desde el 12 de agosto de 1987, el recurrente tuvo ocasión de solicitar esa notificación a fin de demandar seguidamente amparo, su actuación, dejando transcurrir más de tres meses para proceder de tal modo, ha carecido, obviamente, de la mínima diligencia exigible, y, por tanto, la interposición del recurso ha sido manifiestamente extemporánea.

2.—*Sentencia de 29 de octubre de 1990.*—FUNDACIONES.—Necesidad de la autorización administrativa para poder litigar.—Sala 2.ª—Ponente: Sr. Rubio Llorente.

Hechos.—Se interpuso por la Fundación "F.O." impugnación de acuerdos de la Junta General de "B. U. S. A." por procedimiento previsto en la antigua L.S.A. El Banco, demandado, formuló la excepción perentoria de falta de personalidad de la Fundación demandante al no haber obtenido la autorización administrativa para litigar que exige la Instrucción de 14 de marzo de 1989. La Audiencia Territorial de Barcelona, en Sentencia de 20 de junio de 1986 estimó la excepción formulada. El recurso de casación interpuesto contra esta sentencia fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por la Fundación, en virtud de los siguientes

Fundamentos jurídicos.—Primero. La cuestión debatida se centra en determinar si las Sentencias impugnadas, al admitir la excepción perentoria planteada

—falta de personalidad de la Fundación demandante por carecer de la capacidad procesal necesaria para comparecer en juicio, dado que no disponía de la correspondiente autorización gubernativa—, vulneran el derecho a obtener tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española.

La entidad demandante entiende que la postura adoptada por los órganos jurisdiccionales no sólo es contraria al ordenamiento jurídico, sino que acoge la interpretación más restrictiva y desfavorable de un requisito procesal que impide la efectividad del contenido normal del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cual es el de entrar a conocer el fondo de la litis suscitada.

Segundo. El art. 24.1 de la Constitución Española establece el derecho de todas las personas a obtener tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. En términos generales, este derecho se satisface tanto cuando desarrollado el procedimiento se obtiene una sentencia favorable o adversa a la posición que el demandante sostiene, como cuando, en la forma que proceda, la demanda es inadmitida por aplicación razonada de un precepto legal, que no siendo en sí mismo contrario a la Constitución, así lo imponga. El control de los presupuestos procesales corresponde a los Tribunales ordinarios, cuya actuación sólo puede ser controlada por este Tribunal, como es obvio, desde la perspectiva constitucional, esto es, o por carecer de toda justificación razonable la limitación en el acceso a la justicia que el precepto aplicado impone, o por haberse aplicado el mismo de forma arbitraria o de acuerdo con una interpretación puramente formalista que lo desvincula de su finalidad propia, reduciéndolo a forma vacía de sentido. En este sentido, SSTC 37/1982, 68/1983, 43/1984, 24/1987, 98/1988, 99/1989 y otras muchas.

Es esta la doctrina a cuya luz debe analizarse la cuestión aquí planteada.

Tercero. La demanda no imputa a las sentencias impugnadas la aplicación no razonada del precepto cuya aplicación condujo a la inadmisión de su demanda, ni tal imputación podría sostenerse a la vista de la fundamentación de ambas, pues tanto en una como en otra se argumenta en detalle sobre la aplicabilidad al caso de los arts. 7.4.º y 65 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899, tanto en su relación con los arts. 37 y 38 del Código Civil, como en relación con las estipulaciones de la escritura fundacional.

Tampoco reprocha a las decisiones judiciales una aplicación en extremo formalista de las citadas normas, ni tal reproche podría ser tomado en consideración. De una parte, porque los preceptos aplicados no establecen menos requisitos procesales, sino que definen la legitimación *ad processum* de las fundaciones; de la otra, porque, habiéndose hecho valer en la contestación a la demanda la excepción perentoria derivada de la falta de autorización administrativa, la recurrente en amparo no realizó esfuerzo alguno para subsanar, siquiera fuese *ad cautelam*, este defecto aparente de su capacidad, aunque dispuso para ello del largo tiempo que transcurrió entre la fecha de presentación de la demanda (10 de noviembre de 1983) y la de la sentencia de la Audiencia Territorial (20 de junio de 1986). Esta misma inactividad invalida también los argumentos basados en la dificultad o la imposibilidad de obtener la mencionada autorización durante el plazo (cuarenta días) de que se disponía para presentar la demanda o en la “desproporción” entre el defecto en cuestión (la falta de la preceptiva autorización administrativa) y la consecuencia que de él se hace depender.

En definitiva, y al margen de prolijas consideraciones sobre la inadecuada interpretación que los Tribunales del orden civil han hecho de los arts. 37 y 38 del Código Civil, e incluso de la escritura fundacional, consideraciones que suscitan cuestiones de mera legalidad ajenas a nuestra jurisdicción, el argumento

central de la demanda, aunque no se lo presente desnudamente así, es el de que la exigencia de autorización administrativa para ejercer acciones judiciales que la Instrucción de 1899 impone a las fundaciones es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 C.E., y, en consecuencia, han de entenderse derogadas por la Constitución. Este argumento carece, sin embargo, de toda consistencia.

La necesidad de autorización administrativa no niega, en efecto, a las fundaciones, el derecho de acceso a la justicia, un derecho del que nosotros hemos considerado titulares también a las personas jurídicas en general (SSTC 64/1988 y 99/1989 y otras allí citadas) "a las que el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso" (STC 64/1988, fundamento jurídico 1º), ni de ningún modo condiciona ni limita su legitimación *ad causam*, que es aquélla respecto de la que hemos dicho (STC 24/1987, que el actor cita en su demanda) que debe ser interpretada siempre en términos amplios. Se reduce a limitar o condicionar su *legitimatío ad processum*, y si bien con ello restringe la capacidad de actuación de estas instituciones, ni en la demanda ni en las alegaciones posteriores se ofrece razón alguna que permita sostener el carácter arbitrario o desproporcionado de tal restricción. No cabe sostener desde luego, en modo alguno, que esa restricción sea hoy irrazonable por ser anacrónica, pues, como recuerda el Tribunal Supremo, esa misma necesidad de autorización ha sido mantenida en épocas más recientes tanto respecto de las fundaciones culturales (Decreto de 21 de junio de 1972) como de las sometidas a protectorado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Real Decreto de 8 de abril de 1985), y excluida esa razón, la demanda no proporciona ninguna otra que autorice a considerar irrazonable o desproporcionada una limitación cuya razón de ser evidente se encuentra en la necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código Civil (art. 35.1º) les son propios. Como es evidente, una negativa de la Administración a conceder la autorización solicitada sí podría ser lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando resulte irrazonable o desproporcionada, pero la lesión será imputable en este caso al uso que la Administración hace de la habilitación legal, no a la norma misma.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR FERNANDO CANALS BRAGE

OBLIGACIONES HIPOTECARIAS DE PARTICULARES (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1990).

I. INTRODUCCION

Cuando D. Jerónimo González escribe en el año 1942 sobre las obligaciones hipotecarias de ferrocarriles (1) estaba certificando su defunción: "En virtud de la Ley de 24 de enero de 1941 el Estado español se ha incautado de los ferrocarriles de vía ancha..."; no quedaba sino estudiar la forma de pago de los títulos en circulación.

La cita de D. Jerónimo tiene su razón de ser en un paralelismo objetivo, que no, obviamente, subjetivo. Pues, a mi modo de ver la R. D.G.R.N. de 5 de noviembre de 1990 debe suponer como consecuencia lógica, quizá no manifiesta de momento, la defunción de las obligaciones hipotecarias de particulares, al menos en los términos en que hoy son conocidas.

En efecto, desaparecida la causa de su nacimiento que nadie discutirá había encontrado el legislador en la aventura del ferrocarril (Orden de 26 de febrero de 1867 que pasaría a la Ley Hipotecaria en 1869), la pervivencia de los arts. 150 y 154 a 156 de la Ley Hipotecaria había permitido escasísimas emisiones hipotecarias de grandes sociedades, atraídas por fórmulas más flexibles de obtención de capital en el mercado financiero, —realizadas incluso en algún caso para así poder exceder el tope legal de emisión (2)—; había posibilitado en segundo lugar la creación jurisprudencial de la hipoteca cambiaria (a partir de la R.D.G.R.N. de 26 de octubre de 1973), y en último extremo había servido para pequeñas y aisladas emisiones de títulos al portador por personas físicas que, al abrigo del artículo 247 del Reglamento Hipotecario, encontraban en su excepcionalidad su mejor salvaguarda jurídica.

(1) "Las obligaciones hipotecarias de ferrocarriles", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, agosto y septiembre de 1942, págs. 529 y 595.

(2) Puesto que las emisiones garantizadas por medio de hipoteca no están sujetas a la limitación impuesta por razones de capital y reservas (arts. 284.2 TRSA) Así lo manifestaba el Registrador Mercantil de Barcelona LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO en la Mesa Redonda celebrada el 10 de diciembre de 1990 en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles el 10 de diciembre de 1990.

Sin embargo cuando estas últimas emisiones en alguna manera se institucionalizan surgen dudas sobre su verdadera naturaleza jurídica. Corresponde a este momento el trabajo de Luis M. Selva (3) y unas líneas mías en una revista escasamente conocida fuera de su ámbito regional (4), con la intención, en mi caso, de propiciar un debate que clarificara las dudas sobre un tema cuya complejidad se ha encontrado en su carácter interdisciplinar o "transfronterizo".

Tal debate sin embargo no llegó a producirse y sólo un cúmulo de coincidencias pudo provocar un recurso gubernativo que no obstante llega bastante mal trecho al Centro Directivo, que éste supo recomponer en una Resolución encomiable por el esfuerzo, aunque haya sido tildada de tibia.

Si me interesa apuntar las razones que me ha parecido encontrar para explicar la inexistencia de debate, pues pueden resultar de ellas sugerencias a tener en cuenta ante la evolución futura de la hipoteca en garantía de títulos que la anhelada movilidad del crédito territorial promete hacer muy imaginativa. A mi juicio son éstas:

1.—La razón fundamental del agostamiento del estudio la tiene el que las emisiones por los particulares se plantearan esquemáticamente en términos maniqueos de licitud-fraude. Esta circunstancia motiva que la calificación registral se entienda en el límite de lo prohibido, aduciéndose que le estaban vedadas las consideraciones subjetivas de las partes, e imputándose por otro lado actitud inquisitorial a aquéllas, escasas, que no alcanzaban a encontrar la bondad hipotecaria de la situación.

2.—La irrupción en escena de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en quien se descarga inmediatamente todo el peso de la turbia trastienda (véase más abajo el informe del Registrador) que se adivina en los títulos. La no calificación se acompaña de una elemental y nebulosa puesta en conocimiento, de aquélla de la escritura de emisión para quedar al abrigo de toda sospecha. Parece no obstante que el tema es esencialmente hipotecario, porque a nadie se oculta que es la hipoteca la razón de ser de los títulos; éstos no existirían de no ser por la garantía hipotecaria.

3.—El apego acomodaticio, cuando no interesado, a la dicción literal de la ley, siendo así que "es un hecho tan conocido como de fácil comprobación que la legislación española carece de una normativa general sobre los títulos valores" (5), y que además da el legislador claras muestras de desconocimiento de sí mismo.

En 1909 la Ley Hipotecaria modifica, probablemente sin entenderla, la Ley de Enjuiciamiento Civil (derogación art. 1.517). El Reglamento Hipotecario (art. 247, único que al mencionar al particular no inscrito parece quererle ver), probablemente del mismo modo, el Código de Comercio y el Reglamento del Registro Mercantil (art. 21 C. de Co.: "también se inscribirán las emisiones que hicieran los particulares"); desajuste que no es corregido, al menos expresamente, en las

(3) LUIS M. SELVA SÁNCHEZ: "Hipotecas en garantía de cédulas al portador", Academia Sevillana del Notariado, 1989.

(4) *Lunes* 4,30, núm. 25, 27 de febrero de 1989. Respecto de lo que después se dice en el texto, justo es reconocer que los Registradores de la Comunidad Valenciana debieron mantener diversos debates que traslucieron en números posteriores de la misma revista, por ellos publicada.

(5) Con esta frase inicia J. M. DE EIZAGUIRRE SUS "Bases para una reelaboración de la teoría general de los títulos-valores" (*Revista de Derecho Mercantil*, núm. 163, enero-marzo 1982, págs. 7 a 112).

grandes reformas de 1956 (Reglamento del Registro Mercantil), de 1958 (Reglamento Hipotecario) y de 1973 (Código de Comercio) ni en las ulteriores. En 1951 la Ley de Sociedades Anónimas deroga en lo que se oponga y declara parcialmente vigente la Ley Hipotecaria, pero incluso esta declaración de vigencia encuentra obstáculos de conciliación imposible (6). En 1964 la Ley sobre emisión de obligaciones por personas jurídicas no anónimas culmina el despropósito, desconociendo el contenido de la propia Ley de Anónimas que tan reiteradamente cita.

4.—La argucia del pretendido trato discriminatorio cometido con las personas físicas a quienes se impediría la emisión de obligaciones; cuando lo cierto es que la discriminación se produce a la inversa, es a las personas jurídicas a las que se impide crear los títulos hasta el presente tolerados a los particulares. La idéntica naturaleza objetiva de los títulos motiva la identidad de su tratamiento jurídico, con independencia de la entidad de la persona que los cree

Liberados pues de tales prevenciones subjetivas, tratemos de analizar la Resolución de la Dirección General.

II. RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL

1.—*Hechos*.—El día 25 de abril de 1989, en escritura pública autorizada por don Carlos Goicoechea Rico, Notario de Valencia, don Pedro Chirivella Navarro constituyó unilateralmente hipoteca en garantía de tres títulos al portador, y así se expone en la citada escritura "que con el fin de atender a sus necesidades particulares, al amparo del artículo 154 de la Ley Hipotecaria realiza en este acto una emisión de tres obligaciones hipotecarias al portador de la serie A —única, numeradas del 1 al 3—, ambos inclusive, por importe de 4.000.000 de pesetas cada una de ellas, para ponerlas en circulación y negociarlas cuando lo considere oportuno".

La relación de hechos no puede ser más sucinta, pero es suficiente para destacar:

— La necesidad de buscar un amparo normativo en la cita expresa de un artículo (154 L.H.) que ni se ajusta a la operación realizada ni es cumplido en sus dictados (fecha y plazo de suscripción).

— Un cierto intento de causalizar la creación de los títulos acudiendo a la idea de un fin por demás obvio: "atender a las necesidades particulares del emitente".

— La pomposidad de la "serie A —única, numeradas del 1 al 3".

— La ingenuidad no frecuente de confesar que "se pondrán en circulación y negociarán cuando lo estime oportuno".

2.—*La nota de calificación*.—Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 12 de los de Valencia fue calificada con la siguiente nota: "Examinado el precedente documento que, presentado inicialmente el 26 de abril del año en curso, fue retirado acto seguido para pago del correspondiente impuesto, y devuelto por primera vez el 4 de mayo último, fue retirado por merecer calificación desfavorable, se deniega ahora, una vez que se ha devuelto

(6) Como p. ej. materia de cancelación de la hipoteca. V. GARCÍA TREVIJANO "Cancelación de hipoteca en garantía de obligaciones al portador emitidas por S. A.", *Revista de Derecho Notarial*, 1956.

por segunda vez el 14 de los corrientes con expresa petición de nota de calificación, la inscripción de la hipoteca que en el mismo se constituye por apreciarse en él los siguientes defectos: 1.º Constituirse la referida hipoteca en garantía de obligaciones inválidas. a) Por no ser posible, tras la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, que un particular, sin como mínimo cumplir por analogía los requisitos previstos en dicha Ley, pueda emitir en serie impresa y numerada títulos al portador que reconozcan o creen una deuda incorporada a ellos, y b) aunque se considerara inexacta la objeción anterior, por no justificarse que la pretendida emisión de las obligaciones garantizadas haya cumplido los requisitos exigidos por los artículos 26 y 29 proposición segunda de la Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del mercado de valores, por lo menos aquéllos no necesitados de desarrollo reglamentario, cual los enunciados en los apartados b) y d) del primero de dichos preceptos y en la susodicha proposición del segundo de ellos. 2.º Por ser contradictoria la condición sexta con el epígrafe fincas que se hipotecan, situado tras la condición decimoctava, ya que se afirma en aquélla que la parte emitente constituye hipoteca (en singular) sobre cada una de las tres fincas que el documento comprende, las cuales quedan respondiendo, entre otros extremos, del pago del principal (que se supone asciende a 12.000.000 de pesetas), y se proclama, en cambio, en éste que cada finca responde principalmente sólo de la respectiva obligación —números 1, 2 y 3— que a cada una de ellas se adscribe. Y es contradictoria porque esa adscripción (que declaró innecesaria para la hipoteca, cambiaría la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1979 —*Boletín Oficial del Estado* de noviembre siguiente—) supondrá que se habría constituido tres hipotecas autónomas (cada una de las cuales se podría ejecutar únicamente por impago de su correspondiente obligación adscrita) y no una sola hipoteca con distribución de responsabilidad entre las tres fincas hipotecadas, y 3.º Por no dejar a salvo la condición séptima lo preceptuado en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria y por ser contraria al principio de especialidad la previsión inicial (vencimiento de la obligación garantizada por incumplimiento de cualquiera de las condiciones pactadas) de la condición novena, según todo ello se declaró en las Resoluciones del meritado Centro Directivo de 23 y 26 de octubre de 1987, *Boletín Oficial del Estado* del 18 y 21 de noviembre siguientes, respectivamente—, en los fundamentos de derecho 8 de ambas, por lo que hace al tema de la extensión objetiva de la hipoteca, y 5 también de las dos, por lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado de la hipoteca por el incumplimiento de cualesquiera obligaciones contraídas en virtud de préstamo garantizado. Los defectos 1.º a) y 2.º se consideran insubsanables por lo que no procede tomar anotación preventiva por defecto subsanable que tampoco se ha solicitado. Contra esta nota cabe, además de contender ante los tribunales de justicia para que se declare la validez e inscribibilidad del título, recurrir gubernativamente ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma valenciana dentro del plazo de cuatro meses a contar desde esta fecha, todo ello en los términos que se previenen en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento dictado para su aplicación. Valencia a 23 de junio de 1989.—El Registrador.—Firmado: Juan Manuel Rey Portolés.”

Vuelta a presentar el día 13 de julio de 1989, fue objeto de la siguiente nota de calificación: “Vuelto a presentar el precedente documento con petición expresa de nota de calificación a efectos de interponer recurso gubernativo durante la vigencia del nuevo asiento de presentación tomado, se reitera la denegación a su inscripción que se formuló en la anterior nota de 23 de junio del año en curso,

por los mismos defectos que se reseñan en los números 1.º, 2.º y 3.º de dicha nota que se dan aquí por íntegramente reproducidos, como también se confirma el carácter insubsanable de los consignados en sus apartados 1.º a) y 2.º. Contra esta nota cabe, además de contender ante los tribunales de justicia para que se declare la validez e inscribibilidad del título, recurrir gubernativamente ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana dentro del plazo de cuatro meses a contar desde esta fecha, todo ello en los términos que previenen en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento dictado para su aplicación.—Valencia a 27 de julio de 1989.—El Registrador.—Firmado: Juan Manuel Rey Portolés.”

Interesa ahora destacar:

— Una visión estrictamente “cartular” de la operación que desemboca en una declaración de invalidez de los títulos por causa que afectan exclusivamente al “negocio” de emisión.

— Una cierta indeterminación producto de la indefinición legislativa: la Ley 211/1964 de 24 de diciembre se utiliza como ley de “mínimos” lo que no arroja mucha luz sobre el régimen de estas obligaciones, así como tampoco el acusado vacío reglamentario de la normativa del mercado de valores.

— La sugerencia debida sin duda al Registrador de la Propiedad, a quien no podrá achacarse despreocupación, de presentar nuevamente la escritura, aún antes de agotado el plazo de recurso contra la primera nota de calificación, lo que posibilitará la prórroga del asiento de presentación por la interposición del recurso.

— La dureza en la calificación de insubsanables de los defectos, singularmente el segundo, a la vista del informe de defensa de la nota.

3.— *El escrito del recurrente* —Don Pedro Chinvella Navarro interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la redacción de la nota de calificación en lo que se refiere al primer defecto contenido en la misma y, por tanto, difícil de contestar punto por punto. Que las leyes invocadas por el señor Registrador, se refieren siempre a la emisión de obligaciones colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada emitidas por asociaciones o por otras personas jurídicas; en ningún caso se habla en ellas de personas físicas, y, por tanto, habrá que interpretarlas de forma restrictiva, según el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Que de lo anterior se deduce que cualquier persona física puede emitir tales obligaciones sin sujeción a las condiciones que se imponen en las leyes invocadas a las personas jurídicas; por tanto, lo que la ley no prohíbe de una manera expresa se está autorizando a realizar. Concretamente, en cuanto a la Ley invocada en el apartado b) se refiere globalmente al mercado de valores. El que un señor particular emita unos títulos al portador en constitución de una hipoteca de garantía, se estima no se le puede considerar incluido dentro del mercado de valores. Que de la exposición de motivos se desprende que dicha ley no es de aplicación a las personas individuales que emitan dichos títulos. Que los artículos de la citada ley que menciona el señor Registrador, se considera que se refieren indudablemente a la emisión de valores por contraste en bolsa, y, por tanto, exigen unas condiciones especiales, que deberán reunir aquellas personas individuales o jurídicas que pretendan salir al mercado público de valores, conforme a su título III y en el título IV habla del mercado secundario de valores y se estima que tampoco aparecen en el mismo ninguna de las características que tiene el título que se pretende inscribir. Lo único que se hace con el referido título es dividir la hipoteca en partes alicuotas e inscribir los títulos transmisibles, todo ello al amparo del artículo 154

de la Ley Hipotecaria. Las obligaciones son los instrumentos que representan cada parte alicuota y en virtud del artículo citado son plenamente inscribibles. Que en cuanto al defecto invocado en el apartado 2.º de la nota denegatoria, se estima que una redacción más o menos acorde con la idea del señor Registrador no puede decir que deje sin efecto un documento público y solemne, cuando de la lectura del mismo se desprende con toda claridad su interpretación real y verdadera. Que en cuanto al tercer defecto de la nota de calificación, hay que señalar que lo establecido en la condición séptima está dentro de lo que marca el artículo 112 de la Ley Hipotecaria. Que en cuanto a lo que se refiere a la condición novena, la calificación en cuanto a dicho punto no se comprende y, por tanto, no se puede combatir. Que como fundamento de derecho cabe citar el artículo 154 de la Ley Hipotecaria.

El escrito del recurrente es, según se ve, expresión de la absoluta perplejidad de quien no entiende nada y no se resiste en hacerlo patente. Sin embargo, esta ignorancia en el caso es perfectamente excusable, no tanto la osadía de que hace gala. Lo verdaderamente preocupante es que el nivel medio de conocimientos jurídicos de aquéllos que se embarcan voluntaria, pública y exclusivamente en tales emisiones es bien inferior al mostrado por el señor Chirivella. Por cierto que se echa en falta en el recurso el preceptivo informe notarial.

4 — *El informe del Registrador de la Propiedad.* — El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que se considera que con la operación de las hipotecas en garantía de la emisión de obligaciones hipotecarias efectuadas por particulares, en la casi totalidad de las ocasiones se pretende alcanzar un fraude (*fraus alterius y fraus legis*). Con la aparentemente aséptica emisión de obligaciones hipotecarias por un particular con la finalidad de “cubrir atenciones de su tesorería” o, como se dice en la escritura calificada “atender a sus necesidades particulares”, se puede. 1.º Transgredir el artículo 1.º de la Ley de 1908, de 23 de julio, “Ley Azcárate”; 2.º Se puede también infringir (desde el lado del inversor) las leyes fiscales sobre la renta, pues los intereses “al descuento” no afloran nunca, ni tampoco afloran tras el primer año de vigencia de las obligaciones, al tiempo de sus posibles prórrogas, en que deben ser satisfechos anticipadamente, sin que al angustiado emisor le importe demasiado ser el único posible infractor de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, ni de su normativa de desarrollo (por ejemplo, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 20 de mayo de 1985), y 3.º Se puede quebrantar, por último, el principio de *par conditio creditorum* y el tipo penal sancionador del delito de estafa o el de alzamiento de bienes. En este punto es de destacar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notario de 22 de marzo de 1988. II. Que a continuación se desarrolla el verdadero informe: 1.º La invalidez de la obligación en el sentido de una modalidad del título valor, se basa en dos posibles razones, subsidiaria la una de la otra: A. En primer lugar, no es posible, tras la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, que un particular, sin, como mínimo, cumplir por analogía los requisitos previstos en dicha Ley, pueda emitir en serie impresa y numerada títulos al portador que reconozcan o creen una deuda incorporada a ellos. Que bien es verdad que el propio Código de Comercio pareció propiciar la combinación que ahora se objeta, en virtud de lo que dice en el párrafo 2.º, del número 10 de su artículo 21, pero esta posibilidad se podía entender concedida sólo a los particulares que fuesen comerciantes inscritos, como se descubre del artículo 32 del Reglamento interino para la organización y régimen del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto de 21 de diciembre de 1885. Tanto en la Ley Hipotecaria de 1909, como en el Reglamento de 1915 no se considera en

ningún momento que la emisión la efectuara un particular. Fue el Reglamento Hipotecario vigente el que sin apoyo ninguno en la Ley que debía desarrollar, estableció en el artículo 247 la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador. El Reglamento de Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, trasplantó las prescripciones que la Ley de 17 de julio de 1951, exigía para las sociedades anónimas a las colectivas, comanditarias y de responsabilidad limitada, cerrándose el ciclo con la promulgación de la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, reguladora de la emisión de obligaciones por personas jurídicas no anónimas. El actual silencio del legislador sobre la emisión de obligaciones por una persona particular sólo puede interpretarse: a) Que al contemplar la Ley Hipotecaria la segunda eventualidad del artículo 247, II, del Reglamento Hipotecario es que estaba proscribiendo la primera; b) O que se mantenía esa posibilidad pero sólo cuando la emisión la efectuaban comerciantes individuales inmatriculados, como contemplaba el artículo 21, 10, II, del Código de Comercio; c) O, a lo sumo, que seguía siendo posible la emisión de obligaciones por particulares no comerciantes, pero observando entonces por analogía los requisitos protectores del público suscriptor establecidos para las personas jurídicas. Que el legislador en la Ley 19/1989, de 25 de julio, posterior a la calificación, prevé que las personas físicas pueden emitir obligaciones enlazando tal posibilidad con la de tratarse de un empresario individual. B. Que se persiste en defender el defecto 1.º; b): 1.º Porque la Ley persigue un objetivo más amplio que el que quiere el recurrente: Artículo 1.º; 2.º Porque el artículo se expresa en términos amplísimos, que indudablemente atraen a su órbita la emisión de las tres obligaciones hipotecarias que efectúa en el documento calificado don Pedro Chirivella Navarro; 3.º Porque igualmente omnicomprendivo es el artículo 3 de la Ley 24/1988, y 4.º Porque resulta plenamente lógico que el futuro suscriptor de los títulos de don Pedro Chirivella, cuente con la misma protección, que la que disfrutarán los suscriptores de bonos u obligaciones de Empresas tan respaldadas públicamente como Renfe o Telefónica, por ejemplo. Que como quiera que la emisión pretendida por don Pedro Chirivella no acata los simples y convenientes requisitos instaurados por la Ley vigente, es visto que los consiguientes títulos adolecen de invalidez, de acuerdo con el artículo 6.º, 4, del Código Civil que con la lógica insusceptibilidad de la hipoteca, es lo único que se ha opuesto en el apartado 1.º, b), de la nota de calificación. 2. En cuanto al segundo defecto de dicha nota es evidente que no ha sido comprendido por el recurrente; pero el caso es que no hay una pretensión de redacción caprichosa, sino una contradicción insoluble entre pasajes del texto escriturario que impide la inscripción. Cuando se pretende garantizar con hipoteca sobre varias fincas una pluralidad de títulos valores, son posibles enfoques: O sujetar hipotecariamente cada finca a sólo uno (o alguno) de los títulos, o sujetar todas las fincas a todos los títulos. En el primer caso, hay tantas hipotecas como fincas conectadas, una a una con su correspondiente título-valor, y en el segundo, hay una única hipoteca con la mera distribución de responsabilidad entre ellas a efectos de terceros, que exige el artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Que se comprende que lo único que no cabe hacer es no optar por uno de los dos enfoques posibles y mezclar dos construcciones hipotecarias antitéticas. 3. En cuanto a los dos efectos agrupados en el apartado 3.º de la nota de calificación, resulta también claro que el recurrente no los ha entendido: A. El primero de ellos se obviaría con sólo perfilar la cláusula séptima de la escritura del presente recurso con el siguiente añadido o similar: "dejando en cualquier caso a salvo lo preceptuado en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria", y B. El segundo defecto consiste en la vulneración del principio hipotecario de especia-

lidad o determinación que encierra una cláusula, la condición novena de la escritura calificada, que prevé el vencimiento anticipado *ad libitum creditoris* de la obligación garantizada y, por ende, de su accesoria hipoteca. Frente a ella basta oponer lo declarado por la Dirección General para cláusula similar en los fundamentos de derecho número 5 de las dos Resoluciones citadas en la nota.

Ya he dicho antes que hubiera preferido no leer las magníficas páginas sobre todas las posibilidades fraudulentas de estos títulos al portador. Conllevan inevitablemente un cierto complejo de culpa, además innecesario pues el mérito del informe estriba en llevar a sus últimas consecuencias las afirmaciones del emiteinte; no trata de desbrozar lo sospechado, sino aplicar asépticamente la normativa legal a la fórmula de emisión que el compareciente adopta al ampararse en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria.

5.—*El Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia*.—El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana revocó la nota del Registrador en lo referente al apartado a) del primer defecto y la confirmó en cuanto al resto, fundándose en las razones aducidas por el recurrente y el señor Registrador, respectivamente.

En honor a la verdad hay que decir que el resumen que se hace en el B.O.E. del Auto, cuyo contenido íntegro he podido conocer, es excesivo, pues lo cierto es que sobre los defectos segundo y tercero de la nota de calificación no llegó a pronunciarse.

La solución del Presidente fue salomónica hasta la ejecución, dejando al supuesto partido en dos pedazos acaso incomprensibles por separado. En todo caso la línea divisoria pudiera establecerse al revés: toda emisión de obligaciones está sujeta a la ley de Sociedades Anónimas, pero no necesariamente a la Ley del Mercado de Valores. Luego volveremos sobre esto.

6.—*Los Fundamentos de Derecho de la Dirección General*.—**FUNDAMENTOS DE DERECHO**.—Vistos los artículos 4.º-1, 1.911, 1.925 del Código Civil; 2, 16, 22, 544, 545, 547, 550, 562, 565 y siguientes del Código de Comercio; 282 a 310 de la Ley de Sociedades Anónimas; 154, 155 y 156 de la Ley Hipotecaria; 247 del Reglamento Hipotecario; 76 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956; 87, 274 a 282, 351 y 353 del Reglamento del Registro Mercantil vigente; la Ley de 24 de diciembre de 1904, sobre emisión de obligaciones por personas jurídicas; la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, y las Resoluciones de 22 de enero de 1929 y 22 de marzo de 1988.

1 En el presente recurso se debate en torno a la inscribibilidad de una hipoteca constituida unilateralmente en garantía de tres títulos al portador en que se representan tres obligaciones del emitente por importe de 4.000.000 de pesetas cada una, que quedan identificadas en la escritura correspondiente —otorgada el 25 de abril de 1989— y en la que el emitente manifiesta que las negociará o pondrá en circulación cuando lo considere oportuno.

Son tres los defectos apreciados por el Registrador en su nota de calificación y recurridos por el interesado. El auto del excelentísimo señor Presidente, ahora también recurrido, sólo decide sobre el primero de ellos para atender que no existe el defecto en cuanto a su apartado a) (aplicabilidad por analogía de la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, a la emisión acordada por particulares) y que debe ser confirmada en cuanto a su apartado b) (aplicabilidad de los artículos 26 y 29 de la Ley del Mercado de Valores, en cuanto no requieran desarrollo reglamentario). Como el particular recurrente había impugnado los tres defectos y como, además, en su escrito de recurso ante este Centro Directivo, entre otros extremos da por reproducidas “las consideraciones que se hicieran” en el escrito

de recurso inicial, resulta obligado ahora tener por impugnados los tres defectos, con exclusión del extremo a) del defecto 1.º, porque, revocado por el auto apelado no ha sido impugnado por el señor Registrador.

2. La emisión de obligaciones se articula en nuestro ordenamiento en función de la finalidad específica a que responde: Ordinariamente la obtención de un cuantioso préstamo, mediante el recurso directo al ahorro público. Se trata de una oferta negocial única, dirigida a una pluralidad de personas y de ahí el fraccionamiento en valores homogéneos integrantes de una misma serie. La suscripción de las obligaciones implica para cada obligacionista la ratificación plena del contrato de emisión. Desembolsado el importe respectivo y entregados los valores representativos de las obligaciones queda perfecta la operación. Pero cada obligacionista no adquiere una posición totalmente autónoma, sino que, en armonía con la unidad global de la operación, adquiere una posición mixta, integrada por facultades crediticias de actuación individual y por la facultad de participar en la actuación colectiva del conjunto de los obligacionistas en defensa de los intereses comunes, con el consiguiente sometimiento a las decisiones comunitarias. Sea cual sea el emitente, la emisión de obligaciones es una operación, en sí mercantil (cfr. art. 2.º, 2, del Código de Comercio) aunque escasamente regulada por el Código de Comercio. La omisión ha sido suplida, en cuanto a la emisión acordada por sociedades anónimas o por otras personas jurídicas, por la legislación especial que, sin embargo, no se refieren a los casos marginales de emisión de obligaciones hechas por particulares. La emisión hecha por particulares estará regida por las normas mercantiles que regulan directamente la emisión de obligaciones, sin consideración al sujeto emitente, como ocurre, por ejemplo, con las que regulan los títulos a que están incorporadas las obligaciones, con las disposiciones generales aplicables a los actos o a las obligaciones mercantiles, o con las reglas sobre prescripción. Más en particular, estará regida por las normas específicas de la emisión por particulares (cfr. arts. 21-10 en la redacción vigente a la sazón, 547, 550, 562, 565 y concordantes del Código de Comercio y 76 del Reglamento del Registro Mercantil, también en la redacción entonces vigente). Pero no cabe excluir la aplicación de las prescripciones que la legislación especial establece para la emisión de obligaciones por sociedades anónimas o las sociedades de otro tipo u otras personas jurídicas cuando las normas no vengán determinadas por la especial naturaleza de la entidad emitente sino por la necesidad de proteger especialmente ya a los adquirentes en el mercado de valores, de las obligaciones ya a los demás acreedores de la sociedad o persona emitente y, en particular, la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil. Así lo ha entendido el nuevo Reglamento del Registro Mercantil que da por supuesto que a la emisión de obligaciones hecha por persona física son aplicables las normas relativas a la emisión de obligaciones realizada por cualquier persona jurídica (cfr. art. 87-7.º, en relación con los arts. 274 y siguientes). Más directamente, el artículo 351-8.º, al expresar los datos esenciales que han de comunicarse al Registro Mercantil Central (y que, después, han de publicarse en el *BORME*), viene a exigir, por remisión al artículo 353, "la fecha e importe de la emisión, así como la identidad del Comisario". Nótese que en relación a esta aplicabilidad general de las normas sobre emisión de obligaciones el nuevo Reglamento no podría innovar sino atenerse al derecho establecido.

3. Entrando ahora en la cuestión planteada, es indudable que si en el caso presente estuviéramos ante una emisión de obligaciones también aquí la necesidad de proteger en el mercado de valores los intereses de los futuros inversores, impondría la comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de

los proyectos de emisión, con publicidad de los mismos, el registro en aquélla de un folleto informativo de la emisión y la existencia previa de una auditoria de cuentas de los estados financieros del emisor en los términos que se desprenden de los artículos 26 y concordantes de la Ley del Mercado de Valores y en la medida en que no se exija desarrollo reglamentario de estos preceptos. Por tanto, habría que confirmar el auto aprobado en cuanto en él se sostiene esta doctrina para negar la inscripción.

4. Pero una calificación más atenta de la escritura de emisión exige excluir, en el presente caso, estamos ante un supuesto típico de emisión unitaria de una serie de obligaciones comprensiva de valores negociables homogéneos. En rigor, estamos ante tres casos de emisión individual de títulos al portador, entre sí independientes y cada uno con su propia y distinta garantía. La hipoteca que garantiza cada título habría de recaer, respectivamente, sobre un inmueble distinto. No es obstáculo para esta calificación la conexión puramente formal de haber sido creados los títulos en una misma escritura pública y que el crédito en ellos documentado coincida en sus condiciones.

No es necesario decidir ahora si contra el rigor legal que limita el número de los tipos de títulos valores que una persona puede introducir en el mercado, tendrá cabida un documento al portador que incorpora un crédito y que no es ni letra de cambio, ni pagaré, ni cheque, pues, en cualquier caso, no es posible la constitución unilateral de una hipoteca en garantía de un crédito individual que todavía no existe como tal mientras el título siga en poder del emitente. Aceptarlo significaría violentar la prohibición general de la hipoteca de propietario, quedando el arbitrio de éste, favorecer con la garantía a cualquier obligación futura, de momento absolutamente indeterminada contra las exigencias del principio de especialidad, aun entendido éste con la flexibilidad que impone la admisión de las hipotecas de seguridad. Máxime si se pretende que el crédito goce de prelación en función de la fecha de la emisión global pues, entonces, con el carácter de *jus cogens* de las normas sobre prelación de créditos, vendría a ser el deudor el que decidiría qué acreedor gozará de la prelación hipotecaria.

El Registrador en el defecto 2.º se ha limitado a acusar la contradicción de la escritura que en una de las condiciones habla de que se constituye "hipoteca", en singular, para responder del principal (es decir, del total emitido); y en otra de las cláusulas se precisa que cada una de las tres fincas responde sólo de la obligación representada por el título valor que se determina. Existe ciertamente la contradicción, aunque de modo más genérico, porque en la escritura se habla de emitir obligaciones que constituyen una única serie cuando, como ya hemos dicho, se trata de emisión de obligaciones individualizadas. Por lo que el defecto, debe ser confirmado, haciéndose inútil entrar en el tercer defecto.

Esta Dirección General ha acordado denegar la inscripción y confirmar el defecto 2.º de la Nota de calificación.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 5 de noviembre de 1990.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia.

(BOE, de 10 de noviembre.)

La sustancia del recurso llega a la Dirección tan falta de contenido que ésta se ve obligada a condimentarla de nuevo. Con pretexto tan sutil y endeble como ingenioso retoma el asunto desde sus orígenes y monologa consigo misma el debate que nos habíamos negado; "... resulta obligado ahora tener por impugnados los tres defectos, con exclusión del extremo a) del defecto 1.º, porque, revocado por el auto apelado no ha sido impugnado por el señor Registrador" (fundamento 1).

Poco le importa a sus fines prescindir del formalismo del recurso gubernativo (arts. 112 y ss. R.H.), poco le importa aplicar normativa posterior a la escritura calificada, a la nota de calificación y aún al Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, y poco le importa incluso contradecirse a sí misma dedicando el larguísimo fundamento 2. de derecho a tratar el extremo a) del defecto 1.º de la nota de calificación, inmediatamente después de haberlo excluido, como hemos visto, de la impugnación.

Así pues la Dirección está sentando deliberadamente doctrina. Desconozco el *nomen iuris* que pudiera aplicarse a esta Resolución-Instrucción, pero tanto empeño no puede quedar reducido a la categoría de *obiter dicta*. No son en ningún caso afirmaciones incidentales sin trascendencia para el fallo, son el fallo.

Por ello el grave error de esta Resolución es no haber sido congruente consigo misma, no haber sido consecuente hasta el final con su posicionamiento previo, absolutamente encomiable, y acabar concluyendo en un aséptico "denegar la inscripción y confirmar el defecto 2º de la Nota de calificación", totalmente inexplicable.

Porque los amigos de descubrir al asesino sin leer la novela, que son legión, andan perplejos sobre la unicidad o pluralidad de hipotecas, porque los Registradores de la Propiedad, entre ellos el causante del guiso que se ha cocido, parecen impelidos a aplicar al mismo un sentido muy propio (7) pero muy escasamente jurídico; y porque a la postre, y aunque la Dirección diga otra cosa, no confirma el defecto 2.º de la Nota de calificación, que para el Registrador se resolvía (véase su informe) con un documento que aclarara si existía o no asignación de finca hipotecada a cada uno de los títulos, y que la Dirección reconduce, arguyendo con el género y no con la especie (fundamento 4. *in fine*), nada menos que a la bilateralidad en la constitución de la hipoteca.

Por tanto pretenden estas líneas simplemente resaltar estos aspectos sobre los que la Dirección está sentando deliberadamente doctrina, y sólo en cuanto doctrina jurisprudencial guía de navegantes.

III. NATURALEZA DE LA EMISION DE OBLIGACIONES

La emisión de obligaciones es un negocio complejo o más exactamente un largo iter hasta la perfección del negocio; porque en ese camino se destacan dos momentos claves, precisamente las sendas expresiones de voluntad de las partes del negocio; como dice la Dirección "la oferta negocial única" y "la suscripción de las obligaciones que implica para cada obligacionista la ratificación plena del contrato de emisión" (fundamento 2).

Conocida es la división de nuestra doctrina en dos tendencias. La que configura la escritura de emisión como un contrato en el que la bilateralidad se consigue con la presencia del Comisario que representa a los futuros obligacio-

(7) El olfato, según expresó JUAN REY en la Mesa Redonda citada.

nistas (GARRIGUES-URÍA), y la que la entiende como mera expresión del acuerdo del emitente respecto del que el Comisario ejerce facultades fiscalizadoras (RUBIO-GIRÓN). Sin embargo más importancia que esta disputa sobre el papel del Comisario, tiene la unanimidad en la configuración de la emisión de obligaciones como negocio de adhesión.

El art. 117 de la L.S.A. de 1951 (hoy 287 T.R.) establece: "La suscripción de las obligaciones implica para cada obligacionista la ratificación plena del contrato de emisión y su adhesión al Sindicato", y aunque encontremos en su texto dificultades terminológicas, aunque pensemos como hace GIRÓN que la palabra "ratificación" —que, es indudable, huele a representación— se usa para evitar la repetición con la de "adhesión" que utiliza inmediatamente, el precepto es suficientemente expresivo de la insoluble unidad entre los títulos que se suscriben, el negocio unilateralmente ofrecido que se acepta y la propia autolimitación del acreedor por su incorporación a un grupo colectivo. Analicemos separadamente estas tres circunstancias.

1.—La escritura de emisión —se conciba unilateral o bilateral— es expresión de la oferta del negocio. Se acepte éste o no, lo cierto es que no creo que pueda reducirse la escritura a mero acuerdo de voluntad, orgánico en su caso. Contiene en sí todo el negocio susceptible de adhesión.

"La emisión de obligaciones se articula en nuestro ordenamiento en función de la finalidad específica a que responde: Ordinariamente la obtención de un cuantioso préstamo, mediante el recurso directo al ahorro público" (fundamento 2). Cae la Dirección en cierto contrasentido teórico, del mismo modo que la generalidad de nuestra doctrina, porque "ordinario" y "específico" son términos contradictorios. De manera habitual se viene en concebir la emisión de obligaciones como operación de gran envergadura, "financiación capilar o drenaje de capitales" (8), de sustancial cuantía que obliga a apelar al público indeterminado; y sin solución de continuidad se viene a admitir su utilización para sustituir deudas anteriores (conversión de acreedores ordinarios en obligacionistas) o para cualquier operación de pago (p. ej. el precio de adquisición de determinados bienes) (9). El argumento lo proporciona la misma L.S.A. en su art. 282 T.R.:

(8) Con estas expresivas palabras quería dar idea ANGULO RODRÍGUEZ de la importancia económica y de la multiplicidad de acreedores como notas características de la emisión de obligaciones (*La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones*, Zaragoza 1968). También JOSÉ IGNACIO DE ARRILLAGA hablaba de la "importancia económica" del préstamo obligacionista; y definía las obligaciones como "títulos de crédito, uniformes, negociables e indivisibles, emitidos en masa por una empresa mercantil o industrial que representan fracciones iguales de un préstamo importante, a largo plazo, y que confieren a su titular derecho al cobro de intereses y al reembolso de su valor, nominal cuando menos, en época determinada" ("Emisión de obligaciones y protección de los obligacionistas", Madrid 1952) Respecto de la contradicción que se apunta en el texto, ver cita de estos autores en nota siguiente.

(9) En este sentido ANGULO RODRÍGUEZ (*ob. cit.*) "Cualquier relación de la que deriva un débito puede ocasionar una emisión de obligaciones y en el caso de que se trate de un débito anterior, la emisión de obligaciones supondrá una novación objetiva" ARRILLAGA (*ob. cit.*): "no existiendo prohibición alguna de que la emisión de obligaciones obedezca a la finalidad de satisfacer el importe de bienes, obras, trabajos, etc., debemos admitir que es perfectamente válida la emisión hecha para responder a deudas de esta especie". RUBIO ("Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", Madrid 1964): "el artículo 117 LSA alude ya a una doble modalidad: por suscripción pública o directamente con un grupo de personas o entidades"; y también: "la naturaleza de este negocio de emisión y suscripción dependerá en cada caso

“obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda”, expresivo de la doble posibilidad deuda futura, deuda pasada, que se corresponde con la doble posibilidad de puesta en circulación de los títulos, art. 286 T.R.: “suscripción o introducción en el mercado”.

Importa resaltar esta circunstancia, aunque luego se haya de volver sobre ella cuando se trate del paralelismo de las emisiones realizadas por particulares. La L.S.A. no establece regímenes distintos según la naturaleza pasada, presente o futura de la deuda, ni tampoco por razón de su cuantía. El régimen normativo es idéntico en todo caso. No se debe tildar de absurda a la Ley por ello, sino a aquéllos que recurren al tipo fijado por el legislador para emisiones cuya cuantía no justifica entramado tan complejo o cuya naturaleza se acomoda mejor a otros tipos también previstos por el legislador.

Por otra parte esta pluralidad de presupuestos que admite la emisión de obligaciones nos debe hacer meditar sobre lo que en ella haya de típico. No hay duda de que el resultado final, sea directamente o por vía de renovación contractual en caso de venir a atender deudas anteriores, se ajusta a un esquema legal y en este sentido típico, para el que, si queremos apoyarnos en categorías conocidas y asentadas, el préstamo aparece como modelo innegable. “Forma especial de préstamo mercantil” es la calificación que realiza la Exposición de Motivos de la L.S.A. de 1951, y no debe pasar desapercibido, ahora que queremos hablar de las emisiones realizadas por particulares, la atribución de mercantilidad expresa a un préstamo que pudiera no reunir las circunstancias que el C. de Co. exige para reputarlo tal, (esto es: 1.^a Si alguno de los contratantes fuera comerciante. 2.^a Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio, art. 311).

Ahora bien el esquema legal del resultado no sirve para llenar de contenido a un negocio tan plural. En definitiva la escritura de emisión debe reflejar la razón de creación de las obligaciones, esto es, si corresponden a una deuda que se crea o una deuda que se cubre, así como las demás circunstancias que conforman el negocio a cuya adhesión se llama, como el régimen de circulación de los títulos y el plazo y condiciones de suscripción y amortización. Esto que parece evidente no lo resulta tanto de la lectura de las escrituras de emisión realizadas por particulares en las que el silencio sobre la causa, tema no discutible para nadie (art. 1.277 C.C.), se utiliza como pretexto para silenciar toda la relación negocial. Los títulos de éstos no llaman tampoco a la adhesión a un negocio que no se expresa sino a la transmisión de sí mismos como absolutamente completos. Aunque quizá esté adelantando cuestiones posteriores como es si los particulares pueden crear títulos-obligaciones que a las personas jurídicas están vedados.

No puede reducirse la escritura de emisión a un simple acto creador de títulos más o menos inconexos, bienes muebles que el emitente-propietario puede en cualquier tiempo transferir mediante precio, atribuyendo al adquirente la posibilidad de reclamar una prestación pecuniaria precisamente de su transmitente. Compraventa pues de créditos abstractos, que en todo caso pudiera concebirse al margen del negocio de emisión de obligaciones regulado por nuestro derecho positivo. “No otro sentido tiene el número 2 del art. 116 —decía URÍA

de la que deba atribuirse a la operación de crédito a que responda (suscripción pública, aplazamiento de pago derivado de compromisos anteriores, contraprestación de obras o servicios, e incluso conversión de dividendos)”, y DUQUE (Voz: “Obligaciones de sociedades” en Nueva Enciclopedia Jurídica Sex): “la entrega de títulos de una emisión puede tener lugar sobre la base de causas distintas”

inmediatamente después de la publicación de la L.S.A. de 1951— (10) cuando exige que en la escritura de emisión se haga constar la fecha y plazo en que debe abrirse la suscripción; es decir la fecha a partir de la cual puede recaer la ratificación, y plazo durante el cual la suscripción ha de estar abierta al público”.

Hoy el art. 275 R.R.M. cierra el círculo imponiendo que “agotada la suscripción de las obligaciones o transcurrido el plazo previsto al efecto se hará constar al margen de la inscripción de la emisión la suscripción total o el importe efectivamente suscrito”.

Ni aún cuando se admitiera que el plazo indefinido es verdadero plazo, extremo harto dudoso, consagrándose en nuestro derecho la venta “au robinet”, al arbitrio del emitente, ahora abro ahora cierro, podría deducirse de ello la existencia de créditos abstractos, pues de ningún modo los títulos podrían desconectarse del negocio de emisión, ni dejar de representar partes alicuotas de un crédito cuyo carácter colectivo impone a los adquirentes la automática incorporación a un Sindicato “a medida que vayan recibiendo los títulos o practicándose las anotaciones” (art. 295 T.R.S.A.).

No hay acto de creación sino negocio de emisión. Ya veremos la influencia de esta concepción en la naturaleza de la garantía constituida. Bástenos ahora recordar la crítica que hacía D. Jerónimo González a la teoría de la creación con un ejemplo elemental: “si las obligaciones cuyo lanzamiento se ha previsto son negociadas por una equivocación del cajero o por delito imputable a un empleado habría que reconocer la validez de la negociación y la transmisión de la hipoteca” (11).

2.—“Desembolsado el importe respectivo y entregados los valores representativos de las obligaciones queda perfecta la operación” (fundamento 2)

En los últimos párrafos del punto anterior eran palpables las dificultades, deliberadamente soportadas, para tratar en apartados separados las cuestiones relativas a la “emisión” y las relativas a los “títulos”, lo que debe arrojar alguna luz sobre su íntima unión en un entramado, cuyos componentes, quizá desgajables, en ningún caso pueden entenderse aislados.

Esta comunión se explica unánimemente por la doctrina acudiendo a un principio básico en la teoría de los títulos-valores: la literalidad. Así se dice que el título-obligación es un título insuficiente o imperfecto, de literalidad incompleta o de reenvío, en cuanto que las obligaciones vienen conectadas a la emisión por la propia mención de ésta en el texto de aquéllas. Así ANGULO (12) entiende que las obligaciones son títulos incompletos “porque incorporan un derecho cuyo contenido se determina por elementos exteriores al título mismo, como es el contrato de emisión”. Y ARRILLAGA (13) que la obligación no es título abstracto

(10) RODRIGO URÍA “La emisión de obligaciones en la nueva LSA”, Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona, 1953.

(11) D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, “La hipoteca de seguridad”. Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 10 de abril de 1920, recogida en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid 1948. Las citas de D. JERÓNIMO, siempre fundamentales, tienen en este caso especial relevancia, porque URÍA (*ob. cit.* en la nota anterior) se lamentaba de que aquél no hubiera podido ver publicada su gran obra, nada menos que el título de la recién nacida LSA relativo a la emisión de obligaciones, pues dicho título no había sufrido prácticamente modificación sobre el texto del Anteproyecto que había sido redactado por D. JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(12) ANGULO RODRÍGUEZ, *ob. cit.*

(13) ARRILLAGA, *ob. cit.*

sino causal "que va ligado al contrato del que deriva y se rige fundamentalmente por las notas del mismo".

Tan sólo RUBIO (14) acaso en apoyo desmedido de su tesis sobre la emisión como acto unilateral, elude la configuración como títulos causales de las obligaciones —que hacen abstracción del negocio de emisión— y acude para su tutela a lo que resulte del tenor propio del documento; si bien configura inmediatamente al Sindicato de obligacionistas como una "cotitularidad de derechos de crédito a los que la ley impone forzosamente un tratamiento uniforme", lo que se compadece mal con una perspectiva de individualidad abstracta.

"La consecuencia jurídica más importante de la referencia que hacen los títulos al negocio de emisión es que permite oponer a los terceros excepciones derivadas de este negocio de emisión al que se vincula expresamente el propio título documento" (OTERO) (15).

No obstante esta explicación de una dualidad enlazada internamente por el cordón umbilical de sus recíprocas referencias pudiera tener una razón más sencilla de ser en sus propias limitaciones físicas.

Podríamos tratar de aplicar al título-obligación la doctrina más moderna y elaborada sobre la naturaleza jurídica del título-valor por excelencia, la letra de cambio. CÁNDIDO PAZ ARES (16) se adscribe a la teoría dualista en cuanto la letra supone la creación de una nueva obligación, si bien en la relación inter partes esta nueva relación se halla causalizada por la relación subyacente —causalización que explica siguiendo a Ferrara acudiendo a la "instrumentalidad de la relación cartular respecto de la relación fundamental"—. No hay inconveniente, ni teórico ni práctico, en reconocer doble naturaleza a la letra de cambio puesto que las obligaciones no pertenecen al mundo de las cosas, sino que son expresiones que compedian los efectos jurídicos que la ley anuda a un determinado hecho, y "por tanto no es incongruente afirmar que dos situaciones jurídicas (la obligación cambiaria frente a la parte y frente a tercero) tengan una naturaleza distinta cuando distinta es la disciplina que las regula. Mas bien lo que resulta incongruente es postular lo contrario; esto es, sostener que las dos situaciones tienen la misma naturaleza cuando su régimen jurídico es diferente".

En cambio en el título-obligación no se entiende esa doble naturaleza porque no hay dualidad de relaciones jurídicas. El título-obligación no se independiza de la emisión porque es la emisión; es la parte alicuota de la deuda que el emitente quiso contraer. Es la deuda repartida en múltiples documentos que faciliten su circulación. La referencia al contenido negocial por vía de mención en el texto documental no es más que un expediente técnico que resuelve un problema de espacio físico.

Ya lo entendía así VICENTE Y GELLA en la obra señera de los títulos de crédito (17): "... las modalidades de los préstamos mediante emisión de obligaciones no suelen hacerse constar totalmente sobre los mismos títulos lanzados al mercado; en éstos se consigna, por lo común, una simple referencia al contrato original, al instrumento público en que se formalizó la emisión o al asiento del

(14) RUBIO, *ob cit*

(15) JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES, "Reflexiones sobre la aplicabilidad de los artículos 111 y ss LSA a los pagarés de empresa", en *La Ley*, 1985, núm. 1148, 8 de marzo de 1985.

(16) CÁNDIDO PAZ ARES, "Naturaleza jurídica de la letra de cambio", en *Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, bajo la dirección de AURELIO MENÉNDEZ, Madrid 1986.

(17) VICENTE Y GELLA, "Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo", Zaragoza 1942

Registro Mercantil en que fue registrada; de otro modo los documentos de crédito aludidos necesitaría una extensión material desmesurada para poder contener la totalidad de las cláusulas que les afectan". Y añade "el título de crédito que no sea por sí sólo suficiente para el ejercicio del derecho consignado en su texto, debe contener las indicaciones precisas sobre los documentos complementarios, y éstos habrán de ser de tal condición que se hallen en principio a disposición de cualquier interesado para que pueda tener conocimiento de ellos. La inscripción en los Registros de Comercio suele ser el procedimiento de publicidad acogido por las legislaciones positivas".

Por ello la transmisión que realiza el suscriptor de su título no genera en el adquirente ninguna adquisición *ex novo*, ni implica para el deudor (emitenente) ninguna relación jurídica nueva o distinta de la que le ligaba con el antiguo acreedor. Se trata de una mera sustitución de acreedor más por vía de cesión de crédito que de subrogación, cuya naturaleza y efectos pueden explicarse acudiendo a la teoría general, mejor que a las a veces complicadas elucubraciones en torno a los títulos valores.

Porque en efecto la propia incorporación del crédito a un título al portador posibilita su transferencia sin necesidad de notificación al deudor quien quedará obligado sin ese requisito para con el nuevo acreedor (art. 347 C. de Co.), sin que pueda ya oponer a éste las excepciones personales que le hubieran podido corresponder contra el acreedor cedente (art. 1.198 C.C.). El consentimiento del deudor a la cesión del crédito viene implícito en su decisión de incorporarlo a un título al portador.

Lo que ocurre es que a diferencia de las obligaciones, los títulos-obligaciones sí pertenecen al mundo de las cosas. No vamos a entrar ahora en su naturaleza real, en su configuración jurídica como bien mueble sujeto a la teoría general. La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título, (art. 464 C.C.). Lo que sí quiero destacar es que es un aspecto, a pesar de todo, demasiado olvidado por la doctrina mercantilista, y que buena parte del valor del título y de la constrictión del deudor tienen aquí su sede, lo que dota al título-valor de un cierto aire de "abstracción causal" que ha generado no pocas complicaciones. (Una nueva persona aparece en escena: el propietario desposeído. Es a él y no al deudor a quien corresponde ejercer la reivindicatoria) (18).

No quisiera dejar este punto sin hacer el esbozo de dos temas trascendentales, cuyo estudio aún queda por hacer:

a) La referencia en los títulos de la "fecha de la escritura de emisión y la designación del Notario y protocolo respectivo" e incluso de las "garantías de la emisión" (art. 291 T.R.S.A.) no nos resuelve completamente el problema del régimen jurídico negocial de aquéllos. Nos falta por fijar el valor de la escritura, el valor de la inscripción en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad, y el valor de la publicidad mediante folletos cuando la emisión esté sujeta a la normativa del Mercado de Valores. El tema parece doctrinalmente abandonado y excede de estas líneas, pero supongo que si hubiera de desarrollar las de mi pensamiento atenderían por una parte al valor intrínseco de las respectivas instituciones —la escritura fija el ámbito negocial privado; el Registro Mercantil

(18) Lo que se percibe como nueva limitación de "excepciones" para el deudor, ya que la tutela jurídica no radica en ellas, sino en el ejercicio de "acciones". V. GARRIGUES *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, pág. 638

publica ese ámbito para que pueda ser conocido o al menos no ignorado por terceros; el Registro de la Propiedad certifica la existencia y contenido de la garantía; el folleto informa de la oferta que el emisor hace al público— y por otra a la distinción entre suscriptores, llamados por la oferta pública, y posteriores adquirentes (19).

b) La entrega de los títulos perfecciona la operación indicada, según nos dice la Dirección, pero no altera la esencia crediticia en que aquélla consiste. Verdaderamente sería bueno volver a razonar sobre los aspectos reales y consensuales del contrato de préstamo en un momento en que la práctica totalidad de las escrituras de hipoteca remiten la entrega del dinero a un momento posterior, normalmente el de la propia inscripción de la hipoteca unido a la libertad de cargas de la finca en tal momento; o bien se adoptan recursos jurídicos de dudosa consistencia, como es el depósito irregular en el propio Banco del dinero prestado o la ingenua afirmación de que un capital igual al del importe del préstamo se ingresa en el propio Banco acreedor en cuenta especial de disposición condicionada.

Tales complicaciones jurídicas no pueden oscurecer la sencillez elemental del tema. Como escribía D. Jerónimo González (20) “cuando constituyo una hipoteca en garantía de un préstamo de cantidad, que no he recibido, establezco un gravamen sin que todavía exista la obligación, porque sólo si recibo el dinero es cuando surge la de devolverlo”. Problemas distintos son el rango registral y la fecha del débito, extremos en los que no vamos a entrar aquí.

La existencia de los títulos no debe modalizar la teoría general de todo préstamo. El rango registral de la garantía puede proceder al crédito. La obligación

(19) Tan sólo FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (*Asociación y derechos de los obligacionistas*, Barcelona, Bosch 1988), se ocupa de pasar del tema en su Addenda inicial en el que se refiere a las recién publicadas Ley del Mercado de Valores y Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, creyendo advertir en la primera una cierta contradicción entre el artículo 28,2 con arreglo al cual la entidad emisora de los valores no podrá oponer, frente al inversor de buena fe, hechos o derechos derivados de las auditorías de cuentas y de los documentos que acrediten las características de los valores o relativos al procedimiento de colocación que no consten en el folleto informativo; y el artículo 9 párrafo 4 que establece que el emisor sólo podrá oponer, frente al adquirente de buena fe de valores representados por medio de anotaciones en cuenta, las excepciones que se desprendan de la inscripción en relación con la escritura prevista en el artículo 6 y las que hubiese podido esgrimir en el caso de que los valores hubiesen estado representados por títulos. Quizá la contradicción pueda resolverse, en el plano esquemático de ambos preceptos, atendiendo a que el primero piensa en los suscriptores llamados mediante el folleto, y el segundo piensa en la posterior circulación de los títulos. Ningún bagaje para resolver el problema que se dice en el texto; la LMV se desentiende literalmente de las excepciones que correspondan a los valores representados por títulos, y en cuanto a las anotaciones en cuenta introduce un nuevo elemento a barajar con los cuatro citados en el texto: el Registro Contable de Anotaciones en Cuenta (sobre éste debe verse el trabajo de JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO en *RCDI* núm. 593, julio-agosto 1989). Incluso sería concebible un problema de contradicción de sendas publicidades registrales. Aunque no parece que este tema se conciba en ALONSO (*ob. cit.*, págs. 171 ss) que trata el tema de la inscripción de la emisión en el Registro Mercantil como un problema de “documentación de acuerdos”; así, desconociendo el valor de la publicidad registral se ve obligado a añadir nuevos elementos a componer, recurriendo a una publicidad indefinida y de incierto contenido si las modificaciones de la emisión afectan a la literalidad de los títulos “será preceptiva su publicidad suficiente para hacer oponibles a terceros las condiciones modificadas”.

(20) D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, “La hipoteca de seguridad”, cit

de devolver solo existe desde que se ha recibido. La falta de entrega de los títulos no impide el nacimiento de tal obligación.

3.—“Pero cada obligacionista no adquiere una posición totalmente autónoma, sino que en armonía con la unidad global de la operación adquiere una posición mixta, integrada por facultades crediticias de actuación individual y por la facultad de participar en la actuación colectiva del conjunto de los obligacionistas en defensa de los intereses comunes, con el consiguiente sometimiento a las decisiones comunitarias” (Fundamento 2).

Lo que importa no es tanto destacar la integración de los obligacionistas en un Sindicato, que, mirese su naturaleza como se quiera, es una fórmula de organización de una pluralidad de personas, sino la situación de cotitularidad crediticia que requiere de aquélla.

No interesa detenerse ahora en el análisis de la posible actuación individual y la necesaria actuación conjunta. Es curioso que implantado el Sindicato en 1951 como máxima expresión del socorro del obligacionista desamparado en su soledad frente a la omnipotencia del hábil y escurridizo emisor, se trasladaran a él todos los males imputados a este último (21). Parece como si la vocación del Sindicato fuera entorpecer a los obligacionistas la percepción de sus derechos.

No voy a extenderme en ello; en todo caso la mayor protección que el acreedor encuentra en la organización colectiva se tiene que traducir necesariamente en pérdida de soberanía crediticia, que afecta, como no podía ser de otro modo, a la naturaleza del crédito que ostenta contra el deudor —o más exactamente, como la pescadilla que se muerde la cola, es el resultado inevitable de su naturaleza de parte alicuota— y por ende a la propia naturaleza de la hipoteca que lo garantiza.

Hemos analizado por separado los tres aspectos esenciales: la escritura de emisión, los títulos y la pluralidad organizada del sindicato para percibir que forman un conjunto armónico no disgregable. Veamos ahora su obligada incidencia sobre una hipoteca que se define como garantía accesorio.

IV. NATURALEZA DE LA HIPOTECA EN GARANTIA DE EMISION DE OBLIGACIONES

Vistas así las cosas —este entramado no desgajable en que debe concebirse la emisión de obligaciones— parece anómalo entender la hipoteca en su garantía como referida en exclusiva a uno de sus componentes, esto es hipoteca en garantía de títulos, o, en alguna manera, en garantía de créditos abstractos en cuanto al documento representativo de la obligación sería asumible o adaptable a cualquier situación de crédito-deuda.

El problema de tal entendimiento no debe sin embargo centrarse en el art. 150 L.H. cuando dispone que “el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación o con el título”, lo que no hace sino resaltar aún más si cabe la accesoriedad que liga la hipoteca al crédito, y que nos obligará a meditar más tarde si es concebible la disociación del crédito en hipotecario por un lado y tabular por otro (cual es el resultado de la hipoteca en garantía de relación

(21) Puede verse además de las *obs. cit.*, de ARRILLAGA y ALONSO ESPINOSA, APARICIO GONZÁLEZ, M. L.: “Reflexiones sobre la tutela de los obligacionistas en las situaciones de crisis económica de la sociedad deudora”, *RCDI*, núm. 581, julio-agosto 1987.

subyacente representada por letras de cambio). Aquel precepto destaca que cuando el crédito queda incorporado, por ser normativamente admisible a un título transmisible por endoso o al portador, la determinación del titular de la hipoteca se produce extrarregistralmente; puede hablarse de derecho subjetivamente real en cuanto la posesión del documento legitima para el ejercicio del derecho hipotecario. Sin embargo este precepto nada resuelve sobre la naturaleza de la hipoteca, se limita a establecer, inevitablemente por otra parte, la forma de señalar a su titular.

Donde sí puede hallarse el gozne que haga presentarnos una u otra faz a nuestra hipoteca en garantía de emisión de obligaciones está en el art. 155 L.H. cuando dice en su segundo párrafo: "En el caso de existir otros títulos con igual derecho que los que sean base de la ejecución, habrá de verificarse la subasta y la venta de las fincas objeto del procedimiento, dejando subsistentes las hipotecas correspondientes al valor total de dichos títulos y entendiéndose que el rematante las acepta y se subroga en ellas, sin destinarse a su pago o extinción el precio del remante, en armonía con lo dispuesto en los artículos 131 y 135 de esta Ley, y quedando derogado lo que sobre este particular se establece en el artículo 1.517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Párrafo que fuera gravemente criticado por GAY DE MONTELLA (22) diciendo que "confunde el concepto títulos con el concepto emisión y fragmenta la hipoteca que garantiza a ésta en tantas partes como títulos, con lo que da lugar al nacimiento de una hipoteca fragmentada...".

El derogado art. 1.517 L.E.C. disponía que "cuando se hubiera despachado la ejecución en virtud de títulos al portador con hipoteca inscrita sobre la finca vendida, si existieren otros títulos con igual derecho se prorrateará entre todos el valor líquido de la venta...".

La simple lectura de ambos preceptos da idea de la magnitud de la reforma. Para la L.E.C. la hipoteca garantiza la emisión, puesto que la ejecución de uno sólo de los títulos provoca el prorrateo de lo obtenido entre todos los tenedores, aunque no hubieran acudido a la ejecución. Para la L.H. cada título es autónomo, cada hipoteca por tanto también, y en teoría cabrán tantas ejecuciones como títulos.

En 1909 la reforma de la L.H. deroga indirectamente el sistema de liquidación de cargas en los procedimientos de ejecución establecido en los arts. 1.515 y 1.516 de la L.E.C., estableciendo el principio de subsistencia de las cargas anteriores o preferentes y purga de las posteriores o no preferentes que, aunque haya generado graves dificultades de entendimiento, también ha determinado el asentamiento del valor de la carga real. Este planteamiento se traslada por la misma Ley, quizá sin demasiada meditación, al tema de la emisión de obligaciones garantizada con hipoteca, como si de una pluralidad de cargas se tratara, lo que provoca, por accesoriadad invertida, la pluralidad de créditos. O una sola hipoteca para un solo crédito (la emisión). O múltiples hipotecas para múltiples créditos (los títulos). Si lo escrito sobre la naturaleza de la emisión es correcto esto último no se puede concebir.

La reforma hipotecaria provoca —en expresión de ARRILLAGA (23)— en el momento de remate y adjudicación judicial "un verdadero impasse en la reali-

(22) GAY DE MONTELLA, "La ejecución hipotecaria del artículo 155 LH y las sociedades civiles de obligacionistas". Cuestiones actuales de Derecho mercantil, monetario y bursátil. Colegio Notarial de Barcelona, 1944

(23) ARRILLAGA, *ob cit.*

zación de los bienes hipotecados: el postor se echa atrás cuando sabe que de adjudicársele aquellos bienes debe responder del valor nominal de todos los restantes títulos de la emisión”.

Sin embargo esta afirmación en ARRILAGA —cuyo libro se publica precisamente en 1952— resulta en extremo sorprendente, porque la L.S.A. de 1951 vino a derogar el art. 155 L.H. Tema este que ha merecido escasa atención; incluso la Dirección General cita en el Vistos dicho artículo sin asomo de perplejidad por lo complicado de su actual existencia. Veamos el proceso con cierto detalle.

La Disposición Adicional de la L.S.A. de 1951 dice: “El Gobierno constituirá por Decreto una Comisión Mixta de los Ministerios de Justicia, Hacienda e Industria y Comercio para estudiar y proponer cuáles de las disposiciones vigentes sobre sociedades anónimas habrán de continuar en vigor”.

No obstante la Disposición Final dice inmediatamente: “Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de esta Ley...”.

El Decreto de 14 de diciembre de 1951 por el que se declaran vigentes determinadas disposiciones relativas a las sociedades anónimas, para dar cumplimiento a la indicada disposición adicional, estableció: “Artículo 1.º Quedan en vigor los preceptos aplicables a las sociedades anónimas contenidos en las disposiciones legales relacionadas en los cuatro grupos siguientes:

“TRES. Disposiciones de legislación común.

“C) Ley Hipotecaria.—Artículos 154 y 156, salvo en su aplicación a las sociedades anónimas regidas por legislación especial”.

Resulta absurdo pensar que la Ley Hipotecaria ha sido derogada menos sus arts. 154 y 156, salvo respecto de las sociedades anónimas regidas por legislación especial. Más razonable que, de los preceptos que están en contradicción (derogación tácita) con la nueva L.S.A. subsistirán los arts. 154 y 156, y aún con ello no respecto de las sociedades anónimas regidas por legislación especial.

Verdaderamente, manejando con soltura los términos de la dualidad (derogación tácita-vigencia expresa) pueden obtenerse curiosas combinaciones, pero el hecho cierto es que el silencio alevosamente perpetrado del art. 155 L.H., entre los dos únicos que se dicen vigentes, únicamente puede achacarse a voluntad expresa. Para el legislador dicho precepto “no podía coexistir al lado de la nueva L.S.A. por no resultar compatible con ella ni necesario o conveniente para el cumplimiento de sus fines” (de la Exposición de Motivos del Decreto de 1951).

No parece que esta no conciliación quepa referirla ni al primero ni al último de los párrafos del art. 155 L.H. El último porque se limita a establecer una salvedad en favor de “las Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas y las de crédito territorial”, en alguna manera parecida a la misma salvedad que el Decreto de 1951 realiza respecto de la legislación especial.

La derogación del primer párrafo del art. 155 L.H. implicaría razonablemente que los obligacionistas no podrían utilizar el procedimiento judicial sumario. A menos que entendamos que cuando dicho párrafo establece que “El procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida en los títulos, tanto nominativos como al portador, será el establecido en los artículos 129 y ss. de esta Ley...”, impone un procedimiento en exclusiva, con lo que es esta imposición la que queda sin efecto, abriéndose a los acreedores todo el abanico de posibilidades ejecutivas que las leyes consagran. O en resumidas cuentas que este primer párrafo no sólo contiene una norma superflua o tautológica —en cuanto los requisitos que establece se infieren sin dificultad de la normativa general del procedimiento—, sino además una norma estrictamente procesal cuya posible coexistencia con la nueva L.S.A. resulta a todas luces evidente

No me cabe pues la menor duda de que el propósito del legislador fue derogar el transcrito párrafo segundo del art. 155 L.H. que provocaba la fragmentación de la hipoteca, quizá porque aún recordara la feroz crítica que GAY DE MONTELLA (24) le había hecho siete años atrás: "constituye tal como está concebido y redactado un obstáculo invencible y de consecuencias incalculables para los obligacionistas hipotecarios", quienes quedaban por ello indefensos, concluyendo solemnemente que "si la masa obligacionista del mundo del ahorro, como reserva económica vital de las naciones no está defendida, la Nación misma sufre de esta indefensión".

Así pues, la emisión no se fragmenta en créditos autónomos, ni la ejecución de la hipoteca viene ya a consagrarlos, pues sólo ay una deuda garantizada que es el total de la emisión. De alguna manera la hipoteca se sustrae a los avatares del título-obligación; éste no es más que el documento representativo de una cuota de un empréstito global que sólo en su globalidad está garantizado hipotecariamente. Si repasamos el articulado introducido por la L.S.A. de 1951 se comprobará que éste es el único entendimiento posible:

1.—El art. 114 (actual 284 T.R.): "la total emisión podrá garantizarse especialmente...", lo que no debe mirarse tanto desde la perspectiva de la igualdad de los derechos de los acreedores, sino desde la delimitación del objeto de la garantía "la total emisión", y sólo en cuanto integrantes de ella los derechos de los acreedores.

2.—El art. 117 (actual 287 T.R.) antes transcrito; se ratifica el contrato que es la expresión de un crédito global, cuya "administración" se encomienda a un Sindicato de adhesión obligada.

3.—El art. 120 (actual 305 T.R.) encomienda al Comisario, previo acuerdo de la Asamblea general, la ejecución de los bienes que constituyen la garantía, si la sociedad hubiera demorado el pago de intereses por más de seis meses. No cabe la ejecución individual, y si tal voluntad se viera forzada a manifestarse lo sería como sustitución de una voluntad colectiva en silencio ilegítimo.

4.—El art. 123 (actual 302 T.R.). Las acciones individuales de los acreedores no pueden invadir la esfera de acción colectiva; solamente se podrán ejercitar "cuando no contradigan los acuerdos del Sindicato dentro de su competencia y sean compatibles con las facultades que al mismo se hubiesen conferido".

5.—El art. 122 (actual 300 T.R.). La Asamblea de obligacionistas se presume facultada para modificar, de acuerdo con la sociedad emisora, las garantías establecidas. No es momento de entrar en la polémica del ámbito de actuación permitido a la Asamblea por la palabra "modificar"; lo único que ahora me interesa es destacar que la garantía es colectiva y su modificación también.

6.—El art. 128 nro. 2 (actual 306, b, T.R.) que idénticamente encomienda al Sindicato el convenio con la sociedad para la recogida de las obligaciones emitidas.

7.—El art. 131 (actual 309 T.R.): "Para cancelar total o parcialmente las garantías de la emisión, será necesario presentar y estampillar los títulos correspondientes o inutilizarlos, sustituyéndolos por un duplicado cuando subsista el crédito sin la garantía. Exceptuase el caso número 2 del artículo 128 si el acuerdo de cancelación hubiera sido validamente adoptado por mayoría y el Sindicato no pudiera presentar todos los títulos". Me parece más razonable la posición de GARCÍA TREVIJANO (25) cuando disputaba con URÍA sobre la interpretación de este

(24) GAY DE MONTELLA, *ob. cit.*

(25) GARCÍA TREVIJANO, *ob. cit.*

artículo; si este artículo añade algo a lo ya previsto en el art. 128 n.2 debe pensarse en una cancelación "sin recogida de obligaciones" —sin extinción del crédito. Es indudable que el segundo párrafo posibilita la cancelación de la hipoteca sin que el título-obligación, no amortizado, recoja esta circunstancia. Lo cual no tiene nada de aberrante: la referencia que en el texto del título se hace a la garantía no quiere decir que el "título" como tal esté garantizado, sino que la total emisión de la que el documento es cuota está garantizada, por tanto a ella habrá de acudirse para todo cuanto se relacione con la garantía.

No puedo detenerme en los problemas de conciliación de las formas de cancelación del art. 156 L.H., declarado expresamente vigente como hemos visto, con las propias establecidas en la L.S.A. Además ya lo hizo GARCÍA TREVIJANO (26). Si me interesa sin embargo decir unas palabras sobre la posibilidad de cancelación parcial que aquél recoge en sus párrafos 4.º y 5.º

Puede verse que dichos párrafos consagren una excepción al principio de integridad de la hipoteca, pero en ningún momento que impliquen la posibilidad de acuerdos aislados entre la sociedad y determinados obligacionistas, que contradigan el principio de igualdad de estos últimos, o lo que es lo mismo la naturaleza colectiva del crédito. No hay que olvidar, como nos recordaba RUBIO (27) la "supresión en el texto legal del número 1 del art. correspondiente del Anteproyecto (art. 130) que autorizaba la recogida mediante acuerdos particulares con los tenedores". Tal extinción parcial del crédito, que autoriza una excepcional cancelación parcial de la hipoteca, debe venir expresamente prevista en la escritura de emisión, lo que a la postre confirma que es ésta y no su representación, los títulos, el objeto de la garantía. El art. 128 L.S.A. (actual art. 306 T.R.) sólo admite la amortización o pago anticipado de acuerdo con las condiciones de la escritura de emisión. Desde esta perspectiva es desde la que debe observarse el art. 156 L.H. a partir de la L.S.A. Incluso las amortizaciones periódicas que la suerte imponga (art. 130, actual art. 308 T.R.) se rodean de la garantía de la presencia notarial.

Claro es que después de este esfuerzo interpretativo se alcanza la Ley de 24 de diciembre de 1964 sobre emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas, que declara en su art. 12 la aplicación supletoria al alimón de la L.S.A. y del art. 155 entre otros de la L.H., lo que provoca la desazón más absoluta. Pero en todo caso confirma que esta Ley de 1964 nació para una cosa y se enredó con otra, y que por ello debe desbrozarse con cuidado. Lo veremos más adelante.

V. LA EMISION DE OBLIGACIONES REALIZADA POR PARTICULARES

1.—"Sea cual sea el emitente la emisión de obligaciones es una operación en sí mercantil (cfr. art. 2.º, 2 Código de Comercio)" (fundamento 2).

Es de agradecer la decisión de la Dirección en comenzar su contenido jurídico, esto es, las premisas jurídicas del debate, acudiendo a un artículo de alguna manera arrumbado por la doctrina que ve en él la expresión del liberalismo decimonónico que acude a un dudoso criterio de "objetividad" para superar el estamentismo de clase de resonancias feudales superadas. Se queman etapas:

(26) GARCÍA TREVIJANO, *ob. cit.*

(27) RUBIO, *ob. cit.*

frente al comerciante matriculado el acto de comercio; frente al acto aislado la habitualidad; frente al comerciante el empresario; frente al comercio mercantil la incidencia en la vida económica.

Todo ello es muy correcto, pero sigue en pie el art. 2 C. de Co. manifestando la idea de la existencia de actos de comercio "formales", es decir por el hecho de estar en el Código (28).

Recordemos la calificación de la emisión de obligaciones como "modalidad especial de préstamo mercantil", con independencia de las circunstancias que el art. 311 C. de Co. requiere para reputarlo como tal; recordemos todo el articulado del mismo Código sobre obligaciones y títulos al portador, recordemos la mercantilidad formal de los pagarés en la Ley Cambiaria; y recordemos las palabras de VICENTE Y GELLA (29). "Los títulos de créditos tienen naturaleza mercantil porque concurren en ellos todos los caracteres que son esenciales al derecho comercial. El principio de la no gratuidad, el rigor en la ejecución de las obligaciones que de ellos resultan, la no admisión de términos de gracia para su cumplimiento. . muestran que nos hallamos en presencia de una institución comercial aunque deba su origen a operaciones de índole civil".

La masificación de la utilización de instrumentos mercantiles —sustancialmente la letra de cambio— para la financiación de operaciones civiles sin paliativos, como la adquisición de bienes muebles e incluso inmuebles, provocó su pérdida de rigor mercantil, a la que indudablemente no era ajena, en la apreciación judicial, la ignorancia manifiesta de los aceptantes de tales títulos sobre la propia entidad de lo suscrito.

El tráfico mercantil se rebela contra aquello que hace quebrar lo que lo cimenta. La cita del art. 2 C. de Co. es de todo punto pertinente y reveladora. La utilización por los "no comerciantes", aunque sea ocasional, de instrumentos mercantiles sujeta a aquéllos en su persona a las normas mercantiles que por el objeto resultan. La actividad mercantil no se reserva a los profesionales, pero quien quiera aprovechar sus ventajas deberá arrostrar sus consecuencias.

La emisión de obligaciones ha sido calificada, pensando en los particulares, como "actividad excedentaria" (30), cuya complejidad técnica desaconseja su uso por aquéllos no avezados. Quizá nadie deba explicar al emitente de obligaciones mercantiles la gravedad jurídica de su actuación, pero ello no debe impedir que ésta opere naturalmente, sin prejuicios favorables a la ignorancia.

2.—Nos hallamos pues en el ámbito mercantil, en la plaza pública donde la ropa se orea, y no en el ámbito civil, en la casa donde las cuestiones domésticas se consumen en la intimidad del hogar.

"No cabe excluir las prescripciones que la legislación especial establece... por la necesidad de proteger especialmente ya a los adquirentes en el mercado de valores de las obligaciones, ya a los demás acreedores de la persona emitente y, en particular la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil" (fundamento 2).

Este particular cuidado en recalcar la "obligatoriedad" de la inscripción en el Registro Mercantil recuerda la tesis de AURELIO MENÉNDEZ (31) para quien el pretendido carácter potestativo de la inscripción del empresario individual no

(28) GARCÍA VILLAVERDE, "Tipicidad contractual y contratos de financiación", en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado Financiero*

(29) VICENTE Y GELLA, *ob. cit.*

(30) Por ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS en la Mesa Redonda referida

(31) AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "Inscripción del empresario individual", *RCDI*, núm. 597, marzo-abril 1990.

pasa de ser un mero eufemismo habida cuenta que el no inscrito “no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales” (art. 19 C. de Co. reformado 1989).

La necesaria inscripción del emitente por ser obligatoria la de la emisión podía inferirse sin dificultad de la redacción del C. de Co. vigente en el momento del otorgamiento de la escritura, como bien aplica la Dirección: “También se inscribirán... las emisiones que hicieren los particulares” (arts. 21-10), y “será obligatoria la inscripción” (arts. 17) de “cualesquiera personas naturales..., aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos” (art. 16,5.º).

Aunque en la redacción actual el art. 16,5.º resulta más ambiguo, por más omnicompreensivo —“El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de... cualesquiera personas naturales... cuando así lo disponga la Ley”— no puede por menos de llegarse a la misma conclusión, cuando establece por primera vez el principio mercantil del tracto sucesivo (art. 11), que obliga a la previa inscripción del sujeto que pretenda la inscripción de la emisión (art. 87, 7 R.R.M.), emisión que deberá acomodarse a los arts. 274 y ss. del mismo Reglamento, que en alguna manera compendian, como después veremos, la teoría general de la emisión de obligaciones con total “objetividad”, esto es, ajena a cualquier consideración por razón del sujeto, que sólo es tenida en cuenta cuando se trata de la forma de expresión de voluntad de un ser colectivo.

Desde luego sí podríamos reproducir con dichos textos el debate sobre si los “no comerciantes” pueden o no emitir obligaciones. Debate que en honor a la verdad se ha desarrollado en la doctrina con gran templanza, quizá porque ningún autor pensará que excluido el empresario —y más exactamente el empresario colectivo— alguien iba a tener arrestos y condiciones para embarcarse en una financiación pública a gran escala. Tan sólo DUQUE (32) se manifestaba claramente en contra de la posibilidad, e incluso —lo que es un adelanto sobre la teoría general de la emisión de obligaciones, de la que luego habrá de hablarse— llegaba a afirmar: “está claro que los comerciantes o empresarios individuales están igualmente sometidos a este límite máximo (de emisión) del valor del patrimonio mercantil de la empresa”.

Tampoco se detiene la Dirección en el carácter de “empleado” con el que el emitente comparecía en la escritura pública, porque cualquiera que sea la solución que se adopte, esta en su pensamiento debía pasar por el Registro Mercantil.

No puede por tanto utilizarse la dicción —que pretende ser más amplia— del Título II del Libro I del Código de Comercio establecida por la Ley 19/1989 de 25 de julio para reducir el número de sujetos inscribibles. Todo lo contrario, hay que hablar como hace AURELIO MENÉNDEZ (33) de la expansión horizontal de los sujetos y actos obligatoriamente inscribibles. “El Registro Mercantil sin dejar de ser un Registro de los empresarios mercantiles y de determinados actos será cada vez más un Registro general del tráfico necesitado de una específica publicidad legal”. Y también “el Registro Mercantil es ahora una institución de terceros basada en una publicidad de efectos positivos y negativos de significación jurídico-privada”.

Me interesaba alargar esta cita para reiterar que aún queda por realizar el estudio del valor del Registro Mercantil como “institución de terceros” precisa-

(32) DUQUE, *ob. cit.*

(33) AURELIO MENÉNDEZ, *ob. cit.*

mente en relación con la emisión de obligaciones. Y digo precisamente porque es en el interés del tercero —al que aludía la Dirección en el párrafo transcrito al comienzo de este apartado— donde quiebra de alguna manera la naturaleza como título-valor de los títulos de inversión (34). Efectivamente la literalidad incompleta no pasa de ser un “artificio constructivo” cuando la misma relación causal que liga toda la vida del título y la misma personalidad del emitente es objeto de una específica publicidad registral abierta a todos los terceros en aras de la seguridad del tráfico.

Aún quisiera dar un paso más a fuer de ser calificado de astuto. Hoy por hoy y dicho lo dicho, si la emisión de obligaciones es teóricamente posible lo es gracias a la publicidad registral. Dicho de otro modo uno de los efectos legales del Registro Mercantil (art. 19 C. de Co.) es la posibilidad de emisión de obligaciones. En consecuencia, parece hoy resuelto (art. 275, 5 R.R.M.) que es primero la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad y posteriormente la de la emisión en el Registro Mercantil, pero también debe entenderse resuelto que antes de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad debe el emitente haberse inscrito en el Registro Mercantil.

3.—“No cabe excluir la aplicación de las prescripciones que la legislación especial establece para la emisión de obligaciones por sociedad anónima o por las sociedades de otro tipo u otras personas jurídicas cuando las normas no vengán determinadas por la especial naturaleza de la entidad emitente...”. “Así lo ha entendido el nuevo Reglamento del Registro Mercantil que da por supuesto que a la emisión de obligaciones hecha por persona física son aplicables las normas relativas a la emisión de obligaciones realizada por cualquier persona jurídica...” (fundamento 2).

Como vemos la Dirección ensancha enormemente el horizonte apuntado por el Registrador. No se trata tanto de la aplicación analógica de la Ley de 1964, cuanto de la homogeneidad del objeto —título-obligación— que provoca la aplicación automática de la normativa al efecto. La identidad del objeto excluye el nombre o la ubicación sistemática de la norma.

Esta postura, aún sorprendente en la vida no efímera de las emisiones de particulares, no es tan novedosa como pueda parecer. Ya DUQUE (35) entendía que “el capítulo VII de la L.S.A. y el R.R.M. contienen el régimen básico y supletorio de la emisión de obligaciones”. Las reservas de carácter sistemático se justifican sobradamente con razones estadísticas. Y el mismo RUBIO (36) califica los arts. 111 y ss. de la L.S.A. como el “régimen común” de las obligaciones, aunque es interesante advertir una cierta nebulosa en su pensamiento, en relación con los particulares, cuando se limita a constatar que “desde el punto de vista general que aquí nos interesa, y aunque nuestra legislación parezca permitir otra cosa, acciones y obligaciones son emitidas por empresas sociales y, esencialmente, por compañías anónimas.

Este indudable contraste entre el posibilismo y la estadística quizá pueda

(34) Para EIZAGUIRRE (*ob. cit.*), frente a la oposición simple de intereses que concurre en los títulos individuales los títulos de participación social, o en general los títulos de inversión requieren la consideración de los intereses de terceros; estos intereses hacen cuestionar la misma ley de circulación del título, esto es, “la específica salvaguardia de la confianza y buena fe del tercer poseedor decae en beneficio de otros intereses estimados preferentes por el legislador”.

(35) DUQUE, *ob. cit.*

(36) RUBIO, *ob. cit.*

explicar el desbarajuste hoy reinante en el tema, porque de lo que no puede haber duda es de que la intención del legislador en 1951, cuando regulaba la sociedad anónima, fue regular "objetivamente" los títulos-obligaciones. Así lo reconocía el Anteproyecto de reforma de la Sociedad Anónima, que luego se convirtiera en dicha Ley: "No se ha ocultado a los redactores del Anteproyecto que la materia de obligaciones ofrece múltiples aspectos que caen fuera de la disciplina propia de la sociedad anónima. La emisión de obligaciones constituye, en realidad, una modalidad especial de préstamo mercantil, caracterizada esencialmente por la forma de documentación de este contrato. De ahí que la regulación legal de la emisión de obligaciones hubiera podido llevarse a cabo introduciendo los necesarios preceptos dentro del título que en nuestro Código de Comercio se consagra a los préstamos mercantiles. Por otra parte, la circunstancia de que, conforme al propio Código, todos los comerciantes pueden emitir obligaciones o valores mercantiles similares, podría alegarse como reparo sistemático contra la inclusión de esta materia en el ámbito de la disciplina legal de la sociedad anónima. Sin embargo, los redactores del Anteproyecto han entendido que esas dos objeciones de tipo científico o sistemático no tienen fuerza bastante para omitir la regulación de las obligaciones. Ha pesado sobre todo en su ánimo la consideración de que, aunque los comerciantes individuales o las sociedades mercantiles de cualquier índole están legalmente facultados para crear esta clase de valores mobiliarios, la experiencia enseña que sólo las sociedades anónimas acuden con frecuencia a esta operación financiera para la obtención de cuantiosos recursos económicos. La realidad es que la emisión de obligaciones se considera generalmente por la doctrina y por la jurisprudencia como una modalidad de empréstito, especialmente adecuada para las empresas mercantiles constituidas en forma de sociedad anónima, por ser esta clase de empresas las más aptas para la explotación de negocios concebidos en gran escala. Y por si estas razones fueran insuficientes, se ha tenido también en cuenta la naturaleza de los títulos emitidos para representar partes alícuotas del capital prestado, los cuales se asemejan en múltiples aspectos a las acciones, como títulos en los que figura dividido y representado el capital social de las entidades emisoras. Estas consideraciones unidas a la circunstancia de que la emisión de obligaciones, si bien en su aspecto jurídico formal difiere esencialmente del aumento de capital social, se asemeja, no obstante, en su aspecto económico, a esta operación financiera, han impulsado a los redactores del Anteproyecto a incluir en él la materia de obligaciones, evitando de este modo que por simples e intrascendentes reparos de orden sistemático no quedara colmada en esta cuestión la laguna legal a que antes se hacía referencia".

Resulta verdaderamente poco imparcial, después de la lectura de tan largo texto, pretender que la normativa sobre los títulos contenida en la Ley de 1951 es únicamente aplicable a los emitidos por sociedad anónima. La conclusión la extrajo hace mucho tiempo NÚÑEZ-LAGOS (37), en cita que se agradece por su sencillez: "el capítulo VII de la L.S.A. podría segregarse para su promulgación como ley distinta e independiente".

Es evidente que el problema nos lo crea la Ley de 1964 cuando olvida esa voluntad de generalidad que animaba a la L.S.A. y parece querer reducirla a norma sectorial. Sin embargo, ese olvido del que es manifestación cualificada según hemos visto la cita por dos veces del derogado art. 155 L.H., ese olvido que

(37) Citado por ARRILLAGA, *ob. cit.* Supongo que tomado del trabajo "Reforma de la S. A.", *Revista de Estudios Políticos*, vol. XIX, págs. 161 a 215

la propia Ley resuelve para sí misma declarando a aquella Ley de aplicación supletoria (art. 12 pfo. 2), no puede servir para extraer la interesada conclusión de que las emisiones de obligaciones realizadas por personas físicas carecen por voluntad del legislador de normativa y pueden por tanto acomodarse al capricho del emitente.

La relación entre ambas leyes está de hecho consolidada; quizá resulte vano entonces intentar encontrar cierta contradicción o incoherencia entre los párrafos primero y segundo de la Exposición de Motivos de la Ley de 1964, pues el primero incluye a la Ley de 1951 entre los antecedentes normativos de la "emisión-cancelación de obligaciones de toda clase por Comerciantes, Sociedades y Asociaciones y otras personas jurídicas", en tanto que el segundo entiende que estas últimas carecen de normas adecuadas y suficientes ya que "sólo cuentan con las reguladoras de hipotecas".

En todo caso esta cuidadosa referencia a las normas sobre la hipoteca revela la vertiente registral de la Ley, vertiente que a mí me parece su verdadera razón de ser en cuanto las personas jurídicas no mercantiles carecían de un específico sistema de publicidad que venía exigido por la propia naturaleza de la emisión.

Puede decirse en apoyo de esta idea que, por una parte, las referencias a las personas jurídicas mercantiles no anónimas, cuyo sistema de publicidad estaba ya organizado, resultan poco menos que anecdóticas y desde luego no resuelven ni uno sólo de los problemas orgánicos que les aquejan para emitir obligaciones. Por otra parte la mención exclusiva de los "comerciantes" como únicas personas físicas emitentes de obligaciones no es menos reveladora y puede dar perfecto pie al Registrador para pensar que o bien no concibe la emisión hecha por los no comerciantes, o bien la sujeta a los mismos requisitos de publicidad que para aquéllos está prevista; en cualquiera de los casos la finalidad "registral" de la Ley estaba ya cumplida.

En todo caso, aunque esta perspectiva no merezca consideración, puede concluirse en que la Ley de 1964 desconoce el sustrato normativo general de la Ley de 1951 respecto de las personas jurídicas a que se refiere —aunque lo hace igualmente suyo según hemos visto— pero ello en ningún modo nos puede servir a nosotros para desconocerlo. Hay que terminar pues citando a ALONSO (38), porque la proximidad de su trabajo es especialmente importante: "El régimen jurídico de la emisión de obligaciones se caracteriza, en parte, por su dispersión. Está contenido fundamentalmente en las siguientes normas: La Ley de Sociedades Anónimas, como cuerpo principal y supletorio; el Reglamento del Registro Mercantil (arts. 124 y ss.) que, en algunos casos, excede los aspectos puramente registrales; la Ley 211/1964 de 24 de diciembre aplicable a las obligaciones —distintas a las cédulas y bonos hipotecarios— emitidas por personas jurídicas distintas de las sociedades anónimas y la Ley 2/1981 de 25 de marzo sobre Regulación del Mercado Hipotecario y su Reglamento (parcial) de 17 de marzo de 1982, normas reguladoras de las cédulas y bonos hipotecarios". "Ante semejante dispersión, parece obvio aconsejar la creación y puesta en vigor de un estatuto legal unitario para la emisión de obligaciones que remedie, en lo posible, la situación actual caracterizada por la asistematicidad y la falta de una clarificación conceptual del título-obligación".

No queda sin alabar el buen sentido de la Dirección General cuando encomienda al Reglamento del Registro Mercantil la labor integradora de tanta dis-

(38) ALONSO, *ob cit*

persión. Los artículos 274 y ss, el artículo 351, 8, y el artículo 353, 13 dan base equilibrada para separar lo esencial y lo accesorio en las emisiones realizadas por particulares. "Nótese que en relación a esta aplicabilidad general de las normas sobre emisión de obligaciones el nuevo Reglamento no podría innovar, sino atenerse al derecho positivo" (fundamento 2).

VI. LA NORMATIVA SOBRE EL MERCADO DE VALORES

"Es indudable que si en el caso presente estuviéramos ante una emisión de obligaciones también aquí la necesidad de proteger en el mercado de valores los intereses de los futuros inversores impondría..." (fundamento 3).

La idea es pues la misma; es el objeto y no el sujeto la razón de la aplicación normativa.

No es ahora el momento de entrar en la discusión de cuáles son los requisitos del artículo 26 LMV que no quedan pendientes de desarrollo reglamentario; entre otras circunstancias, porque entiendo que el problema no es hipotecario, sino mercantil, y porque el RRM no se muestra, al menos en este punto, quisquilloso, artículo 282.2. "En la escritura de emisión se hará constar la declaración de los administradores de que se ha efectuado la preceptiva comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores."

Si resulta en cambio interesante meditar sobre la identidad que la Dirección General, y el precepto reglamentario según hemos visto, establecen entre emisión de obligaciones y mercado de valores.

1. Identidad en el ámbito conceptual: no importa la denominación atribuida al título cuando sus notas estructurales lo someten al régimen normativamente establecido. Luego volveremos sobre esto. Identidad incluso en la desmaterialización de la representación del derecho: las anotaciones en cuenta (acogidas hoy en el art. 290 TRSA, con remisión expresa a la normativa del mercado de valores).

2. Transmisibilidad de los títulos-obligaciones acomodada a su naturaleza de títulos nominativos o al portador (art. 290 TRSA). Más allá, la LMV habla de "negociabilidad" (art. 2), lo que no quiere decir según nos explica la Exposición de Motivos "mera transmisibilidad", sino susceptibilidad de incorporarse a un "mercado que, aunque sea de proporciones reducidas, se caracterice por el predominio de los términos económicos en que se produzca la transmisión sobre las características personales de los contratantes".

3. "Los títulos de una emisión deberán ser iguales..." (art. 291 TRSA). Identidad que buen sector doctrinal ha considerado tanto de fondo, inexcusable, como de forma (39). Frente a este concepto la LMV. opta por el de "títulos agrupados en emisiones" para poder comprender (Exposición de motivos) "instrumentos que pueden ser heterogéneos en algunas de sus características económicas *v. gr.* plazo o tipo de interés".

4. Indiferencia del volumen de la emisión en uno y otro caso, según hemos visto páginas atrás en la LSA, y más cerca en la Exposición de Motivos de la LMV ("aunque sea de proporciones reducidas").

(39) Para URÍA, *ob cit.*, la igualdad debe referirse "tanto a las condiciones o características externas del documento como al contenido de los derechos incorporados a él"

5. Aplicación de las obligaciones tanto para "crear como para reconocer" una deuda; la suscripción o la introducción en el mercado; la emisión privada o limitada; por tanto, las características personales de los suscriptores. Por contra, el predominio de los términos económicos sobre las personas de los contratantes, en la LMV el llamamiento al público, "se entiende que el destino de una emisión es el público cuando exista la intención de dirigir, colocar y difundir una emisión o una oferta entre aquél" (40).

Por último, es obligado recordar que la LMV establece la "responsabilidad administrativa de las personas físicas y entidades que infrinjan sus normas" (art. 95), considera "infracción muy grave" la emisión de valores sin la concurrencia previa de los requisitos establecidos en el artículo 26 (art. 99), y fija como sanciones posibles —y excluyentes— la multa, la suspensión de actividades, o de miembro del mercado secundario o la revocación de autorizaciones administrativas (art. 102).

VII. LA VERDADERA NATURALEZA DE LA OPERACION REALIZADA: LA POSIBLE CREACION DE TITULOS AL PORTADOR GARANTIZADOS CON HIPOTECA

"Pero una calificación más atenta de la escritura de emisión exige excluir que, en el presente caso, estemos ante un supuesto típico de emisión unitaria de una serie de obligaciones comprensiva de valores negociables homogéneos. En rigor estamos ante tres casos de emisión individual de títulos al portador, entre sí independientes y cada uno con su propia y distinta garantía" (fundamento 4).

Es aquí donde la Dirección General realizada la larga cambiada que ha provocado tanto desconcierto, porque no parece aportar indicios de cuando la emisión debe ser calificada de "colectiva" y cuando de "individual" (41).

Vamos a analizar en este segundo supuesto, del mismo modo que antes hicimos, la naturaleza de los títulos y la naturaleza de la hipoteca; quizá así el problema se disuelva en su propia lógica.

1. Naturaleza de los títulos al portador

"No es necesario decidir ahora si contra el rigor legal que militar el número de los tipos de títulos valores que una persona puede introducir en el mercado..." (fundamento 4, pfo. 2).

Sin embargo, aunque desde el punto de vista práctico el tema pueda resolverse acudiendo como hace la Dirección a las peculiaridades de la garantía, no cabe duda de que ésta, demostrando su naturaleza accesorio, oscila grandemente en

(40) Criterios provisionales acordados por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con las emisiones realizadas a partir del 29 de enero de 1989, recogidos por LUIS DE CARLOS "Comentario a la Directiva de 17 de abril de 1989 por la que se coordinan las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores negociables", *Noticias CEE*, núm. 60, enero 1990

(41) Es aquí donde JUAN REY pensaba aplicar el olfato y JUAN SARMIENTO convenía que la distribución era difícil, pero fácil en los grados extremos. Ambos en la Mesa Redonda citada

función de la naturaleza del título que viene a garantizar. De hecho el mismo JUAN SARMIENTO no pudo eludir su perspectiva en la Mesa Redonda en que fue analizada esta Resolución, y en cuya redacción a aquél debió caber bastante influjo.

El tema del “*numerus clausus*” o “*numerus apertus*” en la creación de títulos valores es lo suficientemente complejo como para recabar el apoyo de la doctrina mercantilista. Apoyo más inexcusable cuanto que, como dice EIZAGUIRRE (42), ante la ausencia de una normativa sobre títulos valores —ausencia que determina que “carezca nuestro ordenamiento positivo de un concepto de título valor que a lo más podría tener un carácter meramente clasificatorio”— “la enunciación de unos principios generales comunes a los títulos valores ha sido —necesariamente— fruto de la doctrina, para lo cual ésta debía operar forzosamente por vía inductiva”.

Hay que reiterar por tanto el malestar por una postura en exceso acomodaticia apegada a la dicción literal de un legislador que se ha mostrado claramente mal copista de soluciones doctrinales.

La tesis clásica puede encontrarse en GARRIGUES (43): “En este punto rige el principio del “*numerus clausus*”, porque, en definitiva se trata de la creación de nuevos derechos reales *sui generis*”.

La otra vertiente clásica puede encontrarse asimismo en GARRIGUES (44): “El fundamento de este régimen legal de libertad de emisión de títulos al portador está en la autonomía de la voluntad, que permite a todo deudor incorporar su obligación a un título cuya forma elige el propio deudor”. Con todo el problema es más de nombre que de contenido normativo pues, por una parte, el mismo reconocía que “estos títulos deben estar emitidos conforme a las leyes y disposiciones del Código (art. 545 C de Co.), y por otra, tampoco comprendía como el artículo 544 del mismo Código cuya pervivencia después de la Ley Cambiaria y del Cheque es además hoy más que discutible— admitía indiscriminadamente que libranzas, vales, pagarés y mandatos de pago llamados cheques pudieran emitirse al portador cuando “la libranza ha sido siempre un documento a la orden”, y lo mismo cabe suponer que pensara de vales y pagarés cuando páginas atrás había reconocido que eran “en su forma idénticos a las libranzas, salvo la supresión de la mención de la persona contra quien se libran, puesto que ésta es la misma que contrae la obligación de pagarlos”.

EIZAGUIRRE (45) aplica el principio de “*numerus clausus*” exclusivamente a los títulos al portador, “en la medida en que el artículo 547.5 C de Co. parece

(42) EIZAGUIRRE, *ob cit*

(43) GARRIGUES, *Curso cil*.

(44) GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid 1955 Tomo II, págs. 717 y ss.

(45) EIZAGUIRRE, *ob cit*. El artículo 547, 5 C de Co establece que serán documentos de crédito para los efectos de la sección segunda del título XII del mismo, los emitidos por particulares siempre que sean hipotecarios o estén suficientemente garantizados” También veía aquí ANIBAL SÁNCHEZ ANDRÉS en la Mesa Redonda cit. la exigencia de un cierto grado de especialización para la emisión de títulos por particulares. NEMESIO VARA DE PAZA en una obra específica, *Pérdida, sustracción y destrucción de títulos-valores*, Madrid 1986, pasa como sobre ascuas por el tema, sin aclarar demasiado por qué excluye del procedimiento de los artículos 548 y ss C de Co los títulos emitidos por personas físicas —“no caen bajo la regulación de este procedimiento posiblemente ninguno de los emitidos por particulares siempre que...””, termina con los requisitos de expresado número 5; la única razón que parece caber a esta exclusión procede de su conclusión de que tal procedimiento “solamente es apto para ser aplicado en su integridad a las acciones y obligaciones y a los cupones ”, sobre

admitir una limitación de títulos a los que resulta aplicable el procedimiento amortizatorio legal”.

SÁNCHEZ CALERO (46) citado como básico defensor del sistema de “*numerus apertus*” se expresa de esta manera. “... las normas generales sobre títulos valores cumplen a nuestro juicio un doble cometido importante: en primer lugar, sirven para completar la normativa específica de cada uno de los títulos valores en particular, al tiempo que establecen unos criterios uniformes para la interpretación de esa normativa, con la fijación de ciertos criterios. En segundo término han de servir para disciplinar aquellos títulos valores que sean creados por la voluntad de las partes y que no tengan una regulación específica”. “Para conseguir estos cometidos ha de admitirse, por un lado, una concepción unitaria de los títulos valores, y, por otra, la licitud de la creación de nuevos títulos valores. Esto último —que implica en definitiva el reconocimiento de la atipicidad en esta materia— ha de consentirse siempre que no vaya contra las normas imperativas del ordenamiento jurídico”.

Palabras que no parecen difíciles de asumir ni siquiera por los partidarios de una perspectiva cerrada, y que no parecen quedar muy alejadas, “*mutatis mutandis*”, de la teoría general de la atipicidad contractual formulada por GARCÍA VILLAVERDE (47) como un mero problema de aplicación normativa; la creación de tipos tiene siempre alcance normativo, por tanto “se impone detectar mediante un análisis cuidadoso del contenido de esa voluntad cuando estamos en realidad ante un contrato atípico o ante un supuesto de laguna del derecho en sentido estricto. En definitiva de lo que se trata es de detectar la aparición de una causa distinta de las contempladas por el legislador”.

Ha sido precisamente la función la que andando el tiempo ha permitido crear categorías dentro de los títulos valores. Esto es, la doctrina ha extraído las características de los tipos de títulos valores existentes para realizar una clasificación de alcance expansivo, donde los títulos aparentemente atípicos encuentran el grupo que les sirve de guía normativa (48). Se habla así de títulos de tradición, títulos de participación social, títulos de inversión y títulos de pago. Vamos a prescindir de los dos primeros porque, sin entrar en la discusión de si deben o no considerarse verdaderos títulos valores, es evidente que los documentos de que hablamos no cumplen ninguna de las funciones de aquéllos (*grosso modo*, representación de la propiedad o de la pertenencia a un grupo social).

Los títulos creados por los particulares, a los que nos venimos refiriendo, son de contenido pecuniario, y en este sentido pueden concebirse bien como títulos de inversión, bien como títulos de pago. O de otro modo, con lenguaje ya asentado en la doctrina y en la legislación, bien como valores mobiliarios bien como efectos de comercio. Un cuadro resumen de las características imputadas por la doctrina a uno u otro grupo podría ser el siguiente:

la base de que “de hecho estos títulos de larga vida y susceptibles de ser negociables en bolsa no se emiten por particulares”

(46) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*.

(47) GARCÍA VILLAVERDE, *ob. cit*

(48) “En concreto la aportación doctrinal denominada «teoría de los títulos valores o de crédito» es el ejemplo más paradigmático de la función del pensar jurídico, que parte de la descripción de la realidad documental del tráfico, abstrae de ellos una tipología de conceptos generales propios, formula juicios sintéticos sobre principios o notas comunes a la normativa de todos ellos y un concepto normativo general de título valor (método inductivo) permitiendo deducir de los principios y del concepto soluciones para supuestos no expresamente

- Valores mobiliarios: títulos de inversión, emitidos en masa, títulos plurales, incorporan derechos de crédito y derechos de participación, incompletos (de reenvío).
- Efectos de comercio: medios de pago, librados aisladamente, únicos incorporan derechos de crédito, completos.

Estas categorías, aún reconocidas por el legislador, no tienen evidentemente alcance normativo, pero su entendimiento es esencial para calificar los documentos de nuevo cuño y en consecuencia someterlos a la disciplina que para los supuestos típicos está ordenada.

Su importancia es básica hoy que asistimos a lo que se ha llamado “disociación del concepto de valores negociables de una determinada fórmula de instrumentación jurídica”, con palabras de la Exposición de Motivos de la LMV. Así la utilización del nombre “pagaré” —supuesto típico y categórico de efecto de comercio— para operaciones colectivas de inversión de gran envergadura, pretendiendo escapar al rigor que la LSA exige a los títulos de inversión (49). Imagen que puede ser invertida; así, probablemente en nuestro caso, la utilización para plasmar una concreta relación negocial del concepto “obligación”, con pretensión de obtener la abstracción (título completo) propia de los efectos de comercio, y simultáneamente eludir la normativa de tales títulos, amparándose en su nombre de valor mobiliario y —erróneamente según creo ha quedado demostrado— en la libertad absoluta que, de la pretendida falta de normativa, resulta para la emisión de valores por las personas físicas.

Suponiendo que los documentos creados por los particulares constituyan un supuesto atípico, veamos las consecuencias de adscribirlos a una u otra categoría en función de su contenido pecuniario.

1. a) La configuración como título de inversión (valor mobiliario).

Si la función económica perseguida, y manifestada, por el emitente permite la calificación de éstos como títulos de inversión o valores mobiliarios la conclusión inmediata será la aplicación de la normativa sobre emisión de obligaciones que ha quedado expresada. Esto es, la denominación del documento es indiferente respecto de su verdadera naturaleza.

Esta voluntad omnicomprendensiva se desprende de la fase “obligaciones u otros títulos” que utilizaba el artículo 111 LSA de 1951 —y que hoy el art. 282 TRSA ha transformado en “obligaciones y otros valores”, diferencia de expresión obligada por la introducción de las anotaciones en cuenta, que se dan como contrapuestas a los títulos por mor de su representación física—. El párrafo 2 del artículo 282 TRSA dispone que “los valores emitidos por la sociedad a que se refiere el apartado anterior quedarán sometidos al régimen que para las obligaciones se establece en el presente capítulo”.

resueltos por la ley (método deductivo)”. F. VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Valencia 1981, Tomo I, pág. 604.

(49) Son los llamados “pagarés de empresa”, en cuyos mecanismos para eludir los artículos 111 y ss de la LSA de 1951 no pueden entrar. Pueden verse en OTERO, *ob. cit.* Una opinión contraria más ajustada a lo que se dice en el texto de atender a las “notas estructurales” y no al nombre del título es la de IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ en “El pagaré”. *Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, bajo la dirección de AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Madrid 1986.

En definitiva, como dice ALONSO (50), "la expresión otros títulos del artículo 111 LSA impide en nuestro Derecho la emisión de títulos de financiación a crédito atípicos".

Problema distinto es el hecho de que la definición del valor mobiliario se haya hecho por la doctrina en virtud de la lógica que la práctica ha demostrado, incluyéndose en aquélla elementos que la LSA no exige. Así:

1. La importancia cuantitativa de la inversión; cuando lo cierto es que el texto de la Ley de 1951 no siguió en este punto al Anteproyecto que pretendía el establecimiento de un mínimo para realizar la emisión (en aquel momento de un millón de pesetas).

2. La llamada al ahorro público; cuando lo cierto es que, como hemos visto, las obligaciones pueden venir a "reconvertir" deudas anteriores.

3. La emisión en masa; cuando lo cierto es que la LSA se limita a emplear el plural, o en todo caso que la emisión sea "seriada", lo que no da idea de número sino de orden. Incluso pudiera pensarse en la emisión de un único título que, prescindiendo como resulta obvio de los requisitos intrínsecos a la cotitularidad, debiera quedar sometido a las prescripciones de la LSA. La base la proporciona el RD 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario que recoge el "bono único" como título hipotecario alternativo de la emisión en serie.

Hay que repetir pues las dos conclusiones anticipadas. Primero, que la creación de valores mobiliarios tiene unos solos e idénticos requisitos objetivos e independientes de la naturaleza física o jurídica del emitente. Segundo, que no puede tildarse de absurda la LSA por abstenerse de prohibir aquello condenado por la lógica y la práctica; lo absurdo es contrariar la lógica y la práctica mediante emisiones de escasisima cuantía para tan complicado procedimiento.

1. b) La configuración como título de pago (efecto de comercio).

El efecto de comercio se puede definir como "título de contenido simple que incorpora un crédito generalmente pecuniario exigible a corto plazo, fundamentado u originado en una concreta relación comercial, emitido aislada y singularmente (51)

Dado el carácter bilateral del título emitido —esto es, una persona que aparece como libradora, otra persona que se esconde como portadora— la referencia obligada es el pagaré puesto que la letra de cambio contiene intrínsecamente una relación entre tres personas, aunque en la práctica alguna de ellas puede realizar más de una función.

El primer problema que se nos plantea es el de si un título no autodenominado pagaré puede realizar la misma función que éste tiene normativamente asignada, pues como dice ARROYO MARTÍNEZ (52) "el pagaré al igual que los demás títulos valores es voluntario en el origen y legal en el contenido". Los artículos 95 y 94 primero de la Ley Cambiaria y del Cheque (L 19/1985, de 16 de julio), exigen para que el título se considere pagaré que contenga la denominación de pagaré inserta en su texto mismo. Parece, por tanto, que el título voluntariamente autoexcluido por el particular emitente del concepto de pagaré, dudosamente podrá

(50) ALONSO ESPINOSA, *ob cit*

(51) LUIS JAVIER CORTÉS, "La amortización de los títulos cambiarios" *Estudios cit* bajo la dirección de Aurelio Menéndez

(52) ARROYO MARTÍNEZ, *ob cit*.

pretender desarrollar su misma función, dudosamente podrá ser configurado como título-valor y dudosamente podrá pretender una eficacia ejecutiva en base a ese carácter, no tan sólo con arreglo a los preceptos procesales de la misma Ley Cambiaria, sino además conforme al número 5 del artículo 1.429 LEC pensado exclusivamente para los títulos de inversión (53).

Aún cuando superemos este primer escollo, nos queda otro de no menor importancia, cual es el de si los efectos de comercio, y más específicamente, el pagaré pueden librarse al portador.

Fue el propio JUAN SARMIENTO (54) el que propuso tal posibilidad sobre la base de que el artículo 544 C de Co —“Todos los efectos a la orden de que trata el título anterior podrán emitirse al portador...”— no ha sido derogado especialmente por la Ley Cambiaria y es dudoso que lo haya sido tácitamente, y además porque existiendo el pagaré endosado en blanco “por qué no admitir un pagaré al portador”.

Personalmente me parecen bastantes los artículos 95 y 94,5 de la Ley Cambiaria que excluyen de la consideración de pagaré al título que no contenga el nombre de las personas a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar, para entender sin más prohibido el libramiento de un tal efecto al portador. El hecho de que el artículo 96 de la misma Ley declare aplicables al pagaré las disposiciones de la misma Ley relativas a la letra de cambio y referentes al endoso, atribuye al tenedor cuando el endoso esté en blanco, exclusivamente, las posibilidades que contempla el artículo 17, pero en ningún momento puede utilizarse para admitir el reconocimiento legal del pagaré al portador, reconocimiento legal que habría que trasladar inmediatamente a la letra de cambio.

Pero además hay que pensar que aunque para Ley Cambiaria el pagaré es un documento mercantil por razón de su forma, a diferencia del C de Co que exigía para calificarlo de tal que procediera de operaciones de comercio (art. 532), no por ello ha desaparecido la profunda causalización que en su origen acompaña a los efectos de comercio. Esto es, los efectos de comercio son por naturaleza producto de una concreta relación jurídica, en la que cumplen una función intrínseca de medio de pago o más ampliamente de medio de cumplimiento. El

(53) También ANTONIO VÁZQUEZ BONOME, *Tratado de Derecho Cambiario letra, pagaré y cheque*, Madrid 1988, entiende que el documento que no reúna los requisitos del pagaré no será considerado tal, y si no está sometido a la Ley Cambiaria se entiende simple reconocimiento, por tanto sometido a las prescripciones de la Ley Civil y por ello “en el evento de recurrir a la vía judicial para exigir habrá de acreditarse debidamente la legitimidad de la deuda y su certeza...”. Por otra parte, teniendo en cuenta la llamada “función bautismal” que el Fisco suele tener en la creación de nuevos tipos de títulos-valores —y quizá nuestro supuesto sea ejemplo de ello— es de recordar el Comentario de SEBASTIAN MOLL DE MIGUEL, *Títulos de crédito atípicos*, Hacienda Pública Española, 1977, al Acuerdo del TEAC de 20 de enero de 1977 —concordante con otros de 23 de marzo de 1972, 26 de septiembre de 1973, y 11 de diciembre de 1975, confirmados por STS de 9 de febrero y 6 de marzo de 1976— que sujetaban al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados a determinados documentos mercantiles que cumplían una función instrumental análoga a la de las letras de cambio, utilizando un argumento que parece muy poco apropiado a tal sujeción, pero si a lo que se dice en el texto, pues tales instrumentos “suplen a las letras de cambio, aunque desde luego sin su valor jurídico ya que se aplican a cometidos que en la vida mercantil se realizan a través de la letra sin aceptar”, y también “es cierto que los documentos en examen no son títulos de crédito”.

(54) JUAN SARMIENTO, Mesa Redonda cit

hecho de que la posible dilación del pago efectivo que permiten, suponga en términos económicos una financiación y permita en términos jurídicos nuevas funciones no empece en absoluto aquel nacimiento totalmente causalizado.

Puede ocurrir que estos fines, que cabría calificar de espúreos, se sobrepongan a la razón de pago a que debe obedecer el título en su nacimiento. Sin embargo esta circunstancia no podrá impedir que el título refleje su apego a la relación jurídica primigenia; esto es, la relación entre el creador del título y la persona para quien se crea, ésta es la función que cumple la cláusula a la orden. Por ello A. SÁNCHEZ ANDRÉS decía en la Mesa Redonda a la que tantas veces me he referido, que los efectos de comercio son por esencia títulos de legitimación nominal, aunque sea variable.

En definitiva la creación de títulos al portador supone la ruptura de ese cordón umbilical que es de esencia en los efectos de comercio, operando, más que como títulos abstractos como títulos de causa múltiple o polivalente, en el sentido de que son anteriores en el tiempo a la relación crediticia que los genera. No hay causa, no hay razón de nacer. En definitiva, el título se podrá “aplicar a cualquier obligación futura, de momento absolutamente indeterminada” (fundamento 4, párrafo 2).

Esta abstracción de la deuda tendrá además influencia decisiva e inevitable en la calificación de la hipoteca, en cuya naturaleza entramos seguidamente.

VIII. NATURALEZA DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE TÍTULOS AL PORTADOR

Antes hemos hablado de la hipoteca en garantía de “obligaciones” y dado el ámbito omnicomprendido de dicho concepto, en cuanto se acomoda a cualquier título de inversión, a lo dicho habrá que remitirse. Nos toca ahora hablar de la hipoteca en garantía de títulos al portador no emitidos como valores mobiliarios, sino con el contenido propio de los efectos de comercio, con independencia de las enormes dudas que nos ha planteado su admisibilidad.

Indudablemente el tema debe tratarse al margen de los artículos 154 y ss LH, aunque a su amparo, en efecto la hipoteca cambiaria —que debe calificarse de arquetipo— es, como se ha dicho “creación doctrinal y jurisprudencial” (55).

Esta asimilación a la hipoteca cambiaria es indudable en el contenido de la Resolución, que a la postre va a resolver el problema aplicando criterios sentados para aquélla en la Resolución de 22 de marzo de 1988 —que es expresamente citada en el Vistos y que además es interesante recordar versaba entre otros extremos sobre la constitución de hipoteca unilateral en garantía de letras de cambio cuya cláusula a la orden estaba en blanco—. “En cualquier caso no es posible la constitución unilateral de una hipoteca en garantía de un crédito individual que todavía no existe como tal mientras el título siga en poder del emitente. Aceptarlo significaría violentar la prohibición general de la hipoteca de propietario, quedando al arbitrio de éste, favorecer con la garantía a cualquier

(55) LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, “Problemas de la publicidad registrado de las emisiones de obligaciones garantizadas con hipoteca”, *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad*, núm. 266, abril 1990, pág. 727 (Me he permitido corregir directamente el error de imprenta deslizado en dicho trabajo que dice textualmente “creación legal y jurisprudencial”).

obligación futura, de momento absolutamente indeterminada contra las exigencias del principio de especialidad aún entendido éste con la flexibilidad que impone la admisión de las hipotecas de seguridad" (fundamento 4, párrafo 2).

1. Profundizar en la solución de la Dirección requiere como punto de partida precisar el concepto de hipoteca de propietario.

El artículo 889 CC alemán dispone que "no se extingue el derecho real sobre finca ajena por el hecho de que el propietario de la misma adquiera el derecho o porque el titular de éste adquiera la propiedad de la finca". Es indudablemente en esta base, aunque no la cite expresamente donde D. JERÓNIMO GONZÁLEZ (56) trató de sustentar la hipoteca de propietario en nuestro derecho: "Bástenos hacer notar que si un derecho real readquirido por el propietario le concede una ventaja económica de que el dominio carece, la ley puede alzar una barrera jurídica que impida la amalgama de ambos derechos en todo lo necesario para evitar el perjuicio de quien obtuvo y goza la doble titularidad".

Podemos discutir sobre si esta configuración es o no admisible en nuestro derecho, pero desde luego no me cabe duda de que es un problema en buenas medidas ajeno al que nos ocupa, de tal manera que no sería incongruente una solución distinta para cada caso.

La tesis que pudiera denominarse clásica resulta de la Resolución de la Dirección General de 6 de diciembre de 1897 que no habla de prohibición, sino de confusión inevitable entre crédito y deuda. No obstante BONARDELL CENZANO (57) cita una STS de 11 de octubre de 1899 que declara que el acreedor posterior puede hacer efectiva su hipoteca, pero sólo tendrá derecho a percibir lo que del valor del inmueble "sobrase despues de pagados los créditos hipotecarios inscritos con anterioridad al suyo".

Hay que apuntar inmediatamente que ambas decisiones son muy anteriores a la reforma hipotecaria de 1909 que, al implantar el procedimiento judicial sumario y el sistema de subsistencia de cargas anteriores o preferentes y purga de las posteriores o no preferentes en toda ejecución inmobiliaria, consagra el valor de la hipoteca como derecho real e inicia la penosa andadura, aún no concluida, hacia el cabal entendimiento del rango.

Quizá aquellas soluciones jurisprudenciales no sean tan inconciliables desde la doble perspectiva de las relaciones jurídicas: subjetiva y objetiva. La Dirección atiende al dueño que auna la doble posición. El TS atiende al acreedor posterior externo a aquella relación. No creo que debamos ser los hipotecaristas precisamente los llamados a deshacer esta doble perspectiva de la relación jurídica.

Es indudable que la confusión crédito-deuda se produce porque así lo dispone el CC (arts. 1.192 y 1.210), pero al mismo tiempo es indudable que el rango registral de la hipoteca no es algo ínsito en el dominio, de tal manera que la coincidencia de titularidades provoque necesariamente la confusión. La máxima "nemini res sua servir iure servitutis" está pensada para los derechos reales con contacto posesorio —la extinción por confusión está expresamente prevista para las servidumbres (art. 548, 1 CC) y para el usufructo (art. 513, 3 CC)— en los que

(56) D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, "La hipoteca de propietario", *RCDI*, marzo y abril de 1927, págs. 175 y 241.

(57) BONARDELL CENZANO, "Reflexiones en torno a la hipoteca de propietario en el derecho español. La hipoteca constituida en garantía de títulos endosables al portador", Seminario de Estudios de la Fe Pública Mercantil

la utilización física excluye necesariamente la pluralidad de títulos recayentes sobre el mismo objeto, y por ende provoca la confusión del derecho real limitado con la propiedad de la que se había fijado.

En cambio en la hipoteca esa extinción no puede operar de una manera espontánea, porque el rango registral que la inscripción atribuye no es algo que se desprenda de una manera natural del dominio y que haya de volver a él cuando ambas titularidades coincidan. El rango es también la capacidad de exclusión que ostentan los derechos reales sin contacto posesorio, ordenado por las fechas de su respectiva publicidad, que permite su compatibilidad en la fase estática (garantía) y atribuye preferencia en la fase dinámica (ejecución). El rango registral de la garantía es un plus añadido al dominio, y para el titular de éste no le será indiferente adquirir un crédito garantizado con primera, segunda o ulterior hipoteca; de idéntico modo no parece lógico que el titular de hipoteca posterior vea mejorar su rango sin causa justa.

Desde esta perspectiva pudiera pensarse que tratándose de créditos hipotecarios la confusión no opera de manera natural, o mejor que no hay cancelación automática de la hipoteca en beneficio de cargas posteriores. No se me oculta que la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 afirmó que "la hipoteca de propietario no ha sido aceptada". No obstante, tanto por la ubicación sistemática del párrafo donde tal afirmación se realiza, como por su propio contenido —"esta forma de garantía no goza hoy del predicamento que en pasadas fechas tuvo"— da la impresión de no estar pensando en el supuesto de adquisición de la doble titularidad, sino en la creación de hipoteca a favor del mismo hipotecante. Al menos los artículos 190 y 210 RH parecen requerir instancia del interesado para la cancelación, por confusión, de la hipoteca.

Si hubiera de calificarse por tanto la hipoteca en el caso planteado, yo hablaría de "hipoteca sobre sí mismo", pues así era conocida en el derecho revolucionario francés la creación de títulos territoriales de deuda garantizados con hipoteca en los que ambos —crédito e hipoteca— nacían a la realidad con el endoso del papel; ahora bien, la admisión en aquel derecho de tal figura conllevaba unas garantías que a estas alturas nos deben resultar familiares: valoración objetiva de la finca dada en garantía y endoso a la orden.

2. Creo, por tanto, que es desde esta perspectiva del rango o más exactamente desde la idea de reserva de rango que toda hipoteca en garantía de obligación futura conlleva, desde la que debe enfocarse el problema, mejor que atendiendo a la unilateralidad o bilateralidad en la constitución de la hipoteca.

Ambas ideas son preceptibles en la propia Resolución que, como hemos visto, habla tanto de "constitución unilateral", como de "cualquier obligación futura de momento absolutamente indeterminada". La circunstancia de que JUAN SARMIENTO, en la Mesa Redonda expresada, pusiera el acento en la "entrega del título" como momento determinante del nacimiento de la hipoteca, en cuanto la bilateralidad se consumaba, ha implicado que sea el primer aspecto el observado, cuando lo decisivo radicaba en el segundo.

Allí mismo, JUAN REY se rebelaba contra esa construcción bilateral basada en la entrega, involucrándome además en ellas cuando se preguntaba: "¿en base a qué, salvo para Fernando Canals, para que haya obligación garantizada es necesario que haya un nuevo sujeto?". Y continuaba con las siguientes palabras que, en cuanto me alcanzan, debo transcribir íntegramente: "La Ley en el mecanismo de la hipoteca en garantía de emisión de obligaciones no admitió ese doble sujeto hasta que se inventó la figura del comisario, el cual tampoco es exactamente un

sujeto, sino un fiduciario, un representante de personas que han de venir y han de ratificar. Pero en todo caso se está admitiendo la manifestación de la parte. Exigir que haya entrega porque sólo así haya obligación, aplicando los esquemas de cuando surge la obligación en la letra de cambio, no me parece fácilmente trasplantable, puesto que la obligación, como título en masa, tiene un sistema de generación de la obligación distinto, por fases graduales, del de la letra de cambio que al ser título singular sí que, según la mejor doctrina, tiene como génesis de la obligación la entrega, o bien incluso, aunque la entrega ya sea viciada..., puede generarse la obligación por razones de protección a tercero conforme al artículo 19 de la Ley Cambiaria y del Cheque”.

Hay que suscribir íntegramente cuanto afirma JUAN REY, excepto, si se me permite, cuando me utiliza como argumento de la construcción que critica, pues simplemente yo no quise decir lo que quizá él haya entendido cuando escribió “La mención en el título (al portador) de la escritura (de constitución de hipoteca) —cuando no nos hallemos ante una propia de emisión pública de obligaciones, sino ante alguna de aquellas a las que antes me he referido (p. ej. la calificada en este recurso) nos remite a la nada, a un simple acto unilateral de creación de títulos; no es el nombre del primer tenedor del título al portador el que nos falta, es que nos falta toda la relación negocial que justifique la creación documental y la garantía hipotecaria”.

En definitiva si una persona física quiere emitir títulos de inversión —obligaciones u otros valores— deberá acogerse a la normativa que rige el sistema y que ha ido quedando desbrozada, y, cumpliendo esa normativa, las emitirá unilateralmente —si la presencia del Comisario no le atribuye carácter de parte—, declarará la suscripción unilateralmente (art. 275 RRM) y cancelará la hipoteca unilateralmente si median los requisitos y circunstancias del artículo 156 LH.

Si la persona física —o jurídica— para evitar aquella normativa, quiere configurar los títulos como efectos de comercio, deberá obedecer igualmente a la normativa que rige el sistema. Quizá nuestro sistema mercantil tolere unos tales títulos emitidos al portador. No lo creo a tenor de lo expuesto. Pero de lo que estoy convencido es de que nuestro sistema de publicidad hipotecaria no tolera una garantía tal como resulta de la hipoteca de dichos títulos. Ello con vista a tres consideraciones básicas.

1. Es cierto que la existencia jurídica de un título requiere de su apropiación por un tercero. Sin entrar en las discusiones sobre la causa de la obligación incorporada al título, evidentemente éste no puede existir, para el mundo jurídico, en tanto no salga de la mano del firmante. La circunstancia de poner el acento en la entrega destaca la inexistencia de la cosa hasta ese momento. No existiendo el documento, menos podrá existir la obligación que aquél quiere representar.

Sin embargo, esta idea, aplicada consecuentemente, nos llevaría a repudiar por “inexistencia de objeto” la hipoteca cambiaria de constitución unilateral, doctrinalmente consagrada.

El problema pues no radica tanto en la entrega cuanto en la pluricausalidad que la cláusula al portador atribuye al título, de modo que este nace antes que la obligación que viene a representar. Por ello la hipoteca en estos términos equivale a decir: “si algún día quiero obligarme, esa obligación quedará garantizada con esta hipoteca”. Por ello creo que la presencia del primer tomador en la escritura quizá garantice la bilateralidad, quizá resuelva pragmáticamente, por

defunción, el problema, pero no soluciona las dificultades jurídicas porque, salvo que lo garantizado sea la relación negocial entre el emitente y el primer tomador y no ya el título en sí mismo —extremo al que al final dedicaré unas líneas— la polivalencia del título al portador mantiene íntegramente la abstracción de la deuda en términos que, como dice la Dirección General, “el principio de especialidad, aún entendido con la flexibilidad que impone la admisión de las hipotecas de seguridad”, no puede soportar.

2. Decía don JERÓNIMO GONZÁLEZ (58) que “si desarrollásemos muchísimo la hipoteca de seguridad llegaríamos a una amortización parecida a la de la época feudal”. Observación que puede parecer desmesurada pero que es de una profundidad magnífica, a tener en cuenta en las nuevas fórmulas de aherrojamiento de la voluntad del deudor por vía de la garantía.

Si eludimos toda exigencia de verosimilitud a la deuda futura garantizada con hipoteca, o lo que es lo mismo, si cualquier deuda futura, cuya elección pudiera corresponder tanto al hipotecante como a un tercero, pudiera quedar garantizada con hipoteca, no cabe duda de que el valor de garantía de la finca hipotecada quedaría amortizado.

En conclusión debemos eludir eufemismos y tibiezas y afirmar rotundamente que está prohibida en nuestro derecho la creación de títulos de deuda —llámense como se quiera— abstractos. Así lo manifestaba expresamente la Exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 —que, ocioso es decirlo, conservaba la hipoteca en garantía de emisión de obligaciones—: “Por consideraciones de tipo social no han sido reconocidas determinadas formas de garantía hipotecaria que ofrecen ciertas legislaciones extranjeras. Por la suma facilidad de su constitución y por estar desvinculadas de toda relación causal, pugnarían con básicos principios del ordenamiento civil patrio y con arraigados hábitos jurídicos, al par que, por su movilidad excesiva, podrían hallarse en oposición con la función social asignada a la propiedad”.

3. En último término quedaría el preguntarnos si cabría que, garantizada la relación negocial subyacente, ésta se incorporara simultáneamente a títulos al portador.

A primera vista pudiera pensarse que la vida de los títulos es ajena al Registro de la Propiedad en el que consta con suficiencia el crédito garantizado y el acreedor garantizado con la hipoteca, al modo de la distinción entre hipoteca cambiaria e hipoteca en garantía de relación subyacente representada por letras de cambio que ha consagrado la Dirección General.

No obstante, los problemas en cualquier caso son tan graves (59), que me voy a permitir concluir con las mismas palabras con las que concluí el comienzo de un ciclo, para mí, que hoy me parece absolutamente agotado: “Me pregunto si esa voluntad es divisible, si es conciliable en un crédito la simultánea publicidad cartular y tabular, en definitiva, si no hemos admitido con demasiada alegría la hipoteca en garantía de una relación crediticia representada (?) por letras de cambio, sin aprestarnos al tiempo a evitar la aparición, en sendos ámbitos, de terceros dignos ambos de una protección incompatible.

FERNANDO CANALS BRAGE
Registrador de la Propiedad

(58) D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, “La hipoteca de seguridad”, cit

(59) Pueden verse en el Comentario de MANUEL CASERO MEJIAS a la RDGRN de 14 de octubre de 1986 (RCDI, núm 583, noviembre-diciembre 1987)

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA: NO ES APLICABLE SI EL DEPENDIENTE OBRO FUERA DE LA ACTIVIDAD ENCOMENDADA (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1990).

Hechos.—Un empleado cogió el tractor de su patrón, para dirigirse a un bar a medianoche con otras personas. Por su impericia se produjo un accidente, que ocasionó el fallecimiento de un acompañante. El dueño del tractor es absuelto de la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—Aunque la doctrina jurisprudencial viene manteniendo de forma progresiva un criterio de interpretación extensiva sobre la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal, también hay que reconocer que la misma doctrina jurisprudencial, que no ha llegado a consagrar una radical objetivación de dicha responsabilidad, señala algunos condicionamientos a la aplicación del artículo 22 del Código Penal, uno de los cuales es que la actividad desarrollada por el autor del delito se hallé inscrita dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad o tarea confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación, y sin que las llamadas extralimitaciones temporales o variaciones en la ejecución del servicio encomendado excluyan dicha responsabilidad, de tal manera que si el agente se extralimitó notoriamente en ellos o ejecutó los actos que determinaron el hecho criminal con total independencia de los cometidos que tenía asignados y debía desempeñar, no es posible extender la citada responsabilidad a la persona de quien laboralmente dependa, como dice la S de 18 de marzo de 1986, o según la de 30 de mayo de 1988, si el ilícito perpetrado por el dependiente quedó extramuros del área actuacional encomendada, en total ajenedad con aquel cúmulo obligacional o servicial puesto a su cargo, la responsabilidad subsidiaria se desvanece y no juega.

PESAN SOBRE LOS GANANCIALES LOS AVALES PRESTADOS POR EL MARIDO A UNA SOCIEDAD CUYAS ACCIONES SON PROPIEDAD DEL CONSORCIO CONYUGAL (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Es jurisprudencia constante que el embargo no altera en absoluto la naturaleza del crédito que asegura, ni su anotación en el Registro convierte a su titular en titular de un derecho real, pero sí que le confiere que cualquiera que adquiera la cosa embargada en virtud de acto jurídico posterior, la adquiera con subordinación al derecho garantizado por el embargo. La titularidad dominical de la esposa no tendrá virtualidad alguna para la prosperidad de la acción ejercitada, que no es otra que la tendente a impedir que se siga adelante la ejecución despachada contra los bienes embargados, pues es ésta la genuina finalidad de las tercerías de dominio, aunque participen en ocasiones de la naturaleza y efectos de la reivindicatoria de dominio. En el derecho anterior se prohibían al esposo, a quien correspondía la administración, los actos de disposición a título gratuito, los perjudiciales para la mujer y los que entrañaren grave riesgo. Ello dio ocasión a analizar si los avales por deudas podían equivaler a actos de disposición a título gratuito, que dio lugar a sentencias como la de 6 de octubre de 1980 del Tribunal Supremo, que les negó tal carácter. Pero el derecho actual, basado en la cogestión, en la igualdad de los cónyuges, reconoce a ambos capacidad para obligar a la sociedad y fija las deudas que deben pesar sobre ella, y en consecuencia lo que habrá que analizar es si la deuda contraída por el esposo, que no es un acto de disposición directo, pesa o no sobre la sociedad de gananciales, y en el caso de autos la solución debe ser afirmativa, por las siguientes razones: El marido, al avalar, hizo uso de su facultad de contratar, de la que gozan ambos esposos y que en modo alguno queda limitada por el matrimonio; actuó en favor de la explotación regular de los negocios, pues en tal concepto ha de entenderse el aval prestado a una sociedad cuyas acciones son propiedad de la sociedad conyugal y cuyos beneficios son beneficio para el consorcio. De todo ello se desprende que al atribuir al artículo 1.362 en su núm. 2 a la sociedad de gananciales los gastos que origina la tenencia y disfrute de los bienes comunes, y el núm. 4 la explotación regular de los negocios, debe concluirse que los bienes embargados no pueden ser sustraídos a la ejecución en marcha.

LA PRUEBA DE PRESUNCIONES TIENE CARACTER SUPLETORIO (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Como ha declarado con reiteración esta Sala, el carácter supletorio de la prueba de presunciones impone que sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios (Sentencias, entre otras de 11 de abril de 1947 y 5 de febrero de 1964).

PRELACION DE CREDITOS. LOS CREDITOS QUE CONSTAN EN ESCRITURA PUBLICA OSTENTAN MEJOR JERARQUIA QUE LOS DECLARADOS EN SENTENCIA FIRME (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Se plantea el problema jurídico de determinar la preferencia que deba darse, en las tercerías de mejor derecho en las que se ventilan créditos sin privilegio especial, a los títulos en donde constan tales créditos o a las sentencias de remate que los hayan reconocido. La jurisprudencia de esta Sala, aunque vacilante y en algunos casos contradictoria, se inclina más recientemente por establecer los siguientes presupuestos básicos: A) Las escrituras públicas de que se habla en el apartado a) del núm. 3 del artículo 1.924, deben ser equiparadas a las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio o por Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 93 del Código de Comercio y 1.218 del Código Civil; B) Tales pólizas o escrituras, en cuanto auténticos reflejos de la realidad crediticia, necesitan contener la liquidación pertinente, para que pueda ser conocido el alcance de la obligación, y la exigibilidad indubitada del crédito, por lo que su preferencia vendrá referida a la fecha de esta determinación; C) El elemento que concede el privilegio no es el crédito en sí, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado en uno de los documentos que menciona el precepto legal, y concretamente si es quirográfico, su preferencia frente a otros créditos de la misma naturaleza vendrá fijada con relación a la fecha de los documentos en que respectivamente tengan aquellos reflejo, sin que deban intervenir en sus calificaciones jurídicas otros rasgos del mismo; D) Con carácter genérico puede afirmarse que las preferencias que concede el artículo 1.924 CC a los créditos que constan en escritura pública o sentencia firme, si hubiere sido objeto de litigio, se explica y justifica por la indubitada autenticidad de dichos créditos, es decir, su preferencia deriva de la certeza “prima facie” habida cuenta de la intervención del fedatario público o del procedimiento judicial; E) Que de las dos órdenes preferenciales que establece el artículo citado, ostenta mejor clase o jerarquía el del apartado A) frente al del B), puesto que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los ejecutivos, debiendo acudirse con prioridad a los títulos que fundamentaran la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en estos títulos, aunque posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia; y F) Sostener posición contraria sería tanto como atribuir a un crédito escriturario indubitado de fecha anterior, peor condición de otros posteriores en el tiempo, por efecto de la fecha de una sentencia, ganada, en muchos casos, a consecuencia de circunstancias extrañas al propio crédito.

LA SUMISION A TRIBUNALES EXTRANJEROS TIENE CARACTER EXCEPCIONAL (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Los casos de incompetencia de la jurisdicción española en virtud de cláusula de sumisión a Tribunales extranjeros tienen un carácter rigurosamente excepcional, siempre que se den las específicas circunstancias indubitadas que no hagan aquella nula, sin resultar duda alguna tampoco respecto de la procedencia y firma por todas las partes de tan singular y excep-

cional cláusula de exclusión, debiendo recordarse además que en todo caso, la aplicación del Derecho extranjero obligaría a la parte que lo invoque a acreditar no sólo la exacta entidad de tal Derecho vigente, sino también su autorizada interpretación, tal como ha reiterado la Jurisprudencia de esta Sala, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, tanto respecto de la sumisión alegada como del contenido de dicho Derecho.

EFFECTOS DE LA RENUNCIA A LA SOLIDARIDAD POR PARTE DEL ACREEDOR A FAVOR DE UNO DE LOS DEUDORES (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La obligación solidaria presupone una solidaridad de sujetos, activos, pasivos o mixtos, una unidad de objeto, una duplicidad en las relaciones obligacionales, tanto vinculantes externamente entre los acreedores y el deudor, o entre el acreedor y los deudores, como internamente de unos y otros entre sí, y finalmente una identidad de la causa común obligacional; la unidad de la prestación hace a la misma indivisible, sin posibilidad de fraccionar el crédito o la deuda, de forma que se debe la totalidad o se es acreedor del todo; principios doctrinales que nuestro ordenamiento recoge en el artículo 1.137 del Código Civil; junto a estas relaciones externas que ligan a los acreedores y a los deudores, existen las puramente internas entre estos dos grupos de sujetos, traducidas positivamente en las prevenciones de los artículos 1.145, 1.146 y 1.147 del Código Civil. La jurisprudencia tiene declarado que la renuncia a la solidaridad por parte del acreedor, frente a uno sólo de los deudores, externamente convierte al deudor beneficiado en mancomunado, por la parte de la deuda que le corresponda en la división interna, pero mantiene la solidaridad respecto a los demás deudores a los que no se refiere la renuncia, y ello sin perjuicio de mantenerse también en el orden interno el vínculo solidario del excluido, derivado de la insolvencia de sus compañeros. Semejante solución sostiene la doctrina en orden a la remisión o condonación de la deuda hecha por el acreedor, de la parte que afecta a uno de los deudores solidarios, supuesto contemplado en el artículo 1.146, atribuyéndose al deudor condonado la liberación de la deuda frente al acreedor condonante, y también frente a sus compañeros codeudores, salvo los supuestos establecidos en los artículos 1.145, 1.147 y último párrafo del propio 1.146, pero en todo caso manteniéndose inalterable la solidaridad de los demás deudores no favorecidos por el acreedor común.

CONSTITUYE RUINA DE UN EDIFICIO LOS DEFECTOS QUE EXCEDEN DE IMPERFECCIONES CORRIENTES (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Conforme a constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el concepto de ruina viene empleado en un amplio sentido, sin ser preciso que el inmueble quede o pueda quedar materialmente en ruinas o comprometida su estabilidad, bastando para calificarla como tal, la existencia de defectos constructivos que por exceder de simples imperfecciones entrañen una suerte de ruina potencial que haga temer por su pérdida futura, y aquellas otras que hagan inútil la edificación para la finalidad que le sea propia, sin que sea

preciso que los defectos afecten al inmueble en su totalidad, pudiendo entenderlos, en definitiva, como aquellos que por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. INDEMNIZACION DE DAÑOS (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que es doctrina de esta Sala la de que el principio de que el incumplimiento de un contrato por sí solo no implica ni supone la existencia de perjuicios, al efecto de relevar de la prueba de los mismos, no es tan absoluto que en los supuestos en que los hechos acreditados por la partes o por ellos admitidos se deduzca la existencia del daño.

AL FLETAMENTO DE AERONAVES SE LE APLICAN LAS NORMAS DE DERECHO MARITIMO (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Nuestro derecho sustantivo no regula ni el fletamento ni el arrendamiento de aeronaves. La doctrina acude por ello a la aplicación analógica de las normas propias del Derecho marítimo para decidir las cuestiones cuya regulación no la haya previsto la libertad contractual de las partes. Según el derecho marítimo, se entiende genéricamente como contrato de fletamento aquel que tiene por objeto la explotación de un buque y consiste en proporcionar su utilización a persona distinta del propietario. Otra forma de cesión del uso es el arrendamiento, para cuya distinción con el fletamento se destaca por la doctrina que en el arrendamiento el propietario de la nave se desliga del resultado económico de la empresa de transporte, mientras que en el fletamento propiamente dicho el fletante no se desliga de la perfecta consumación de la obra. Sobresale en el fletamento el transporte sobre la cesión de la cosa.

PARA EL EXITO DE LA ACCION RESOLUTORIA DEL ARTICULO 1.504 HAN DE CONCURRIR LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL 1.124 (SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Es amplísima la doctrina de esta Sala que declara a los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil compatibles y complementarios, entendiendo que el 1.504 constituye una especialidad en la regla general contenida en el 1.124. Cuando se trata de la falta de pago del precio en la venta de los bienes inmuebles, y ha existido un correcto requerimiento judicial o notarial, queda vedado para el Juez el otorgamiento de un nuevo plazo, según los términos del artículo 1.504; pero esto no impide que para el éxito de la acción resolutoria regulada en este artículo, sea indispensable que concurren los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción derivada del artículo 1.124.

SOLO RIGE EL "ONUS PROBANDI" CUANDO HAY INEXISTENCIA DE PRUEBA
(SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la que enseña que el "onus probandi", entendido en su recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien la carga de la misma, sólo entra en juego cuando hay inexistencia probatoria, pero no cuando hay demostración en los autos, supuesto en el que no importa quien lo haya llevado a los mismos y que no se altera el principio de distribución de la carga de la prueba cuando, en la instancia se realiza por la Audiencia una apreciación de la aportada por la partes, y se valora luego su resultado.

**LA REGULACION ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO DE CORRETAJE NO DES-
VIRTUA SU NATURALEZA CIVIL** (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—El llamado "corredor civil", actúa sólo por una parte con la cual únicamente tiene relaciones contractuales. Actuación en la que el mediador no promete la conclusión del contrato objeto del cargo, ya que ese hecho, no depende de su voluntad, sino de la de los interesados. La obligatoriedad para la entidad recurrida de tal contrato, "cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado" (art. 1.278 del Código Civil) es evidente. A ello no es en absoluto obstáculo que la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria esté sujeta a una reglamentación oficial; en primer lugar, porque el contrato que gestionó el actor recurrente no es de los regulados por tal reglamento, y en segundo lugar, porque la existencia de una reglamentación administrativa no altera la naturaleza jurídica del contrato de Derecho civil que tiene la mediación o corretaje en todas sus variedades, sometidas o no a reglamentación administrativa, puesto que esta última no señala en ningún caso la nulidad de los contratos realizados en contravención a la misma, y las formalidades que en aquella reglamentación se señalan evidentemente no afectan tampoco a la obligatoriedad y existencia de los contratos, sino que representan únicamente, como da a entender la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1968, garantías jurídicas de las transacciones, siempre sin perjuicio de las sanciones de carácter administrativo que en su caso sean aplicables. El contrato de corretaje o mediación aunque no regulado expresamente en las leyes civiles, es un contrato con sustantividad propia, calificado de innominado "facio ut des", principal, consensual o bilateral, que se rige por los títulos I y II del Libro IV del Código Civil, y por las disposiciones relativas al contrato de mandato. Regulación sustantiva que no admite en casos como el debatido, modificaciones de ese carácter deducidas en normas administrativas.

**NAVARRA: EL ESPOSO FIADOR PUEDE AUTORIZAR AL ACREEDOR PARA
QUE VENDA UNAS ACCIONES PERTENECIENTES A LA SOCIEDAD DE CON-
QUISTAS** (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La cuestión suscitada no se reduce a determinar si prestada una fianza simple y genérica por uno de los cónyuges en favor de

tercero, en su momento puede el acreedor, por su propia, exclusiva y unilateral decisión, tratar de hacer efectiva dicha fianza sobre bienes comunes de la sociedad conyugal ("bienes de conquista", según la terminología foral navarra), pues si esa fuera, la solución de la misma habría de ser claramente negativa, pues así viene a establecerlo la Ley 61 del Fuero Nuevo de Navarra (en su redacción anterior a la Ley de 1 de abril de 1987), al prescribir que la fianza prestada en favor de tercero por uno sólo de los cónyuges afectará exclusivamente a los bienes privativos de éste. Pero el problema planteado en el litigio a que este recurso se refiere, es el de determinar si el esposo al constituirse en fiador de un tercero, puede por sí solo pactar y autorizar expresamente al acreedor para que, llegado el momento de hacer efectiva la fianza, pueda proceder, en nombre suyo (del esposo fiador), a la venta de unas acciones pertenecientes a la sociedad de conquistas, formada por dicho fiador y su esposa.

La Ley 86 de la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, dentro del ámbito de las facultades dispositivas sobre dichos bienes, en su redacción anterior a la reforma por la Ley de 1 de abril de 1987, concede al marido la facultad de disposición "inter vivos" y a título oneroso de los bienes de conquista, con la única excepción de que no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento de la mujer, bienes conquistados inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales. Dentro de dicho supuesto de excepción no se encuentran incluidos los títulos valores, a los que corresponde el tratamiento jurídico de las cosas muebles.

LOS CULTIVADORES DIRECTOS DE UNA FINCA RUSTICA ASUMEN LOS RIESGOS DE LA EXPLOTACION (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1990).

Hechos.—Se produjo una colisión entre una avioneta dedicada a la fumigación de unas tierras de cultivo y una moto que cruzaba la pista de aterrizaje, que estaba en las mismas tierras. La propietaria de los terrenos, que los tenía cedidos en arrendamiento es absuelta, y condenados los arrendatarios.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien la propietaria se beneficia de la finca por tenerla cedida en aparcería, arrendamiento o cualquiera otra clase de cesión, ello es irrelevante a los efectos que se pretenden, puesto que es independiente del beneficio de la explotación agraria en sí misma considerada, que mantienen los arrendatarios, quienes por virtud de la misma incurrir en responsabilidad subjetiva por culpa "in vigilando" o "in eligendo" al no cerrar el camino que accede a la pista en los momentos en que se utiliza, o colocando vigilantes que eviten la irrupción de personas extrañas a las operaciones de la navegación aérea, pero ello no puede racionalmente alcanzar a quien cumple con la simple cesión del precio a los terceros que la cultivan y asumen los riesgos plenos de la explotación rural, como poseedores directos e inmediatos del inmueble rústico.

SOCIEDADES IRREGULARES. PARA QUE LOS SOCIOS CONSERVEN LA PROPIEDAD DE LO APORTADO, TALES APORTACIONES HAN DE MANTENER INDEPENDENCIA (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Al estar las sociedades irregulares carentes de personalidad jurídica, por permanecer sus pactos secretos entre sus socios, tal

como establece el artículo 1.669 del Código Civil, se rigen en cuanto a terceros por las normas de la comunidad de bienes, porque si ciertamente en sociedades de tal naturaleza, en cuanto vinculan entre sí a los socios, se viene considerando que cada uno de los socios puede reclamar lo que del pacto social se derive, sin afectar a terceros, y por tanto conservar la propiedad de sus aportaciones, ello hay que entenderlo en el sentido de que se trate de aportaciones societarias que mantengan independencia, o sea con posibilidad de desligarlo del ente físico social constituido, pero no para el caso de que la aportación quedó integrada en lo que físicamente forma la sociedad, pues en tal supuesto se produce una situación de cosa indivisible, por naturaleza o función económica, que por aplicación de lo normado en el artículo 400 del Código Civil, sólo posibilita que, al no existir convenio de que se adjudique a uno de los socios indemnizando a los demás, conduce a que la liquidación de la sociedad haya de realizarse, de persistirse en que se lleve a efecto, mediante su venta y reparto de su precio entre los socios en la proporción cuantitativa que respectivamente les corresponde.

SON ANULABLES Y NO NULOS LOS ACTOS REALIZADOS POR EL MARIDO SIN CONSENTIMIENTO "UXORIS" (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La ley (arts. 1.375 y 1.377 del Código Civil) habla de disposición *conjunta* de los cónyuges y de requerir el consentimiento de *ambos* cónyuges, expresiones que nada indican sobre la supuesta nulidad absoluta en caso de que su actuación no fuese conjunta. No se trata pues de normas imperativas o prohibitivas que tiñan sin más de nulidad radical a los actos que las contravengan; por consiguiente no es aplicable el artículo 6 del Código Civil; y la jurisprudencia de esta Sala (SS entre otras de 15 de octubre de 1984 y 6 de octubre de 1988) ha venido a sancionar la mera anulabilidad de los actos realizados por el marido sin el consentimiento "uxoris", o ha deducido ese consentimiento de forma expresa o tácita, también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso la pasividad de la esposa o su no oposición al acto realizado por el marido, o admitiendo la validez del acto que no lleva consigo perjuicio o fraude para tercero; es decir que incluso el silencio puede en estos casos ser revelador del consentimiento.

NO ES LICITO SACAR CONSECUENCIAS JURIDICAS Y NO FACTICAS DE LA CONFESION (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Según reiterada doctrina de esta Sala, la fuerza probatoria de la confesión judicial prestada bajo juramento indecisorio, que no puede dividirse, no es superior a la de los restantes medios de prueba, en cuyo conjunto o ha de ponderarse aquella a la luz de la sana crítica, sin que sea lícito sacar o hacer derivar de la confesión consecuencias jurídicas y no fácticas.

DERECHO DE OPCION· CARACTERISTICAS (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La recurrente identifica y asimila el derecho de opción con el derecho de retracto, lo que es totalmente inadmisibles y por tanto no puede aplicarse al derecho de opción la doctrina científica o jurisprudencial desarrollada sobre el derecho de retracto. El derecho de opción, de naturaleza jurídica personal, es un contrato principal, pues no puede sostenerse que se halle subordinado a la declaración de voluntad del optante manifestándose conforme con los términos de la oferta, ni puede decirse que sea una mera cláusula de otro contrato. Además la opción origina un contrato unilateral, pues sólo crea para el concedente la obligación de mantener su oferta y para el optante el derecho de aceptarla o dejarla caducar. Pero en su fase evolutiva posterior, realizada la opción positiva en el plazo señalado, se torna en bilateral, puesto que el optante asume ya las obligaciones derivadas de la oferta (pago del precio, recepción de la cosa etc.). Es por último un contrato consensual, creador a favor del optante de un mero derecho obligacional. Características que junto a otras e incluso por sí solas, son suficientes para no confundir la opción contractual con el derecho real de retracto en cualquiera de sus variedades.

LA ASUNCION DE DEUDA ESTA ADMITIDA EN NUESTRO DERECHO, PERO DEBE SER EXPRESA (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—En Sentencias de este Tribunal, entre otras, de 7 de diciembre de 1971 y 25 de abril de 1975, se ha sentado la doctrina jurisprudencial de que la transmisibilidad de las obligaciones en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas "intuitu personae", ha sido admitida por una doctrina jurisprudencial reiterada, que al igual que la de los autores, entiende superada en el Derecho moderno la añeja concepción del acentuado personalismo del vínculo obligatorio, inseparable de acreedor y deudor, y afirma que aquella figura no se opone a las líneas dogmáticas del Código sustantivo, acudiendo para construirla al marco de las normas reguladoras del cambio de persona del deudor en las obligaciones, con efectos de novación meramente modificativa, tal y como resulta del artículo 1.203-2.º, en relación con los 1.204 y 1.205.

La asunción de deuda debe ser expresa, con constancia de una específica declaración de voluntad en este sentido por parte del asuntor, así como el conocimiento del acreedor, no siendo admisible en forma tácita y presuntiva.

CUANDO LA ADMINISTRACION ACTUA COMO PERSONA JURIDICA PRIVADA, ESTA SOMETIDA A LA JURISDICCION CIVIL (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que el artículo 1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa atribuye a dicha jurisdicción el conocimiento de las pretensiones deducidas en relación con los actos de la Administración Pública, en la que se incluyen las Corporaciones y Entidades

locales, no lo es menos que su artículo 2 excluye de la misma las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria, pero es que además la actuación de la Administración Central, Provincial y Local, que queda fiscalizada por la jurisdicción especializada, es la estrictamente administrativa, es decir la generadora de un acto administrativo, en el que el ente público actúa como poder o en ejercicio del "ius imperii", o sea, por causa de "utilidad pública o social". Pero en aquellos otros casos en que la Administración actúa más bien como persona jurídico-privada, se impone la fuerza atractiva de la jurisdicción civil.

CONTRATO DE SEGURO: PARA QUE LA IMPRUDENCIA GRAVE QUEDE EXCLUIDA DEL RIESGO, HACE FALTA LA EXPRESA ACEPTACION DEL TOMADOR DEL SEGURO (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Hechos.—Dos personas que viajaban en una furgoneta se quedaron sin gasolina. Para pasar la noche encendieron un brasero dentro de ella y se quedaron dormidos, falleciendo al inhalar monóxido de carbono. La Compañía aseguradora es condenada a indemnizar, pese a que alegaba imprudencia grave.

Doctrina de la Sentencia.—La imprudencia grave, excluida en la póliza, que no en la Ley, tenía que ser objeto de una expresa aceptación por parte del tomador del seguro, único extremo que le daría validez, lo que concuerda igualmente con la exigencia de precisión y claridad, dada la naturaleza de contrato de adhesión que le alcanza. La imprevisión de dormir en lugar cerrado y con un brasero encendido en modo alguno puede equipararse a intencionalidad directa, indirecta o eventual, ni a culpa con representación ni a actuar consciente, so pena de pretender un actuar cuasi suicida, que en momento alguno se ha postulado; a lo más existiría una omisión de normas que por no ser inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, sólo pueden exigirse en contados casos, constituyendo mera imprudencia simple, que no anularía la obligación contraída por la aseguradora.

PARA QUE LA HIPOTECA SEA PREFERENTE A UN EMBARGO, ES PRECISO QUE ESTE INSCRITA CUANDO SE ANOTE DICHO EMBARGO (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La línea jurisprudencial a propósito de la tercería de mejor derecho afirma que es un proceso intercalado dentro de juicio ejecutivo que no tiende a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que aspira a la consecución de una decisión judicial que conectada con el trámite del principal, de tal forma le afecte que convulsione lo hasta entonces en él resuelto; así si es de mejor dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo, mientras que si lo es de mejor derecho, la orden de reintegrar el crédito del actor tercerista con preferencia al del ejecutante.

Para dirimir la controversia o concurrencia de los créditos, el artículo 1.923, al contemplar la preferencia de los créditos que se proyecten sobre determinados

bienes inmuebles del deudor e incluir en el número 3 los hipotecarios y en el 4 los preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, ha de considerarse que se tratará de créditos que hayan nacido en plenitud cuando se produzca esa concurrencia (la dicción de ese núm. 4 del art. 1.923 sobre un crédito ya preventivamente anotado en el Registro revela que el otro, el hipotecario del núm. 3 debe también existir ya); no podría tolerarse una solución insólita, como la derivada de que habiéndose, por ejemplo, embargado, con la anotación preventiva correspondiente, un conjunto de bienes de un deudor, con el mero otorgamiento con posterioridad de una escritura pública de garantía hipotecaria, con un ulterior acceso en el Registro, pretender luego la tutela de ese artículo 1923 y afirmar la peregrina verdad de que, al tratarse ya de un crédito hipotecario, en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, el automatismo de ese artículo 1.923 debe proyectar la primacía de su núm. 3 frente a la que se derivaría del artículo 1.924-3.º a), lo que desde luego es absolutamente rechazable.

LA ESPOSA PUEDE INTERPONER TERCERIA DE DOMINIO SI EL AVAL PRESTADO POR EL MARIDO FUE SIN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 1.365 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La cuestión se contrae a determinar si a instancia de la esposa procede o no alzar la traba de los gananciales operada en un procedimiento ejecutivo seguido contra el marido, como avalista en un contrato de préstamo mercantil, y por consiguiente de carácter gratuito, sin constancia alguna de que el afianzamiento constituido por el esposo lo fuese en interés y beneficio de la familia, ni prestado en el ejercicio ordinario de su profesión, arte u oficio, o en la administración ordinaria de sus bienes propios, y sin que tampoco aparezca que en ningún momento la esposa hubiese sido notificada del proceso de ejecución en marcha; en la acción de tercera no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndolas de la vía de apremio, lo que presupone la exigencia ineludible de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero, situación que ha de admitirse concurra en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del proceso ejecutivo en el que se embargaron bienes de esta naturaleza.

EL COLEGIO DE ARQUITECTOS ESTA LEGITIMADO PARA ENCARGARSE DEL COBRO DE HONORARIOS DEBIDOS A SUS COLEGIADOS (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La facultad de intervención y postulación procesal del Colegio Oficial de Arquitectos en reclamación del pago de honorarios profesionales devengados por alguno o algunos de sus colegiados, como una de las modalidades de legitimación por sustitución procesal, le viene legal y estatuta-

riamente conferida (como ya tiene declarado esta Sala en Sentencia de 29 de septiembre de 1983) por la Ley de Colegios Profesionales 2/1974, de 13 de febrero, que en su artículo 5 determina que corresponde a los Colegios Profesionales “encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales con carácter general o a petición de los interesados, en los casos en que el Colegio tenga los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos de cada Colegio”, y por su parte, y más específicamente, en los Estatutos de los Colegios de Arquitectos, aprobados por Decreto de 13 de junio de 1931.

LOS CREDITOS PREFERENTES DE LOS TRABAJADORES HAN DE INTERPRETARSE EXTENSIVAMENTE (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 32, apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores, Ley de 10 de marzo de 1980, establece que “los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca”. Dentro del concepto de “salario” se ha de comprender la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador, incluso el eventual por haber sufrido un accidente, y por tanto las indemnizaciones que por despido le corresponden. La preferencia de cobro de esos créditos por salarios viene impuesta porque la “ratio legis” de las garantías del salario y subsiguiente privilegio del trabajador no autoriza una interpretación literal del artículo 32 citado, sino que el espíritu y finalidad de protección al obrero imponen una interpretación extensiva en el concepto expresado. Los créditos a favor de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo, caben dentro del concepto de salario.

SOCIEDAD ANONIMA: PARA PROPONER LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SE REQUIERE ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Para promover la responsabilidad de los Administradores, reconocida en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, se requiere la existencia de previo acuerdo de la Junta general de accionistas, de tal manera que los accionistas que representando la décima parte del capital social solamente podrán entablar la mencionada acción de responsabilidad de los administradores cuando la sociedad no lo hiciere dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha en que se hubiese adoptado el acuerdo de efectuarlo, o cuando se hubiere producido acuerdo denegatorio de exigencia de tal responsabilidad; sin que a ello obste el contenido del artículo 81 de la citada Ley, dado que este precepto, en cuanto previene que “no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los Administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos, hay que entenderlo en el sentido de que se contemple una responsabilidad que afecte de forma directa a un socio o tercero, es decir, que no afecte al interés colectivo del ente social, sino a una persona concreta y determinada.

DERECHO CATALAN. NO ES INCONSTITUCIONAL EL PRECEPTO QUE DETERMINA LA PERDIDA DEL USUFRUCTO AL CONYUGE VIUDO QUE LLEVE VIDA MANIFIESTAMENTE LICENCIOSA (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Procede examinar si el párrafo cuarto del artículo 250 de la Compilación catalana, en su primitiva redacción, al establecer como causa de extinción del usufructo que en él se regula el hecho de “llevar vida manifiestamente licenciosa” el viudo, contradice los derechos fundamentales reconocidos en los artículos de la Constitución que se citan en el motivo; en cuanto al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, y es pacífica la doctrina al estimar que no se trata de un derecho absoluto, por lo que el mismo puede sufrir ciertas limitaciones impuestas por la Ley, lo cual ocurre en todos aquellos supuestos, principalmente en el ámbito de la relaciones familiares y sucesorias, en que el legislador hace depender el nacimiento, ejercicio o extinción de los derechos, de determinadas conductas de los sujetos, cuya divulgación constituiría un ataque ilegítimo a ese derecho fundamental, pero cuya prueba, por medios que en sí mismos no vulneran tal derecho, se hace necesaria; así en los artículos 756 del Código Civil y 253 de la Compilación catalana, al regular las causas de incapacidad para suceder por indignidad; en el propio artículo 250.4 de la Compilación en su redacción actual; en los artículos 853 y 854 del Código Civil al tratar de las causas de desheredación, o en los artículos 82 y 86 del mismo texto que describen las causas de separación matrimonial y de divorcio, preceptos que de admitirse la tesis recurrente serían inconstitucionales. De donde se concluye que el precepto examinado no ataca la intimidad familiar, siendo de tener en cuenta que en el mismo se requiere un elemento de publicidad de la conducta al usar el adverbio “manifiestamente”, lo que elimina toda idea de invasión del ámbito íntimo de la persona. Tampoco resulta contrario el repetido artículo 250 *in fine* al derecho fundamental reconocido en el artículo 17 del texto constitucional, puesto que la existencia de la citada causa de extinción del usufructo, en modo alguno impide a su beneficiario la capacidad para tomar la resolución que estime conveniente en orden a su vida, ni constituye un motivo externo que presione la determinación de su voluntad en un sentido distinto del que hubiera decidido de no existir tal precepto.

La convivencia “more uxorio” de un hombre y una mujer quedaba incluida en supuesto de hecho descrito como “vida manifiestamente licenciosa” en el apartado 4 del artículo 250 de la Compilación de Cataluña en su redacción de 1960, puesto que a tenor de los criterios sociales y morales que regían la vida social en la época en que se promulgó la Compilación, las uniones extramatrimoniales o de hecho eran tenidas por “costumbres inmorales”, “licenciosas”, en términos del texto legal; por lo tanto las uniones de hecho estaban comprendidas en el citado precepto legal entre las causas de pérdida del usufructo, al igual que se incluyen en la actualidad de forma expresa en la vigente redacción del precepto a partir de la Ley de 20 de marzo de 1984, y no es aceptable la tesis de la recurrente de que las sucesivas redacciones del referido artículo prevén distintas causas de pérdida del usufructo, sino que por el contrario, existe entre ellas cierta identidad, habiéndose limitado la Ley de 1984 a dar una nueva redacción al precepto, eliminando del mismo las connotaciones morales y subjetivistas de su anterior texto, objetivando la causa de pérdida del usufructo al describirla como “vivir maritalmente de hecho con otra persona”.

ESTA INCORRECTAMENTE CONSTITUIDO EL TRIBUNAL SI FORMA PARTE DEL MISMO EL MAGISTRADO QUE DICTO LA SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley que proclama el núm. 2 del artículo 24 de la Constitución, que viene a recoger las disposiciones que sobre el Tribunal independiente e imparcial se contienen en el Convenio de Roma de 1950 y en el Pacto de Nueva York de 1966, ha sido delimitado en su contenido por el Tribunal Constitucional al establecer en su Sentencia de 31 de mayo de 1983 que este derecho exige, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta lo haya investido de la jurisprudencia y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permite calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición venga determinada por la Ley, que en cada caso concreto se siga el procedimiento establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente; habiendo afirmado en su Sentencia de 12 de julio de 1982 que el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley comprende recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad, tal derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley ha sido desconocido en el presente caso, al haberse integrado la Sala que conoció del recurso de apelación y dictó la sentencia recurrida, con el Magistrado que pronunció la de primer grado objeto de apelación, dándose así lugar a una incorrecta constitución del Tribunal, que debió ser observada de oficio, aun sin mediar recusación de la parte.

LOS CONTRATOS EN QUE LA RELACION ES "INTUITU PERSONAE" PERMITEN LA RESOLUCION UNILATERAL (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Cualquiera que sea la naturaleza del contrato, mandato, arrendamiento de servicios, de obras, siempre habrá de percibir el precio el mandatario, arrendador o contratista, pero sólo el precio pactado y en la forma prevista en el contrato, y en todo caso manteniendo el mandante, arrendatario o dueño de la obra la posibilidad de desistir en cualquier momento, bien que sin perjuicio de indemnizar los beneficios dejados de obtener en caso de que el pacto tuviera duración o terminación previstas. Todos los contratos en que la relación es de algún modo "intuitu personae" permiten la resolución unilateral, como ya se ha dicho en jurisprudencia reiterada y conocida.

LA JURISPRUDENCIA ADMITE LA SOLIDARIDAD DE LA OBLIGACION CUANDO EL INTERES JURIDICO PROTEGIDO ASI LO RECLAME (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Se alega en el recurso la pretendida violación del artículo 1.137 del Código Civil, en cuanto a la sentencia recurrida se hace una

declaración condenatoria de la sociedad irregular y de su único administrador, para que solidariamente se efectúe la liquidación y el abono de las participaciones correspondientes a los actores. Si el citado artículo 1.137 del Código Civil establece la no presunción de la solidaridad, la reiterada doctrina de esta Sala ha atenuado el rigor del precepto, admitiéndola cuando la voluntad de las partes, la naturaleza del contrato, o el interés jurídico protegido así lo reclame.

NO PROCEDE LA ACCION DE DESLINDE CUANDO LOS PREDIOS ESTAN PERFECTAMENTE DELIMITADOS (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La acción de deslinde presenta caracteres propios, y puede ir unida o no a una acción reivindicatoria e, incluso, estar implícita en la contradictoria del dominio o en la que reclama el mismo, pero lo que no cabe duda es que presupone confusión de límites o linderos de las fincas y no procede cuando los predios están perfectamente identificados y delimitados, sin linde incierta, aunque una parte afirme lo contrario; tampoco habría problema alguno para que prosperase la reivindicatoria y no aquella, pero sería preciso que concurriera la existencia de título, y no lo es la simple falta de extensión real respecto a la registral si la finca aparece perfectamente deslindada.

EL EMBARGO HABRA DE RECAER SOBRE LOS BIENES QUE EN ESE MOMENTO PERTENEZCAN AL DEUDOR (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1990).

Hechos.—Unas maquinarias se vendieron con pacto de reserva de dominio, conforme a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos. Posteriormente la Recaudación del Estado trabó embargo sobre las mismas. Y después se produjo la caducidad registral de los contratos. Pese a esta circunstancia, la Sentencia declara que los bienes pertenecen a la entidad vendedora y ordena alzar el embargo sobre los mismos.

Doctrina de la Sentencia.—La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, o lo que es igual, sustraer de un procedimiento de apremio bienes del deudor y cuyo embargo sólo puede recaer sobre los que éste realmente tenga y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento; destacando pues de toda esa corriente jurisprudencial que es indispensable que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste realmente tenga incorporados a su patrimonio en tal momento.

El objetivo que se persigue en toda acción de tercerías de dominio es, estrictamente, determinar si el embargo acordado en el juicio ejecutivo del que trae causa ha de continuar, si la acción se desestima, ha de alzarse, si la misma se estima, si, el embargo se practica cuando estaba vigente en la inscripción de los contratos el repetido pacto de reserva de dominio a favor del tercerista, hay que derivar que en esa fecha, el tercerista era titular dominical de los bienes embargados y por lo tanto, al haberse efectuado dicho embargo sobre tales bienes,

tampoco se cumplió con la exigencia de que el apremio y el embargo correspondiente habrá de recaer exclusivamente sobre los bienes del deudor que en ese momento tenga; de consiguiente con lo anterior, es absolutamente irrelevante el dato, de que con posterioridad a la práctica del embargo se produjese la correlativa caducidad registral de los contratos a efectos de ese pacto de reserva de dominio, porque esas circunstancias, al devenir con posterioridad al momento relevante de la práctica del embargo, no trascienden y no pueden ser objeto, pues, de consideración estimatoria por parte de la Sala.

DERECHO NAVARRO: DONACIONES "PROPTER NUPCIAS" (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Según previene la Ley 115, en las donaciones "propter nupcias" se aplicarán las reglas siguientes: el donatario universal sucede como heredero, pero no responderá de las deudas que los donantes contrajeren con posterioridad a la donación, salvo si fuere en beneficio de la casa. Cuando en la donación universal los donantes se reservaren la libre disposición de bienes o cantidades se presumirá: a) que la libre disposición será tanto *inter vivos* como *mortis causa*; b) que la reserva se hace en favor de los donantes conjunta e íntegramente para el sobreviviente; de las deudas que los donantes ocultaren al hacer la donación responderán preferentemente los bienes que ellos se hubiesen reservado. Y de ahí que la posibilidad de que una donación "propter nupcias" los donantes se reserven la libre disposición de bienes o cantidades no sólo no resulta extraña en el Derecho navarro, sino que incluso se regula específicamente en la Ley 115-3 del Fuero Nuevo, partiendo evidentemente de la compatibilidad existente entre ambas figuras, es decir, entre la donación y la reserva por el donante de la libertad de disposición. Lo que conduce en definitiva a la aplicación prioritaria de la Ley 7 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, de acuerdo con el cual, conforme al principio "paramiento fuero vienze" o "paramiento ley vienze", la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de derecho, salvo que sea contrario a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad.

J. Q. S.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

FILIACION. RETROACTIVIDAD. LEY 11/1981, DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1988).

Declara que toda la materia relativa a la determinación, prueba y efectos de la filiación regulados en la Ley 11/1981, al resultar favorable para los hijos, viene

a concedérsele unos efectos de retroactividad en grado máximo, perfectamente acomodada al artículo 14 y a los principios constitucionales en esta materia.

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1991).

Concede pleno valor y eficacia en orden a la prueba de la paternidad al análisis biológico que concluye que la probabilidad de paternidad es del 99,91 por 100, en razón a que ese valor se encuentre dentro del rango considerado por K. HUMMEL y colaboradores como paternidad prácticamente probada, lo mismo que el índice de paternidad (IP) obtenido del 1293,48.

Confirma el criterio de la Sentencia de 5 de abril de 1990.

PATERNIDAD.—NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLOGICA. VALORACION (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1991).

La negativa a someterse a las pruebas biológicas, si bien ni implica ni supone una “ficta confessio”, sí supone un valioso indicio, puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración a la administración de justicia para determinar derechos de terceros ciertamente lamentable, si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de fiabilidad, aspecto lógicamente cognoscible por el demandado dada su profesión de médico y cuya actitud obstruccionista significa un evidente ejercicio antisocial del derecho.

BIENES GANANCIALES. AVAL PRESTADO POR EL MARIDO EN INTERES DE LA FAMILIA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1991).

Admite la validez del aval prestado por el marido, administrador único de la sociedad anónima cuyo capital mayoritario es ganancial, avalando a dicha sociedad, sin que conste en ningún momento la oposición de la esposa, pues es preciso buscar el necesario equilibrio entre los beneficios que para la sociedad de ganancias se derivan de su actividad y los consecuentes riesgos y responsabilidades jurídicas que la actividad origina y produce, a lo que obedece el artículo 1.365, núm. 2 del Código Civil.

CONTRATOS ENTRE CONYUGES. COMPILACION BALEAR (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1991).

En régimen de separación de bienes son válidos los actos y contratos que celebren los cónyuges entre sí a título oneroso incumbiendo la prueba de este carácter a quien sostenga tal naturaleza.

SOCIEDAD DE GANANCIALES FACULTADES DEL MARIDO. ARTICULO 1.412 ANTIGUO DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1991).

Conforme al antiguo artículo 1.412 del CC, que atribuía al marido la administración de la sociedad de gananciales, su sola firma bastaba para obligar a dicha sociedad a la devolución de un préstamo, documentado en póliza de crédito, que no consta fuera utilizado en atenciones diferentes de la misma

PRODIGALIDAD. SU FUNDAMENTO. ARTICULO 294 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1991).

El texto vigente del Código Civil regula prodigalidad como supuesto de sumisión a curatela con el fin de proteger el derecho natural a alimentos, y no derechos hereditarios como sucedía en el Derecho anterior.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de dicha Ciudad, al estimar que la Audiencia había tenido en cuenta el común sentir de la doctrina que entiende como pródigo a aquél que malgaste su caudal con ligereza, tanto por la cuantía de los dispendios como por el destino específico u objeto a que los destina, poniendo en peligro su patrimonio y los alimentos de sus deudos, afirmando que el demandado en los meses que van de agosto de 1985 a marzo de 1987 gastó diecisiete millones de pesetas y en el primer semestre de 1988 cinco millones quinientas mil, encontrándose la empresa fuente de los ingresos familiares en situación crítica tanto por los gastos y el interés del demandado hacia la otra mujer cuanto por el desinterés del mismo hacia la administración del patrimonio familiar. Y afirma el TS que "el contenido fáctico no permite a esta Sala afirmar que el importe de los gastos salga de las posibilidades económicas del que los realiza, puesto que se ignora cuál sea el volumen del patrimonio; nada se desprende sobre la existencia de parientes que perciban alimentos o se encuentren en trance de reclamárselos. Sólo se intuye el deseo de la esposa para evitar los peligros que para la sociedad de gananciales puedan provenir del "interés del demandado hacia la otra mujer", cuestión ésta que tiene adecuado tratamiento a través de las acciones protectoras de la sociedad de gananciales.

En consecuencia, no pudiendo apreciarse desproporción entre ingresos y gastos ni calificarse éstos como despilfarro o derroche, ni cual sea la importancia real del patrimonio ni el volumen razonable de gastos a tono con él, procede admitir el motivo de casación sin necesidad de comprobar si en el momento presente subsiste la legitimación de la esposa para instar la declaración o ya ha desaparecido como consecuencia de decisiones tomadas ya en los procedimientos matrimoniales".

PATERNIDAD. POSESION DE ESTADO. APRECIACION CONJUNTA DE LA PRUEBA. VALORACION DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLOGICA (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1991).

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 actor y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de este Capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Mediante la certificación de nacimiento, de la menor María Luisa A. R., se acreditó que fue inscrita en el Registro Civil de Madrid (Distrito del Congreso, Sección 1.ª, Tomo 795, Página 209), como nacida el 12 de junio de 1969, y, con los apellidos de la madre-actora R. D.”.

Posteriormente y a medio de expediente gubernativo, fueron sustituidos los apellidos de la referida menor, por los de “A. R.”, correspondiendo el primero al demandado y se lo hizo figurar como hija de “Máximo”, que es el patronímico de aquél. Dicho expediente se tramitó, unilateralmente por la madre-actora, sin que conste, interviniera el pretendido padre, en el mismo, recayendo resolución al respecto, dictada por el Ministerio de Justicia, en fecha 10 de abril de 1978.

Cuando se trata de determinar judicialmente la filiación, ante la oposición manifiesta del padre, que es la cuestión a debate, dicha inscripción registral, no constituye por sí, prueba única, plena y totalmente vinculante para justificar la posesión de estado, que es el objeto de postulación en la demanda creadora de la relación procesal. Dicha posesión no acredita fehacientemente, quienes sean los progenitores de una persona, tan sólo supone una situación fáctica que permite presumir quién puede ser el padre, y, la portación del acta de nacimiento, es una prueba más para la determinación judicial de la filiación pretendida (artículo 120-3.º del Código Civil), y, así lo entendió ciertamente el Tribunal de Apelación, al tenerla en cuenta, sólo a efectos de conjunción y relación con las demás probanzas practicadas, las que tuvo en cuenta, y valoró, para dictar resolución, en la que, estimando las pretensiones de la actora, decretó el reconocimiento de la paternidad del hoy recurrente, respecto a la menor de referencia. Es decir que, de esta manera, la sentencia atacada restableció, en cierto modo, la identidad formal y funcional de la situación que refleja el acta del Registro Civil y la posesión de estado, de la menor, como hija extramatrimonial del demandado, pues, en todo caso, la eficacia de dichas inscripciones, en su proyección probatoria, han de entenderse en su valor intrínseco, no meramente procesal y así lo dice expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 8 de junio de 1957 (Apartado II), en conformidad al artículo 2 de la misma y precepto 327 del Código Civil. Solamente reflejan una verdad de naturaleza oficial, al hacer fe de los hechos y actos inscritos, pero no crean una presunción “iuris et de iure”, inatacable y totalmente firme, es decir medio de prueba única y absoluto, toda vez que cabe su cumplimentación y ratificación con los demás instrumentos probatorios permitidos por el ordenamiento jurídico.

El recurso no puede prosperar conforme a lo expuesto, pues el proceso valorativo, tanto en la primera instancia, como en la apelación, lo fue sobre el conjunto de las pruebas acreditativas de la posesión de estado pretendida, que enumera y recoge la sentencia que se revisa, para su análisis en bloques. El Tribunal de Apelación, no basó su resolución definidora, única y exclusivamente en el acta del Registro Civil de referencia, sino más bien en el total del cuerpo

probatorio, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que impide aislar una determinada prueba del contexto unitario de las probanzas, para atacarla y deducir conclusiones distintas, a las de las del Tribunal "a quo", pretendiendo imponer así, su interesada y subjetiva opinión (Sentencias de 8 de noviembre de 1985, 2 de octubre de 1987 y 26 de mayo de 1988).

Pero, a mayores razones, conviene hacerlo constar, la utilización pública, por la menor, del apellido A. correspondiente al recurrente, no le era desconocido a éste, y, buena prueba de ello, viene a ser que autorizó con su firma los boletines de notas del colegio, aportados en número de dos, uno del curso 1976-1977 y otro el correspondiente a 1978-1979, éste de fecha muy posterior a resolución de 10 de abril de 1978, que dictó el Ministerio de Justicia; deduciéndose, consecuentemente, una conducta de aquiescencia y aquietamiento del hoy recurrente, el que nunca impugnó, en forma procedente, dicha situación registral y estado civil, conforme autoriza, el artículo 140 del Código Civil, limitándose a desconocerla a partir del año 1982.

La sentencia atacada, reconoció la paternidad extramatrimonial del demandado-recurrente, aplicando la situación de posesión de estado, que se establece en el artículo 135 del Código Civil, en relación al 108 y 120 de dicho cuerpo legal, y artículo 39-3 de la Constitución.

El citado precepto 135, enumera, a falta de las siempre difíciles pruebas directas de la generación o del parto, una serie de pruebas, de naturaleza presuntiva o indirecta viniéndose a normativizar un amplísimo espacio acreditativo, conforme al artículo 127, del Código Privado, en cuanto se refiere a toda clase de probanzas, por lo que se incluyen las biológicas y antropomórficas, con los importantes avances logrados por la ciencia de investigación médica y conforme se consagró en el artículo 39-2 de la Constitución, en relación a su precepto 24-2, que dispone el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

La realización de tal prueba de investigación de la paternidad, cuya justificación ético social, ha de buscarse en el carácter prioritario y fundamental, del interés protegido, que es el derecho de toda persona a determinar su origen biológico, con independencia de la clase de filiación, encuentra en la dinámica de su práctica, ante los Tribunales, con oposiciones y reticencias, que tratan de buscar amparo legal, en preceptos constitucionales, y así el recurrente, se acogió a los artículos 15 (derecho a la vida e integridad), 18 (derecho a la intimidad) y 20-4 (respeto a los referidos derechos), para tratar de justificar su total ausencia de cooperación procesal, en la práctica de dicha prueba. La aparente colisión de normas, efectivamente no se produce, dado que el principio de la libre investigación de la paternidad, ha de respetarse y propiciarse. Si bien nadie puede ser sometido ni obligado coactivamente, ni por ninguno otro medio, a prestarse a tal prueba —como reiteradamente ha tenido ocasión de pronunciarse ésta Sala—, por lo que no puede ser determinativa de "ficta confessio", que la sentencia recurrida en forma alguna así estimó, sino que interpretó la posición del recurrente, relacionándola con las demás probanzas y, tras analizar, con detalle y precisión, sus diversas actitudes procesales, expresadas a través de su representación, desde la inicial, de estar dispuesto a dar toda clase de facilidades, pasando por la intermedia en que amparó su negativa, en una posible ausencia de España, hasta la final, con una invocación primera de escrúpulos religiosos, para llegar a negarse a la misma, expresa y en forma rotunda y personal, a medio, de la prueba de confesión que evacuó.

Si bien, como se sostiene, no juega la "ficta confessio", ante una situación clara negativa y de rechazo pleno; evidentemente, la Sala no ha podido perma-

necer imposible y ajena y así ha encauzado tales situaciones, en la vía probatoria de los indicios, por revelar un afán obstruccionista, estableciendo la tesis de que ello, puede denotar un fraude de Ley (artículo 6-4 del Código Civil) y un ejercicio antisocial del derecho (artículo 7 núm. 2 del Código Civil), sobre todo cuando los conocimientos culturales están en el orden del día y forman ya parte del acervo cultural común y general (Sentencias de 14 de octubre de 1985, 27 de junio de 1987, 14 de julio de 1988, 5 de diciembre de 1988). Mantener, y, en cierto sentido, amparar a ultranza el derecho individualista a negarse a las pruebas biológicas, no es de pleno recibo, ni encaja en la finalidad de los procesos, de obtener materiales auténticos, para la determinación posible de las verdades sustantivas, de los supuestos controvertidos, ni se conjuga con una adecuada administración de Justicia, como tarea colectiva, a fin de lograr un mejor orden social y así ha sido la progresiva posición de la Sala, que se plasmó en las recientes Sentencias de 15 de marzo y 24 de mayo de 1989, determinando lo expuesto, la improcedencia del motivo.

FALLAMOS

Que debemos de declarar y declaramos, no haber lugar al Recurso de Casación, interpuesto y sostenido, por don MÁXIMO A.M. contra la Sentencia, de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección novena), en las actuaciones procesales de que se trata, con imposición a dicho recurrente, de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

PRESUNCION MUCIANA. IRRETROACTIVA. ARTICULOS 14 Y 24 DE LA CONSTITUCION Y 20 Y 23 DE LA COMPILACION CATALANA. LEY 13/1984, DE 20 DE MARZO (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada y apelada contra la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de dicha Capital y absuelve a la demandada, conforme a los siguientes fundamentos:

PRIMERO.—El relato de los particulares que siguen, referido a los antecedentes del caso, deviene preciso para la adecuada comprensión y decisión del presente recurso: *a)* El actor-recurrido, don Jaime S. G., mediante demanda de juicio de mayor cuantía dirigida contra su todavía cónyuge doña Francisca G. A., dedujo pretensión, con fundamento sustancial en los artículos 20 y 23, de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, aprobada por Ley 40/1960, encaminada a obtener una sentencia que declarase la nulidad de las adquisiciones que por título oneroso, según escrituras de compraventa de inmuebles, otorgadas de consuno, por marido y mujer, constante matrimonio, había realizado la mujer en concepto de *pro indiviso* y en proporción de cuotas mitades, al entender que tales contratos, encubrían, en realidad, donaciones, cuya prueba resultaba favorecida por la presunción muciana. *b)* La actora-recurrente, tras la resolución de artículos procesales previos, contesta en forma a la demanda, con

fecha 24 de mayo de 1984, esto es, promulgada ya la Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, modificativa del texto de la Compilación antes citada "básicamente para adaptarlo a los principios constitucionales"; entre otras alegaciones, invoca la inaplicabilidad de la presunción mencionada y los preceptos relacionados, así como la aplicabilidad al caso de las nuevas normas de Derecho civil catalán, solicitando la desestimación de la demanda y la consiguiente absolución. c) La sentencia impugnada, que revoca la absolutoria de primera instancia, condena a la demandada en los términos pedidos por el actor; entiende, en síntesis, la referida sentencia, previo análisis de las normas de Derecho intertemporal que juzga conducentes, que la situación litigiosa se rige por la antigua Compilación, juicio que lleva a ponderar la aplicación al caso del artículo 20, aunque no del artículo 23, opuesto a la Constitución y derogado en consecuencia; para finalizar, al estimar probado, que los ingresos del matrimonio, provenían del actor, con la estimación de sus pedimentos.

SEGUNDO.—El primero de los motivos admitidos, fundado en el ordinal 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la indebida aplicación al caso del artículo 20 de la Compilación de 1960, en cuanto relacionado con el que se dice por la sentencia inaplicado artículo 23, lo que conduce a un resultado interpretativo lesivo pues pugna con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil y artículo 24 de la vigente Constitución. Considera la recurrente que la aplicación independiente del artículo 20 sin tener en cuenta sus obligadas conexiones con el artículo 23, supone un fraccionamiento de la voluntad del legislador, que produce unos efectos más perniciosos para la mujer de los que se hubieran conseguido de respetar las exigencias de la presunción muciana que, en todo caso, como mal menor, hubieran llevado a obligar a la esposa a devolver la mitad del precio de las adquisiciones para consolidar su dominio sobre los bienes comprados y abunda en explicaciones acerca de las relaciones entre uno y otro precepto, que, cuando no son observadas, provocan interpretaciones no equitativas y crean situaciones de indefensión.

TERCERO.—La verdad es que no falta razón a la recurrente, pues la sentencia impugnada, no obstante sus referencias al origen histórico de la presunción y sus explicaciones sobre el Derecho comparado similar, desde los mismos supuestos normativos en que basa sus razonamientos, no alcanza a insertar lo que son las "presunciones mucianas" (con razón señala la doctrina, la existencia de una pluralidad) con el resto del precepto, esto es, del contenido del artículo 23, que sirve de soporte a la misma y cuyos referentes son de obligada observancia, si lo que se quiere es conectar con otro artículo el 20, que se sitúa en el mismo capítulo "De las donaciones entre cónyuges", máxime, cuando el enlace preciso, desde el punto de vista normativo que existe, entre nulidad de las referidas donaciones, en su caso, y los efectos de las adquisiciones que encubran donaciones de esta naturaleza, se halla en la interrelación de ambos artículos, de suerte que la escisión en la aplicación puede conducir a resultados no previstos. En efecto, si de una parte, se considera que la aplicación del artículo 23 ha devenido inconstitucional, lo que, desde luego ocurre, y, de otra, se funda la decisión en la subsistencia, a la fecha del negocio jurídico concernido, de la pretendida nulidad del artículo 20, se crea un híbrido supuesto de hecho normativo, cuyas consecuencias escapan a la previsión del legislador foral e introduce un cambio en la pretensión, que, aunque quizá hubiera podido denunciarse, por otra vía, dados los términos en que el problema se plantea, puede decirse que afecta al derecho de defensa como sostiene, con fundamento en el artículo 24 de la Constitución, la recurrente.

CUARTO.—Si bien la sentencia impugnada cita a los efectos de justificar la constitucionalidad del artículo 20 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960, la Sentencia de esta Sala Primera de 5 de octubre de 1987, no tiene en cuenta que el valor interpretativo de la misma, descansa sobre hechos diferentes de los ahora enjuiciados y, con un sentido finalista, cuyo alcance no coincide con el actual pues la “ratio decidendi” opera, precisamente, en favor de la admisión en ciertos supuestos de las donaciones entre cónyuges, aunque sujetas a posible revocación, con el resultado en el caso de que trataba de estimar la copropiedad como titularidad del bien y la necesidad de ejercitar la división sobre la cosa común.

QUINTO.—No cabe desconocer en relación con las alegaciones apuntadas someramente por la recurrente al exponer el motivo que se examina, que un importante elemento de reflexión acerca de la recta interpretación de las “presunciones mucianas”, viene constituido por la significación y repercusión de los efectos de éstas en atención a los supuestos que contemplan. Abstracción hecha de las circunstancias de hecho, y como medio de explicitar el razonamiento, debe ahondarse en la evolución que experimentó la presunción muciana y sus variantes desde su formulación en las fuentes del “Corpus iuris” justiniano hasta su adopción cristalizada por el Derecho catalán en la redacción que le dio la Compilación, inmediatamente anterior al vigente Derecho catalán y cuya interpretación, deviene “caballo de batalla” en este asunto: las primitivas fuentes no autorizan a establecer la distinción entre precio de los bienes y los bienes mismos adquiridos, con efectos diferenciados sobre las consecuencias del negocio jurídico afectado, pero la doctrina clásica catalana desplazó el objeto de la discusión sobre el bien amparado por la presunción, desde el bien adquirido, al precio de la adquisición; de modo, que aunque, en principio, las tareas codificadoras sobre el Derecho civil catalán se limitaran a establecer la vigencia de la presunción, pronto se manifestaron tendencias enfrentadas, unos, los que defendían el principio de la subrogación real, esto es la extensión al bien adquirido de los efectos; y, otros, que ceñían los efectos de la donación al precio de la adquisición; finalmente, la Compilación de 1960 mostraba una redacción, que acoge según expone la doctrina, ambos casos, de modo, en lo que al supuesto de autos se refiere, que si la mujer justifica la adquisición de los bienes —lo que en el caso presente y en atención a los documentos y escrituras existentes, no plantea dudas— lo que se presume donado por el marido es el precio y no los bienes adquiridos. Esta tesis ha sido sostenida por autores de reconocida autoridad en Derecho foral y explicitada en algunas decisiones judiciales. En efecto, la exclusión del mecanismo de la subrogación real, aplicado a las consecuencias de hacer valer la presunción derivada del controvertido texto de Pomponio, inserto en el “Corpus”, se funda, justificado el título de adquisición, en la imposibilidad de comunicación de los efectos jurídicos al patrimonio de la mujer, en virtud del régimen de separación de bienes, más allá de lo que alcancen a la estricta donación del precio que quedaría sujeto a restitución.

SEXTO.—De la exposición se deduce la razón que asiste a la recurrente, al destacar la contradicción que entraña la declaración de inaplicabilidad al caso de las reglas sobre las presunciones mucianas, criterio, en principio razonable, que, sin duda se apoya en la eliminación de las discriminaciones que proscribió el artículo 14 de la Constitución y el resultado que se produce por aplicación aislada del artículo 20, aplicación que resulta indebida, por cuanto soslaya, aunque otra cosa se diga, como tendremos ocasión de indicar, las exigencias que dimanen de la restitución de la cara probatoria al actor y de la dispensa, operada en favor de

la actora, en plenitud de coherencia por abolición de la inversión del “onus probandi” en los extremos necesarios, y amplía, además, los efectos jurídicos materiales de la declaración, sin distinguir lo que es la norma procesal que establece la presunción y la norma jurídico material que establece los efectos de la situación derivada, junto con las consecuencias del cambio de pretensión, sutilmente acontecido, como resultado del cambio legislativo, que transforman la que resta en insustentable, y producen, por haber sido estimada, la indefensión que acusa la recurrente. Por ello, procede acoger el motivo esgrimido. El examen del segundo motivo carece de virtualidad en atención a lo dicho.

SEPTIMO.—La estimación del recurso obliga de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1715 a que la presente sentencia resuelva conforme a Derecho, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según ordena el párrafo 3.º del citado precepto, a cuyos fines es menester considerar si el relato de hechos, que estima la sentencia impugnada como probados, en función de las exigencias del “onus probandi”, y de las objetivas derivadas de los hechos —tipos a probar, si se quieren anudar las consecuencias jurídicas establecidas, alcanzan la plenitud necesaria ya que central el núcleo probatorio en la procedencia marital de los ingresos familiares de donde se sigue sin más la procedencia del precio para las adquisiciones y aunque se afirme nominalmente la irrelevancia de la presunción y se apunte la dificultad de probar las simulaciones, queda huérfana de cobertura probatoria, la zona relativa al posible patrimonio o peculio de la excónyuge que reclamaba un tratamiento más concreto, aún por indicios, que la mera referencia a la posibilidad admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de desvirtuar la veracidad intrínseca de las declaraciones hechas ante Notario, por otros medios de prueba, dado que en varias de las escrituras públicas se consigna expresamente el carácter parafernale de la procedencia de la mitad del precio, con aceptación del marido, lo que determina una mayor onerosidad del deber probatorio de este, al valorar también, en la duda, la presunción que ampara su naturaleza en favor de la mujer presunción de parafernality, mantenida asimismo por la nueva Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo. Estas razones demuestran la insuficiencia de la prueba practicada y las carencias de su valoración para verificar adecuadamente la correcta operación de subsunción entre elementos normativos del supuesto y datos fácticos probados componentes del hecho-tipo, lo que por sí mismo conduciría a la desestimación de la demanda.

OCTAVO.—No obstante, ni siquiera la suposición de que se tratara de donaciones podría de acuerdo con las reglas de Derecho intertemporal que rigen la materia llevar a otro resultado. En efecto, la Ley 13/1984, vigente pendiente la tramitación de este asunto y antes de dictarse la sentencia de primera instancia, rompe en su artículo 20 con el tradicional principio de prohibición de las donaciones entre cónyuges y suprime la regla general del sistema anterior, aunque sin llegar a una asimilación completa con las donaciones entre extraños, en línea con el deseo de poner al día el Derecho de familia, al lado de los países europeos, y con la inspiración doctrinal que entiende que la citada prohibición pertenece a una concepción periclitada del matrimonio y, en consecuencia, que debe permitirse la permeabilidad entre los patrimonios de los cónyuges; la incidencia de tal norma sobre el caso controvertido, conduce a ponderar, cual es el Derecho vigente aplicable al caso, de conformidad con la remisión que la Compilación reformada realiza a las normas de Derecho transitorio del Código Civil (RDL 1/1984, de 19 de julio, disposición transitoria séptima: “las demás cuestiones de carácter intertemporal que surjan por razón de las variaciones que la entrada en

vigor de la Ley estatal 40/1960, de 21 de julio, y de la Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, puede implicar para el régimen jurídico civil vigente en Cataluña se resolverán aplicando el criterio que informe las disposiciones del Código Civil”), en concreto, a la recogida con el núm. 3 de las “disposiciones transitorias”.

NOVENO.—El análisis de la mencionada disposición transitoria que en conjunto es trasunto del principio del Derecho de gentes, con obligada acogida en Derecho Penal, pero al que no son ajenos otras manifestaciones del Derecho, en su vertiente sancionadora en sentido amplio, que considera siempre aplicable la ley sancionadora más benigna cuando el evento oscile, entre dos leyes, una que sustituye a la otra, lleva, en primer término, a valorar si, efectivamente, la nulidad de las donaciones entre cónyuges se producen a causa de una penalidad civil; y así es, en efecto, pues el negocio jurídico aunque reúne todos los elementos intrínsecos y formales necesarios para su validez, deviene nulo, no por carencia de sus elementos esenciales, sino a causa de la vulneración de una prohibición establecida “ex iure civile”, obediente a razones foráneas al negocio mismo; de aquí, que el Código disponga que si estas transgresiones están penadas, por la legislación anterior se aplique la disposición más benigna, y ello, determina que desaparecida la prohibición, no puedan sancionarse con la declaración de nulidad estas donaciones.

F. C. L.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

HERENCIA YACENTE. LEGITIMACION PASIVA (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1991).

Admite la legitimación pasiva de la herencia yacente en demanda por reclamación de préstamo simple.

MEJORA CONDICIONAL O CARGA (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1991).

Ordenada en testamento la mejora a favor de un hijo con la obligación, a cuyo cumplimiento queda subordinada, de que éste mientras vivan sus padres, habrá de habitar en la casa y compañía de los mismos, comiendo con ellos a igual mesa y mantel, cuidándoles y atendiéndoles en todas sus necesidades, tanto en salud como en caso de enfermedad, sin que conste que la marcha de la casa de la madre haya sido debida al desamparo en que la tuviese su hijo, el Tribunal Supremo entiende cumplida la obligación, pues la carga de la prueba corresponde en este caso a quien aduce su incumplimiento.

MODO TESTAMENTARIO (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1991).

Declara que el modo testamentario ha de ser cumplido conforme a la voluntad del testador.

LEGADO (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1991).

Dispuestos unos legados para quienes tuviesen la calidad de "servidores particulares" del testador e interpretada esta expresión como sinónima de prestación de servidores mediante contraprestación, no corresponde tal condición a quien no acredite haber prestado tales servicios remunerados.

TESTAMENTO NOTARIAL ABIERTO. NULIDAD. TESTIGOS. CONOCIMIENTO DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1991)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes y con el voto particular en contra de dos de los cinco Magistrados que componían la Sala, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que revocó la del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de esta capital, absolviendo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda.

Los fundamentos de Derecho que dieron lugar a la sentencia mayoritaria del Tribunal Supremo, de los que resultan claramente los hechos, son los siguientes:

Primero.—La cuestión litigiosa, sometida hoy a examen casacional, se centró, esencialmente, en la nulidad o validez del testamento abierto otorgado por don J. L. E. el 27 de enero de 1967 ante el entonces Notario de Madrid don ... El Juzgado de Primera Instancia acogió la primera de dichas tesis, mantenida por los actores, y congruentemente dio validez al otorgado ante el propio Notario en 15 de diciembre de 1965. La Audiencia, por el contrario, revocó la sentencia del Juzgado y declaró válido el testamento impugnado, último de los otorgados por el testador. Contra esta resolución, de 29 de noviembre de 1988, recurren los demandantes.

Segundo.—Sienta la Audiencia que ninguno de los tres testigos instrumentales conocía antes del otorgamiento al testador, pues fueron llamados por el Notario en tal momento y así lo manifestaron en las cartas que dirigieron a los actores, ratificándolo después a la presencia judicial y siendo esta intervención en los testamentos habitual, según constaba al folio 709 (en el año 1967, don Aurelio Martínez Ruiz figuró como testigo en 142 testamentos, don Cesáreo Cámara Casas en 72 y don Eutimio Pérez Colinas en 84; en 1968, el primero en 182, el segundo en 69 y el tercero en 2), pues eran, respectivamente, porteros del inmueble y del colindante y encargado del garaje sito en este, lo que facilitaba que los avisasen. No obstante la redacción de los artículos 685, 686 y 687 del Código Civil, partiendo de que la "ratio esendi" del conocimiento por los testigos es asegurar la identidad del testador y citando el artículo 23 de la Ley del Notariado, 184 y 185 de su Reglamento de 1944, llega a la conclusión de que "si el Notario

puede identificar y conocer a los otorgantes en el momento mismo de realización del acto o contrato por medio de documentos, no hay razón para que no lo puedan hacer los testigos instrumentales, bastando con ese conocimiento adquirido al ser llamados", aparte de que "los tres testigos instrumentales tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total y absoluta a la persona cuya última voluntad se recogía en aquel momento, sin que la ley exija un conocimiento anterior y pleno, de su vida y circunstancias", por todo lo cual y como "el suplico de la demanda lo que pide es no sólo la nulidad del testamento de 27 de enero de 1967, sino también que se declare la validez del otorgado 13 meses antes, el 15 de diciembre de 1965, precisamente ante el mismo notario, y con exhibición del mismo Documento Nacional de Identidad", sin que se pusiera en duda la identidad del testador, que es lo que persigue el requisito de los testigos, que considera desfasado, aplicando el artículo 3.1 del Código Civil y considerando más segura la identificación documental que la testifical, especialmente en las grandes ciudades, concede plena validez y eficacia al testamento impugnado.

Tercero.—De los cuatro motivos del recurso, el primero se incardina en el núm 4 del artículo 1692 de la LEC y los restantes en su número 5.º; aquél denuncia error en la aseveración de que los testigos instrumentales tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total al testador y afirma que no consta si los emplearon, ni cuáles fueron, apoyándose en las cartas dirigidas por don E. P. C., don A. M. R. y don C. C. C. a los impugnantes, comunicándoles que "con referencia al testamento otorgado por su difunto padre don J. L. E. en 27 de enero de 1967, ante Notario que fue de esta capital don M. G. E. no conocían al señor L. E. y que si intervinieron fue a ruego del Notario don M. G. E. que conocía al testador", cartas reconocidas en período probatorio; los restantes acusan infracción, respectivamente, del artículo 23 de la Ley del Notariado, aplicada indebidamente, al regir para la materia lo dispuesto en los artículos 685 y 686 del Código Civil, que se interpretaron erróneamente, por ser los requisitos que recogen *ad solemnitatem*, y no aplicación del artículo 687, sancionador de la nulidad de los testamentos cuando no cumplan las formalidades establecidas para los mismos. El primer motivo tiene que fracasar, al basarse en declaraciones testificales que, aunque recogidas en unas cartas, no cobran valor hasta que se contesta a las preguntas formuladas dentro del proceso, y entonces se valoran por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica (art. 659 de la LEC), que es lo que ocurre también cuando las manifestaciones anteriores al proceso se recogen en acta notarial, que tampoco sirven como documentos de apoyo a efectos del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley Procesal, según tiene declarado esta Sala. No obstante, la casación ha de ser acogida, porque al establecer el artículo 685 del Código Civil que "el Notario y dos de los testigos que autorizen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocen, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales", se está exigiendo una forma concreta y determinada para la exteriorización de la voluntad, y si no se cumple con el medio señalado el testamento será ineficaz, nulo, cual sanciona el artículo 687 del propio texto legal; la forma es así requisito *ad solemnitatem* y *no ad probationem*, afecta a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, según el tan conocido principio *dat esse rei*, y ni aún acreditándose más tarde que tal era la auténtica voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la Ley forman unidad indisoluble, de imposible disociación. Ciertamente que la jurisprudencia ha ido

eliminando el rigorismo que ni racional, ni lógicamente, cabe admitir, cual el que no sirvan como testigos de conocimiento los instrumentales, según señalaron las Sentencias de 27 de mayo de 1914 y 12 de junio de 1926, extremo ratificado por la Ley de 1 de abril de 1939 (art. 2.º, “en los testamentos intervendrán los testigos exigidos por la legislación vigente pudiendo los instrumentales ser a la vez testigo de conocimiento. No será necesario que los testigos tengan vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento cuando aseguren que conocen al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos”), pero ni el artículo 23 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, redactado conforme a Ley de 18 de diciembre de 1946, ni los artículos 184 y 185 de su Reglamento de 1944, permiten desconocer que, según el artículo 29 de aquélla, “lo dispuesto en los artículos que preceden relativamente a la forma de los instrumentos y al número y calidad de los testigos y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales regirá la Ley o Leyes especiales del caso”, y conforme al artículo 143 de éste (Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944), que inicia su Título IV (en el que están contenidos dichos arts. 184 y 185), “a los efectos del art. 1.217 del Código Civil, los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente título” pero, “los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos”. Y tampoco cabe ampliar las declaraciones de una sentencia a supuestos de hecho no comprendidos en la misma, cual realiza la Sala de instancia, pues la Sentencia de 12 de junio de 1926 que cita se refiere a un caso en el que el Notario afirma que los testigos instrumentales, vecinos de esta corte —dice—, aseguran conocerse entre sí y responden de que también conocen al testador y que es el mismo de los nombres y apellidos, concurriendo las demás condiciones para la validez, y en la de 27 de mayo de 1914, que toma como antecedente y a la que ya hemos aludido, los testigos instrumentales eran conocidos del Notario y conocían previamente a la causante; pero en el litigio que nos ocupa, la propia Sala de instancia sienta como hechos probados que los testigos fueron llamados por el Notario sin que antes conocieran al testador, aunque luego afirme que tuvieron medios a su alcance para identificarlo previamente, supuesto que no se ajusta a ninguno de los tres contemplados en los artículos 685 y 686, que no pueden entremezclarse, lo que obliga a concluir que se dan cuantas infracciones jurídicas se denuncian y que si bien no existe error de hecho (basado sólo en declaraciones testificales) porque la sentencia impugnada recogió los datos que cita el primer motivo, si erró al subsumirlos en la norma y obtener consecuencias contrarias a ella, aparte de que tener al alcance medios de identificación no quiere decir que se empleen para establecerla, con lo que tampoco se habría cumplido el tercero de los modos contemplados en el artículo 686, resultando improcedente la referencia al artículo 3.1 del Código Civil, ya que la conclusión a que llega la Sala no se desprende ni del sentido de las palabras que emplea la norma, ni de su contexto, ni de los antecedentes históricos y legislativos, debiendo tenerse en cuenta, cual tiene advertido esta Sala, que el elemento sociológico exige prudencia y no dar trascendencia a estados o tendencias no fijados. Concluyendo: Es nulo el testamento de 1967; cual afirma el Juez, no tiene fuerza para revocar el anterior de 15 de diciembre de 1965, no impugnado; cae por su base la reconvención, al estar fundada en el uso indebido de la acción de nulidad; y la norma no puede derogarse por vía de interpretación.

De los cinco Magistrados que componían la Sala, dos formularon voto particular en los siguientes términos:

Muestran conformidad con el encabezamiento y fundamentos de hecho de la sentencia con la que se formula discrepancia, pero discrepan en cuanto a sus fundamentos de derecho, expresando los que suscriben como base de dicha discrepancia los siguientes fundamentos de derecho y fallo:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Con relación al primero de los motivos en que los recurrentes don A., don I. don E. y doña M. S. al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamentan el recurso de casación de que se trata, por pretendido error en la apreciación de la prueba efectuada por la Sala sentenciadora de instancia, basado en cartas de fecha once de febrero de mil novecientos setenta y seis, por las que don E. P. C., don A. M. R. y con don C. C. C. comunicaron a dichos recurrentes con referencia al testamento abierto, objeto de controversia, otorgado por don J. L. E. en veintisiete de enero de mil novecientos sesenta y siete ante el Notario que fue de Madrid don M. G. E., en la que habían intervenido como testigos, “que no conocían al señor L. y que si intervinieron fue a ruego del Notario don M. G. E., que conocía al testador”, su inconsciencia y consiguiente desestimación surge de tener en cuenta que las referidas cartas, por su índole, naturaleza y contenido tienen el mero aspecto de manifestaciones de alcance testifical, y por tanto no pueden merecer el concepto de documentos a los efectos prevenidos en el invocado número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no venir provistos, ni por tanto merecer, el carácter de literosuficiencia, o veracidad “per se”, preciso al respecto, y ser simplemente revelaciones con alcance meramente testifical, incluso producidas después del transcurso de nueve años del otorgamiento del mencionado testamento, de precisa constatación ante el órgano judicial, con las exigencias, requisitos y formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico procesal para tal medio de prueba.

SEGUNDO.—A efectos de decidir en orden a los motivos segundo, tercero y cuarto, formulados los tres al amparo del número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y respectivamente fundamentados en infracción del artículo 23 de la Ley del Notariado, interpretación errónea del artículo 685 del Código Civil y violación del artículo 687 del mismo cuerpo legal sustantivo, es de tener en cuenta, de una parte, que en la sentencia recurrida, concretamente en su fundamento de derecho quinto, se establece y reconoce que los relacionados testigos intervinientes en el referido testamento “tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total a la parte cuya última voluntad se recogía en aquel momento”, así como que en la misma sentencia, con el mismo aspecto vinculante en casación, se admite que al tiempo del otorgamiento del tan aludido testamento, el testador presentó su Documento Nacional de Identidad; y de otra parte, que la realidad de que don J. L. E., interviniente como testador en dicho testamento, fue la exacta persona que lo otorgó, y en consecuencia expresó en él su voluntad testamentaria, en manera alguna lo niega la sentencia recurrida, ni tan siquiera lo ponen en duda los demandantes, ahora recurrentes.

TERCERO.—Los aspectos fácticos expuestos en los precedentes fundamentos de derecho, y principalmente la singular circunstancia de que los mencionados

testigos intervinientes en el expresado testamento abierto hagan manifestación de no conocer al testador, después del transcurso de nueve años de haberse otorgado dicho testamento, hacen inconsciente, con base en sus solas manifestaciones, desdiciéndose de lo constatado notarialmente, la apreciación de falta de conocimiento del precitado testador por parte de aquellos testigos, puesto que habiendo afirmado conocerlo cuando el testamento fue otorgado, con la consiguiente secuencia del acto propio que implica, esa afirmación desdiciéndose no es por sí solo suficiente y eficiente, y más cuando al ser producida después de tan amplio periodo de tiempo como es el de nueve años, para alterar, con esa exclusiva tan ampliamente tardía manifestación posterior, lo que fue reconocido y constatado ante la fe notarial, dado el rigor que en todo momento es de exigir para que sea alterada, con la grave consecuencia, bajo un aspecto, de hacer ilusoria la real voluntad del testador, y bajo otro aspecto privar de sus normales efectos a un acto trascendente como es un testamento, reflejador de la voluntad testamentaria de quien realmente la manifestó, y cuya privación de normales efectos indudablemente debe venir basada en aspectos objetivos y plenamente ciertos, y no en meras rectificaciones subjetivas, con dudosa credibilidad, de lo que en su día fue solemnemente constatado en el acto de su otorgamiento, pues, aparte de suponer una evidente contradicción con actos propios personalmente manifestados, lo contrario, o sea el dejar sin eficacia a un testamento, contrariando lo en él expresado y notarialmente constatado, con simplemente desdecirse posteriormente de ello, y más después del transcurso de nueve años, sin otra base que negar lo anteriormente afirmado, cual sucede en el presente caso, llevaría al caos jurídico, y singularmente al de la actividad notarial, cuya garantía y trascendencia, precisamente por su carácter, requiere que para la declaración de ineficacia de los actos que de dicha actividad notarial emanen de la existencia de aspecto plena y objetivamente real, y no de significación dudosa, que como de tal índole viene falto de credibilidad, cual es, una vez más sea dicho, la expresión meramente subjetiva de quienes habiendo afirmado conocimiento, ante la fe notarial, posteriormente lo niega, incluso después de haber transcurrido nueve años.

CUARTO.—En consecuencia, al producirse, en virtud de lo expuesto en los precedentes fundamentos de derecho, la no acogida de los motivos en que los recurrentes fundamentan el recurso de casación de que se trata, procede declarar no haber lugar al recurso, con imposición a dichos recurrentes de las costas en él causadas, y sin pronunciamiento sobre depósito al no haber sido constituido por no ser preceptivo al ser disconformes las sentencias de primera y segunda instancia; y todo ello a tenor de lo normado en el párrafo segundo del número 4.º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don A., don J., don I., don E. y doña M. de la S. L. A., contra la sentencia dictada, con fecha veintuno de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, por la entonces Sala Segunda de lo Civil de la también entonces Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que se trata, con imposición a dichos recurrentes de las costas causadas en el mencionado recurso.

Es el voto particular que formulan los Magistrados que suscriben, respetando en todo momento el criterio mayoritario de la Sala que dictó la expresada sentencia con relación a la cual formulan disenso.

Y, a continuación, el siguiente breve:

COMENTARIO.—Habiendo sido objeto de comentario en esta misma Revista la Sentencia de 27 de junio de 1977 (número 524, enero-febrero 1978, pp. 113-126), sobre supuesto análogo al de la presente, este comentario será por ello breve. Resulta ciertamente extraño el excesivo rigor formalista mostrado por tres de los Magistrados que componen la Sala, sobre todo cuando desde hace años ya no se exigen testigos en los testamentos notariales en Aragón, salvo que expresamente lo requieran al testador o Notario autorizante (art. 90 Compilación) y desde hace tiempo existe el proyecto modificando igualmente el Código Civil en este punto. La sentencia mayoritaria confunde conocimiento con identificación, pues el llamado “conocimiento” por dos (y no por todos) de los testigos instrumentales va dirigido a la identificación del testador. Es un conocimiento impropio, que no exige, como bien advierte la sentencia discrepante de los otros dos Magistrados, en congruencia con lo manifestado por la de la Audiencia, que “los relacionados testigos tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total a la parte cuya última voluntad se recogía en aquel momento”. Y esta interpretación, consistente en que se trata de que los testigos se aseguren de la identidad del testador, se corrobora por el artículo 686 al expresar: “Si no pudiese *identificarse* la persona del testador en la forma prevenida en el artículo precedente ...” Luego está claro que se trata de un conocimiento exigido en orden a la identificación del testador, sin que sea preciso un trato continuado desde algún tiempo atrás entre testador y testigos.

Semejante entendimiento se refuerza porque el Proyecto de 1851 no empleaba el término “conocer”, sino que su artículo 565 sólo exigía la domiciliación y que los testigos vean y entiendan al testador, debiendo firmar al menos uno de ellos.

Por otra parte, la sentencia mayoritaria concede más valor a la manifestación “a posteriori” hecha en documento privado transcurridos nueve años que a la efectuada por las mismas personas a presencia notarial. En la fórmula corrientemente utilizada por los Notarios son precisamente los testigos quienes declaran que conocen, ven, oyen y entienden al testador, al que estiman también con capacidad para testar. Entonces, ¿qué valor hay que atribuir a esa declaración hecha a presencia notarial? Este es otro de los extremos en que advierte la sentencia minoritaria: supone una evidente contradicción con actos propios personalmente manifestados ... viene faltar de credibilidad la expresión meramente subjetiva de quienes habiendo afirmado conocimiento, ante la fe notarial, posteriormente lo niega, incluso después de haber transcurrido nueve años.

Se me ocurre preguntar: ¿Quiénes fueron los testigos del primer testamento otorgado en 1965 ante el mismo Notario autorizante del que la sentencia declara nulo? Porque si todos o alguno fueron los mismos que los del segundo, sería ciertamente irritante y paradójico mantener la validez de ese primer testamento.

Esta sentencia nos pone sobre aviso de los inconvenientes a que puede llegar una interpretación rigidamente formalista y literal de la ley, desviada de su verdadero espíritu y finalidad. Por ello, es importante que el legislador se percate de tales inconvenientes y apresure aquellas reformas legislativas que, como ésta, son necesarias.

*TRANSEXUAL CAMBIO DE SEXO. ARTICULOS 32, 1, DE LA CONSTITUCION Y
1.6 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1991)*

El Tribunal Supremo, en sentencia de que la ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apeladora contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ibiza, aceptando esta última íntegramente, el más Alto Tribunal, según los siguientes fundamentos:

PRIMERO.—En la demanda que inició la litis de que dimanara este recurso de casación, dirigida como demandado contra el Ministerio Fiscal, se suplica se dicte sentencia en la cual se declare el cambio de sexo de don P. R. E. y que a partir de su firmeza tenga la consideración de mujer y que se declare que el nuevo nombre de la demandante es doña V. R. E., ordenando la inscripción de dicha resolución judicial en el Registro civil correspondiente. La sentencia ahora recurrida, revocó la sentencia de primera instancia que había estimado la demanda y no da lugar a ninguna de las pretensiones postuladas en dicha demanda. Son hechos acreditados de los que parten ambas sentencias de instancia (la impugnada en casación aceptó el fundamento de derecho primero de la apelada) sintéticamente los siguientes: El demandante, nacido el 2 de febrero de 1952, desde su infancia, adolescencia y madurez ha asumido el comportamiento social, personal y emotivo correspondiente a una mujer, siendo su sexo el de varón. *b)* Iniciada la década de los ochenta se sometió a una operación quirúrgica de vaginoplastia. *c)* De la prueba practicada deduce la Sala "a quo" que el demandante en su trato social y familiar ha sido tratado como mujer, y que es aceptada como una amiga, y su propia madre manifestó haber tratado siempre a la demandante como una hija y que desde que nació solamente ha querido jugar con las niñas y nunca vio a los niños. *d)* Ya a partir de sus dieciocho años ha convivido sucesivamente con dos hombres llamados V. C. y A. D., con los que tuvo relaciones sexuales; con A. D. convivió desde 1982 a 1984, y tras una interrupción de la convivencia en este período en que no había conocido el sexo de P. R. E., se relacionó nuevamente con aquél a partir de 1985 y hasta la actualidad, toda vez que había operado de su sexo genético. *e)* Se acreditó en autos la operación quirúrgica aludida a través de informe del doctor T. J., que certifica desde un punto de vista ginecológico la distribución ginecoide en la parte actora del vello pubiano, la existencia de unos labios mayores cuya separación revela introito vaginal con neovagina de fondo ciego de unos seis centímetros, también existe una glándula mamaria y unas características femeninas de pezones con aureola mamaria. Otro informe forense se manifiesta en sentido análogo, añadiendo la implantación de pezones protésicos para adaptar su cuerpo al sexo psicológico sentido y rechazando el sexo genético inicial.

SEGUNDO.—El recurso de casación, aceptando esa exposición fáctica, se apoya en dos únicos motivos, el primero de ellos por "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". En su breve desarrollo se basa el recurrente en la prueba pericial, la que confirma, en su criterio de forma plena, que la parte demandante es una mujer. Mas desde el punto de vista estricto del recurso de casación, que es lo único que se puede ahora considerar, los documentos que cita han sido ya examinados por la Sala de instancia, sin dejar de estar contradichos por la única prueba solicitada por el Ministerio Fiscal

que revela composición cromosómica del recurrente, ajustada al sexo genético varón, con fórmula cromosómica "46 XY", que es la correspondiente a un "varón normal". Por consiguiente, este motivo primero que, aunque no se cita expresamente, aparece formulado a través del núm. 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser desestimado por dichas consideraciones: En primer lugar, porque se trata de documentos ya tenidos en cuenta por la sentencia recurrida, y en segundo lugar, los documentos periciales que le sirven de apoyo se hallan contradichos por otras pruebas que revelan que el recurrente posee el sexo genético o físico de varón. Todo ello sin dejar de observar que, según muy reiterada doctrina de esta Sala, los dictámenes periciales no tienen el carácter de "documentos" a los efectos del artículo 1.692, núm. 4.º, de la Ley procesal civil.

TERCERO.—El segundo y último motivo de casación, que tampoco expresa el número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se basa, alega "infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, que fuere aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Es decir, que implícitamente se apoya en el núm. 5.º del citado artículo 1.692. El motivo se insta distinguiendo, por un lado, infracción del ordenamiento jurídico, y, por otro, infracción de jurisprudencia. En cuanto al primer punto señala que el precepto del ordenamiento jurídico infringido es el artículo 10.1 de la Constitución, principalmente en cuanto dice que es fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, "el libre desarrollo de la personalidad". El recurrente basa su motivo segundo, en este ámbito, en la prevalencia que tanto la medicina como la jurisprudencia española confieren al sexo psicológico sobre el cromosómico. Esta preferencia, en efecto, se ha mostrado ya reiteradamente a través de las Sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988 y 3 de marzo de 1989, en casos de notoria analogía con el ahora debatido; criterio jurisprudencial que, en defecto de norma positiva directamente aplicable, sirve, conforme al artículo 1.6 del Código Civil, para complementar el ordenamiento jurídico, y es de aplicación, por consiguiente, a este supuesto. En consonancia con tal criterio, que no puede ser eludido, ha de tenerse en cuenta. a) Que el transexual recurrente puede aceptarse por vía de reglas de experiencia y de hechos probados, y se caracteriza por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital. b) Por lo tanto, la resolución que ha de adoptarse ha de producir efectos jurídicos, pues el punto de vista puramente biológico no puede aceptarse en tanto en cuanto respecto del mismo no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos. c) Y en esta dirección puede decirse que en el ambiente en que se mueve el recurrente (tanto social como familiar o personal) es evidente que ha habido un cambio social de sexo, como se deduce de los hechos probados. d) Tal fenómeno incluso ha trascendido, hasta ahora tímidamente, en el derecho positivo a través de la reforma del Código Penal por Ley orgánica 3/1983, de 25 de junio, en su artículo 428, al excluir del delito de lesiones las operaciones tendentes a la alteración somática del sexo. e) Todo ello no obsta a que, conforme a la naturaleza de las cosas, la supresión o extirpación de los caracteres primarios y secundarios característicos del varón conviertan a este en persona de sexo femenino; pero en vías del desarrollo de la personalidad que sanciona el artículo 10.1 de la Constitución ha de permitir al menos ejercitar su derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra; mas sin que tal modificación en el Registro civil suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para determinar actos o negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual, toda vez que cada

uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto. *f)* En estos casos no serían aplicables las normas sobre error en la inscripción registral; pero esta no se correspondería con la realidad, siendo entonces necesario complementar por la jurisprudencia el artículo 92 de la Ley del Registro Civil, teniendo en cuenta los demás preceptos de la misma y de su Reglamento referentes a la inscripción del sexo y sus posibles modificaciones y rectificaciones para, por vía analógica, atenerse a los artículos 1 apartados 6 y 7, del Código Civil, ya que, aunque de manera un tanto aparente, el transexual operado es morfológicamente una hembra, por su carácter y comportamiento social e individual. *g)* En definitiva, el artículo 10.1 de la Constitución, al establecer como derecho fundamental el del “libre desarrollo de la personalidad”, implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no suponga acto delictivo o acto ilícito civil, como no lo es ni por la despenalización de ciertas mutilaciones, según el citado artículo 427 del Código Penal, ni entrando en la esfera del artículo 1.902 del Código Civil. *h)* Sin embargo, como ya se apuntó, el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite de no poder, al no ser ello posible, contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73 núm. 4, del Código Civil y 32.1 de la Constitución. Pero la actual inscripción como varón contribuye a los efectos pretendidos en la demanda a no impedir el libre desarrollo de la personalidad del recurrente según las tendencias de su sexo psíquico, que es de mujer, por lo que la resolución en que así no se concrete violaría el artículo 10 de la Constitución. Por consiguiente, el segundo de los motivos ha de ser estimado y acceder a los pedimentos de la demanda ordenando la inscripción de esta sentencia en el Registro civil correspondiente, tal como se acordó en la sentencia de primer grado jurisdiccional dictada por el Juez de primera instancia, debiendo en consecuencia ser anulada la recurrida en casación.

F. C. L.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ *El contrato de "factoring"*, editorial TECNOS, Madrid, 1990, 263 páginas. Prólogo por el profesor EDUARDO GALÁN CORONA.

I. El contrato de *factoring* es una institución compleja cuyo tratamiento doctrinal no había sido abordado con seriedad por la doctrina española —salvando la pionera monografía de J. ROCA GUILLAMÓN (1)— hasta tiempos muy recientes. En efecto, hasta la publicación de los artículos del profesor J. M. DE EIZAGUIRRE (2) y del propio J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (3), el conocimiento del contrato de *factoring* debía ser obtenido, primordialmente, mediante la consulta de la doctrina extranjera, la cual, como es lógico, no se detiene en el estudio de la imbricación de tal figura en el sistema jurídico-privado español. Por ello, el libro que comentamos supone un importante acontecimiento pues constituye un tratamiento profundo y riguroso de una institución foránea según los moldes del Derecho español. Ello es suficiente, por sí solo para evidenciar la utilidad teórica y práctica de la monografía.

La metodología aplicada consigue, por un lado, mostrar al estudioso una visión meditada de la problemática jurídica y económica general que plantea o puede plantear el *factoring* y, por otro, se dirige a la defensa de una tesis particular del *factoring* como cesión global de créditos futuros y al encaje de la misma en nuestro sistema de Derecho privado.

II. Basándose en un interesante estudio previo sobre los presupuestos económicos del *factoring*, el profesor GARCÍA-CRUCES enmarca dicha institución entre los contratos de *financiación* (4) (no obstante, *vid.* las precisiones respecto de tal clasificación en págs. 150-151) como instrumento idóneo para conferir a pequeñas y medianas empresas una vía de escape a los inconvenientes inherentes al insustituible crédito mercantil. De este modo, el *factoring* es calificado "como una técnica adecuada en situaciones empresariales cuya estructura no puede —o le resulta demasiado oneroso— asumir los costes y la reducción de liquidez derivadas de una política comercial de concesión de crédito, como es el caso de la pequeña o mediana empresa" (pág. 20 y consideraciones ulteriores en págs. 77-81). Se nos muestra el *factoring*, desde dicha perspectiva, como un contrato en el que se funden, bajo los principios de exclusividad y globalidad "circunscrita"

(1) *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, Madrid, 1977.

(2) "Factoring", *R.D.M.*, 1988, págs. 35 y ss., estudio que también puede consultarse en A. ALONSO UREBA/R. BONARDELL LENZANO/R. GARCÍA VILLAVARDE (coordinación): *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, págs. 567 y ss. y al que corresponden las citas de estas páginas. El mismo autor vuelve a tratar el tema en "Aspectos jurídicos del factoring", *R.D.B.B.*, 1990, págs. 835 y ss.

(3) "El contrato de factoring como cesión global de créditos futuros", *A.D.C.*, 1989, págs. 377 y ss.

(4) *Vid.* EIZAGUIRRE, J. M.: *Factoring*, cit., págs. 578-580.

o relativa (págs. 54-55), *servicios de gestión de créditos* (pág. 49), reportando al cliente, a un tiempo, *seguridad* mediante la asunción del riesgo de insolvencia de los deudores (pág. 50) y *financiación*, fundamentalmente mediante el anticipo del importe de los créditos cedidos (págs. 51-54) (5). Ello lleva al autor a proponer el siguiente concepto del *factoring*. "aquella operación por la cual un empresario transmite en exclusiva los créditos que frente a terceros tiene como consecuencia de su actividad mercantil a un Factor, el cual se encarga de la gestión y contabilización de tales créditos, pudiendo asumir el riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos cedidos, así como la movilización de tales créditos mediante el anticipo de los mismos en favor de su cliente; servicios desarrollados a cambio de una prestación económica que el cliente ha de pagar (comisión, intereses) en favor de su Factor" (pág. 48).

El estudio del origen y desarrollo del *factoring* no deja de presentar aspectos curiosos. El autor lo enfoca desde el prisma del Derecho extranjero para seguidamente, intentar concretar figuras equivalentes en el Derecho histórico español. A través de un considerable manejo de fuentes anglosajonas, nos descubre el origen del *factoring*, allá por el siglo XVIII, como técnica empleada en el comercio colonial inglés que nos recuerda —desde luego que vagamente— el nacimiento de la letra de cambio en tiempos anteriores, también ligada al comercio internacional. Así, los primeros "Factores" fueron, en realidad, representantes de los exportadores ingleses en las colonias cuya misión era procurar la distribución de las mercancías recibidas en ellas. Desde ahí, tales "Factores" se constituyeron en una especie de asesores cualificados del exportador y, al tiempo, garantes de las operaciones en que intervenían llegando, incluso, a anticipar sus importes. Se pasó así de los simples *Trade Factor* a los *Finance Factor*, los cuales verán potenciada por el Derecho positivo (*New York Factor's Act* de 1911) su función de financiadores, en detrimento de su antes preponderante función inicial de distribuidores y, por tanto, surgiendo la institución tal y como hoy es conocida. En consecuencia, el contrato de *factoring* se configurará como aquel "por el que se opera una cesión global de créditos, tanto actuales como futuros, para que el Factor, cesionario de tales créditos, desarrolle una función compleja, con un marcado carácter financiero, y ostentando una posición jurídica tutelada con medidas específicas (*Lien*)" (pág. 35). Sin embargo, GARCÍA-CRUCES pone de manifiesto que tal institución no encuentra equivalente en el Derecho histórico español. A pesar de detectar en nuestro Derecho histórico ciertas figuras próximas al *factoring* desarrollado en el mundo anglosajón (Factoría, Factoraje o Responsión), el autor concluye que "la figura del *factoring* es un contrato ajeno y desconocido, no sólo para nuestro Derecho vigente, sino, también, en el histórico" (pág. 40).

En efecto, el *factoring* es una institución desarrollada en el ámbito del Derecho norteamericano que se introducirá progresivamente en Europa a costa de otros contratos que suponen sus principales antagonistas (descuento, seguro de crédito). Sentado ello, el autor nos muestra las diversas vías jurídicas de acceso del *factoring* al sistema europeo: la cesión de créditos, según el régimen especial de cada Estado (Gran Bretaña, Alemania, Italia, Holanda, España, etc.), la subrogación convencional unida a la cesión y pignoración de créditos (Francia) y el giro y endoso de facturas (Bélgica) (págs. 40-46).

El profesor GARCÍA-CRUCES acomete seguidamente el estudio de los aspectos

(5) Vid. EIZAGUIRRE, J. M. *Factoring* cit., págs. 573-576

contractuales de la sofisticada (6) operación de *factoring* desde el punto de vista del Derecho español, lo cual es, sin duda, el cuerpo principal de la monografía (Capítulos 2.º a 6.º). Como cuestión previa, se procede a delimitar el "tipo contractual configurado". Ello es fruto de una trabajosa —y, por ello, muy meritoria— labor "de campo", en cuanto presupone el estudio y examen de las condiciones generales de los contratos de *factoring* realizados en la práctica. Fruto de ello es la siguiente conclusión: "creemos que el "Tipo *factoring*" queda formado por el elemento de transmisión crediticia (cesión de créditos con carácter instrumental), junto a un complejo de servicios desarrollados por el Factor (gestión, contabilización y cobro, garantía, financiación), que se dan en una relación duradera, en donde los distintos créditos que surgen entre el Factor y su cliente se someten a un pacto de cuenta corriente" (pág. 69). Este tipo contractual es oportunamente diferenciado de figuras afines (mandato, agencia, apertura de crédito, descuento bancario, seguro de crédito y *confirming*) (págs. 70-76).

En el estudio de los elementos personales del contrato, tras un análisis del perfil del cliente del *factoring* desde el prisma de la Economía de la Empresa, que no deja por ello de tener interés, se analiza el estatuto del Factor según el Derecho positivo español. Se trata, como es sabido, de entidades de financiación sometidas a un régimen especial (OM de 13 de mayo de 1981), caracterización que el autor entiende poco adecuada (pág. 87). Son importantes, en este aspecto, los datos suministrados sobre la aplicación a las entidades de *factoring* de las previsiones del RD de 28 de agosto de 1989 en desarrollo de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 26 de julio de 1988.

Una de las cuestiones más arduas de la monografía es la caracterización de la estructura contractual del *factoring*. Se trata del aspecto dogmático del contrato. A su estudio se dedica el capítulo 4.º de la obra (págs. 88-113). Es, al tiempo, una cuestión básica del trabajo, ya que la posición que se adopte al respecto va a condicionar el tratamiento de su contenido y efectos, como de hecho sucede. La cuestión central para el autor, reside, básicamente, en determinar si el *factoring* es un contrato preliminar, en sentido amplio, o si se trata de un contrato definitivo; esto es, si se trata de un acuerdo de posteriores negocios de cesión de créditos, o si se trata de un negocio definitivo de cesión global de créditos futuros. Las consecuencias de una y otra dirección, en sus diferentes matices (contrato normativo, contrato preliminar, contrato cuadro y contrato definitivo) son valoradas críticamente y ante dicho análisis el autor se decanta por mantener la tesis según la cual puede entenderse el contrato de *factoring* como contrato *complejo* (pág. 113) (7) que "presenta una estructura contractual de corte unitario, por lo que supone una cesión global de créditos futuros, ya que, aparte de sus orígenes y de las ventajas económicas de tal construcción, desde un punto de vista jurídico no se presenta ninguna duda de validez. Pero no puede olvidarse que, en ocasiones, se configura el contrato de *factoring* no con carácter definitivo y traslativo, sino, por las razones que sean, como un contrato cuadro respecto a los posteriores negocios de cesión" (pág. 111); en otro lugar, insiste en dicha calificación señalando la existencia en el *factoring* de una causa contractual única, compleja, articulada y variable, de modo que la complejidad ha de entenderse "en el sentido de tener elementos y lograr resultados económicos propios de otras categorías

(6) En expresión de EIZAGUIRRE, J. M.: *Factoring*, cit., pág. 576.

(7) Cfr. EIZAGUIRRE, págs. 581 y 587, para quien se trata de un contrato *mixto y preliminar*.

(financiación, colaboración, traslación del riesgo) fusionados en una unicidad causal que individualiza tal categoría" (pág. 164).

Pero cabe notar, sin embargo, y a pesar de lo antes transcrito, que el autor parece adoptar una tesis en cierto modo arriesgada, dada su rigidez. Decimos esto porque para GARCÍA-CRUCES parece existir un tipo básico o natural de *factoring* cuya nota característica reside en la cesión de global de créditos futuros como obligación del cliente ante el factor, si bien, como expresamente admite en el último párrafo transcrito, caben otros modelos o tipos de *factoring*. Sin embargo, el autor, en las páginas sucesivas conducirá su estudio teniendo como base esta dirección. Ello tiene como consecuencia la visión o estudio de *un* modelo de *factoring* (vid. sus tipos en págs. 55-59), quizá el preponderante y que, incluso de *lege ferenda*, sea el que termine imponiéndose, pero que hoy puede no responder del todo a la realidad. Por ello, parecen en este punto más acertadas posturas más abiertas ante la caracterización de dicho contrato (8) dado el carácter, a su vez, abierto y flexible del parco Derecho positivo existente y de la imperancia de los principios de autonomía privada en el ámbito contractual y de libre competencia entre las entidades de *factoring*.

Tras ello, el autor emprende un muy interesante estudio del régimen de la cesión de créditos en Derecho español aplicado al *factoring* como cesión global de créditos futuros (págs. 114 y ss.). Cabe observar que este estudio (págs. 114-124) tiene especial interés dado su rigor sistemático y claridad expositiva. Se analizan los distintos aspectos de la figura (9): carácter consensual, eficacia *inter partes* de la cesión, la exigencia de notificación y su influencia en el negocio y, en especial, los aspectos relativos a las excepciones oponibles, y a la responsabilidad del cedente, para terminar con dos cuestiones claves ante la tesis mantenida: la posibilidad de cesión global de créditos y la posibilidad de cesión de créditos futuros. GARCÍA-CRUCES concluye al respecto que "nuestro CC admite la validez de una cesión global de créditos futuros de carácter conmutativo, bajo la configuración de una cesión de créditos condicionada a la venida a la existencia de los créditos singulares" (sobre ello se abunda en págs. 136-137). "En tal supuesto, en el momento en que surja el crédito, el cesionario deviene automáticamente titular del mismo [...], es decir, la cesión de créditos, en cuanto efecto del particular tipo contractual realizado por las partes (compraventa, permuta, etc.) se realiza inmediatamente en el momento en que el crédito, que se cedió por tal título, nazca" (pág. 130) (10). Pero, cabe destacar un dato de singular interés. La *globalidad* de la cesión de créditos como elemento estructural del *factoring* no significa para GARCÍA-CRUCES, y por así decirlo, la obligación por parte del cliente de ceder al Factor la *totalidad* de sus créditos. En este sentido, son sumamente interesantes las páginas 132-133, en las que el autor delimita el contenido de la *cesión global* en base a criterios objetivos (la determinación de los créditos cedibles en base a los requisitos contractuales que se establezcan) y subjetivos (fundamentalmente, la facultad de aceptación del Factor). Ambos datos contribuyen, como con acierto se señala, a la *determinación del objeto del contrato* la cual no

(8) Como la que mantienen, por ejemplo, los profesores EIZAGUIRRE, J.M.: *Factoring*, cit., págs. 569, 572-588, VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, vol. II, 3.ª ed., Barcelona, 1990, págs. 265 y ss. y ROCA GUILLAMÓN, J.: *El contrato de factoring*, cit., págs. 33 y ss.

(9) Sobre la cesión de créditos *vid.*, en particular, PANTALEÓN PRIETO, A.F.: "Cesión de créditos", en *Nuevas entidades*, cit., págs. 187 y ss.

(10) *Id.* EIZAGUIRRE, J. M.: *Factoring*, cit., págs. 591 y ss.

admite arbitrariedad por parte del Factor en el ejercicio de su facultad de aceptación. La notificación de la cesión al deudor es posible efectuarla en la propia factura exponiendo argumentos en favor de que la fecha de la misma se entenderá cierta y probará frente al tercero (deudor) el hecho de la cesión (sobre ello abunda de nuevo el autor en págs. 184-185 y 202-205).

El capítulo 6.º de la monografía (págs. 165-227) es, sin lugar a dudas, el que mayor interés ofrece desde el punto de vista práctico. Su objeto es el estudio del régimen jurídico aplicable al contrato de *factoring* según el Derecho español. Tras afirmar el carácter bilateral del contrato y el automatismo de la cesión de los créditos con su nacimiento, se estudian los problemas relativos a la facultad de aceptación del factor (págs. 169-170) como matizadora de tal automatismo y, en especial, las condiciones de su ejercicio por el Factor, así como sus efectos (11). En cuanto a la notificación de la cesión al deudor, el autor considera idónea la inclusión de cláusulas de "pago al Factor" en las facturas libradas por el cliente (pág. 172). Asimismo, considera ajustadas determinadas cláusulas de seguridad en favor del Factor, estudia la incidencia del impago del crédito cedido en las relaciones Factor-cliente con especial detenimiento en el caso de cesión de créditos *pro solvendo* documentados en letras de cambio y los aspectos relativos a la resolución del contrato. El régimen de las excepciones oponibles por el deudor cedido al Factor es un tema importante que recibe el adecuado tratamiento. Dado que el consentimiento del deudor a la cesión es esencial respecto de la posterior oposición de excepciones personales al cesionario (cfr. art. 1198 CC), el autor se pregunta si la mera notificación de la cesión implica el consentimiento del deudor referido, aunque el consentimiento, recuérdese, no obsta la validez de la cesión. El autor, cuyo criterio creo que es obligado compartir, estima que el silencio del deudor cedido significa su rechazo a la cesión (pág. 183). Del minucioso estudio de las excepciones oponibles por el deudor cedido (págs. 189-196 y, en especial, pág. 194), GARCÍA-CRUCES presta especial atención al pacto de incesibilidad del crédito, los vicios de la cesión, las excepciones ante el cedente, o las relativas a la extinción del crédito para considerar también los problemas derivados de la acción resolutoria ejercitada por el deudor. El capítulo concluye con el examen de la eficacia del *factoring* ante terceros desde el prisma del artículo 1257 CC, y la consideración de los problemas planteados por el ejercicio de las acciones pauliana o subrogatoria *ex* art. 1111 CC, para terminar con un interesante examen sobre las consecuencias de la declaración en quiebra de una de las partes de la situación jurídica (cedente, Factor, o deudor cedido).

GARCÍA-CRUCES concluye su monografía dedicando un capítulo al estudio del *factoring* en el comercio internacional (págs. 228-241), aspecto en el cual la figura cumple importantes funciones económicas desde la perspectiva del riesgo inherente a las operaciones comerciales internacionales. En concreto, se estudian tres aspectos de este ámbito del *factoring*: el relativo a la determinación de la ley aplicable según el artículo 10.5 CC, la incidencia del Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 19 de junio de 1980), y el convenio UNIDROIT sobre el *factoring* internacional (Ottawa, 28 de mayo de 1988) (12). Respecto a la primera cuestión, el autor concluye que la norma aplicable es la relativa al contrato del cual trae su causa el crédito, esto es, el

(11) Vid. EIZAGUIRRE, J. M.: *Factoring*, cit., págs. 589-591

(12) Vid. su texto en *R.D.B.B.*, 1988, págs. 885 y ss

contrato entre el exportador y el importador (más en concreto, donde se produjo la oferta si se realizó entre ausentes) y no la relativa al lugar de celebración del contrato de *factoring* (pág. 231). Respecto a la incidencia del convenio CEE de 19 de junio de 1980, se concluye en el sentido de que “el derecho material aplicable de otro Estado, vendrá determinado [...] por la ley elegida por las partes y en su defecto, por la ley que se derive del juego de presunciones que establece el propio Convenio” (pág. 235). Finalmente, se realiza una exposición de los aspectos más destacables del Convenio UNIDROIT sobre *factoring* internacional (págs. 238-241).

III. Puede afirmarse, a pesar de caer en el tópico, que la obra objeto de esta recensión es ya, junto a las citadas *supra*, un elemento fundamental en la construcción doctrinal española del *factoring*. Por otra parte, no cabe desconocer la importancia de la monografía desde el punto de vista práctico. En efecto, dada la creciente expansión del *factoring* (13), no parece aventurado vaticinar que la actual ausencia de Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia pronto será colmada. En tal sentido, los profesionales del Derecho y, en especial, nuestros jueces y magistrados, disponen de una obra de inexcusable *referencia* para la argumentación y resolución de los conflictos de intereses originados por los contratos de *factoring*.

FRANCICO J. ALONSO ESPINOSA

F. HERRERO TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*. Ed. COLEX, Madrid, 1990.

Este estudio que traigo a recensión ha sido un anhelo mío desde que lo adquirí, pero razones poderosas —como la terminación de un trabajo que ha de convertirse en publicación— me han hecho retrasar este comentario. Lo cual, en el fondo, ha sido beneficioso, pues en el intermedio han sucedido cosas insólitas como la “escucha telefónica de una conversación motorizada” no camino del “trabajo”, sino como el gitano de García Lorca, camino de Sevilla para ver los toros... y en vez de junco, con el teléfono en la mano. Esto pone más actualidad a la monografía del autor y a los interesantísimos temas que afronta y estudia con singular precisión.

De la persecución “colectiva” se ha pasado a la “individual” y el acoso es tan tremendo —al mismo tiempo que preocupante— que esos conceptos que el autor maneja (honor, intimidad y propia imagen) se esfuman en este afán no sé si fiscal, político o, simplemente informático, de hacernos a todos como el caso del LICENCIADO VIDRIERA / De vidrio quieren hacernos y en vidrio nos convertiremos... ¡no! en polvo nos convertiremos (algunos antes que otros cuando exigen su incineración). Sí, nos convertiremos en vidrio, porque allá arriba —si es que de verdad hay juicio— allí habrá transparencia. Y lo que pienso es que los que piden la incineración, para adelantarse a lo del polvo y quizá para oscurecer el vidrio, han dado a esas fuerzas que mandan la idea de *anticiparse* a la transparencia que nos van a exigir arriba y, por eso, ni el honor, ni la intimidad, ni la propia imagen están lo suficientemente cuidadas en espera del *juicio final*.

(13) Vid. datos en EIZAGUIRRE, J. M., “Aspectos jurídicos del *factoring*”, cit., pág. 835.

La obra se estructura en tres grandes partes: los pronunciamientos constitucionales sobre la materia, la ley especial de 1982 y el procedimiento o cauces procesales para la responsabilidad. Existen unas conclusiones sobre la materia y un prólogo, este escrito por JIMÉNEZ DE PARGA, Catedrático del Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. En el prólogo se anticipa al lector la "esencia" y la *importancia* que tiene de una parte el derecho a la libertad de información y el *freno* que puede significar al mismo el honor, la intimidad y la propia imagen. Conectado con ello está el tema de si estos derechos no son más que manifestaciones de uno general o se trata de derechos diferentes e independientes. La mala redacción del artículo 18,1 de la Constitución y la repetición de la fórmula en la Ley 1/82 plantea el problema que poco a poco van intentando solucionar en forma inteligente la jurisprudencia constitucional y el Tribunal Supremo y que ahora se trata en profundidad en la obra que recensio-namos. Con el autor distinguimos sus tres partes fundamentales haciendo alusión a sus conclusiones.

I EXAMEN DEL ARTICULO 18,1 DE LA CONSTITUCION

Para el debido enfoque del problema que se afronta el autor utiliza los miembros de la construcción de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, pero paralelamente sitúa el tema de las libertades que consagra el artículo 20,1 de la Constitución.

El estudio se inicia con el tema de los derechos de la *personalidad* y las posibles relaciones con los *derechos fundamentales* reconocidas por la Constitución, en lo que aportan y en lo que proporcionan. Era inevitable volver la cabeza a los posibles precedentes en el Derecho romano (edicto "ne quid infamandi causa fiat") y a la creación de la figura americana de la "privacy" y al llamado de la "identidad". En la evolución de la figura aborda el derecho comparado y la elaboración parlamentaria del discutido artículo 18,1 de la Constitución española.

Verdaderamente que lo importante de este capítulo reside en la configuración o naturaleza jurídica que el autor da a los derechos citados. Hay dos opciones: como derechos de la personalidad o como derechos fundamentales. Juridicamente —y esto es lo que el autor precisa— son derechos de la *personalidad*, pero constitucionalmente son *derechos fundamentales*, lo que supone en su desarrollo la precisión de los caracteres (irrenunciables, inembargables e imprescriptibles) y de su clasificación (derecho a la identificación, derecho a la vida y a la integridad física y a la moral y derecho a la libertad). Como derechos fundamentales el gran carácter de los mismos es que su desarrollo debe hacerse por una Ley orgánica. El autor examina el importante tema de su posible titularidad por parte de las personas jurídicas.

El estudio en su avance profundiza en los conceptos de honor, intimidad y propia imagen. Del primero dice que es un concepto "prejurídico". Del segundo aporta las dificultades que la doctrina ha tenido para su definición y proyecta sobre el mismo un listado de campos concretos que deben ser protegidos por el derecho a la intimidad. Para llegar al derecho de la imagen y separarlo del honor acude al autor italiano VERCELLONE que señala cuatro situaciones: publicación de imagen sin consentimiento; publicación sin consentimiento y con lesión del honor; publicación sin consentimiento, pero en circunstancias que no es exigible, pero con lesión para el honor y publicaciones con consentimiento sin perjuicio

para el honor. La construcción que se apoya en muchas sentencias y resoluciones permite al autor desembocar en el conflicto final del problema: derechos como limitaciones al principio de libertad, que no se solucionan por la Ley orgánica 1/82, lo cual provoca el desplazamiento del problema al campo de la jurisprudencia titubeante al principio y francamente cambiante después. Señala tres fases: de exclusión, de necesaria ponderación y de concurrencia normativa. Termina con una posición personal ante el problema.

II. LEY ORGANICA 1/82 DE PROTECCION AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

Esta Ley —tardía en su aparición— era obligada para el desarrollo de esos derechos que la Constitución contempla, protege y considera como excepciones (en los preceptos de las leyes que los desarrollen) a esa manifestación de libertad de expresión que recoge el artículo 2.º de la misma. Yo recuerdo haber hecho alguna recensión de trabajos, monografías y aportaciones (FERREIRA RUBIO "El derecho a la intimidad", GONZÁLEZ PÉREZ "La dignidad de la persona", etc.) unos anteriores y otros posteriores a la elaboración y publicación de la Ley que trata de resolver la problemática.

El tema siempre me ha interesado porque desde mi punto de vista registral tiene contactos importantes puestos de manifiesto por mi buen amigo y compañero PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA al examinar el derecho de petición informativa del Registro. No tengo elementos de juicio para valorar la ley y, por ello, me guío del autor de esta monografía en la que alaba la Ley por haber acertado en plantear el tema procesal dentro de la demanda civil y no en el campo penal. Es decir, hemos vestido de largo al artículo 1.902 del Código Civil.

Por eso el autor —aparte de estudiar los precedentes, la elaboración parlamentaria y el contenido de la Ley y el ámbito de protección—, señala los puntos en los que se puede apoyar la acción reclamatoria frente a los ataques al honor, la intimidad y la propia imagen. De ahí que destaque en su estudio tres puntos claves: la intromisión ilegítima, la antijuridicidad y la culpabilidad, para luego examinar el caso concreto de la "difamación", los sujetos activos de la intromisión ilegítima y el pasivo de la misma, terminando con el importante tema del daño y la responsabilidad.

III. EL PROCEDIMIENTO

Cuatro son los puntos que el autor estudia en esta fase procesal o de procedimiento: los cauces procesales hábiles para la reclamación, la conexión penal del problema, el recurso de amparo y la intervención del Ministerio Fiscal.

Al enumerar los temas —con base sumarial— no descarto de aportar al lector la posición del autor frente a esa colisión entre el respeto de esos derechos y la libertad de información, pieza clave de la solución de los intereses en lucha. Jurisprudencia de intereses, tipo IHERING. El autor dice que es preciso determinar si estamos ante un caso de libertad de expresión o de información, señalar si la persona es de carácter público o privado, valorar el vehículo por el que se ha ejercitado la libertad y, sobre todo ello —intereses en lucha— los órganos judiciales deberán pronunciarse y sobre ese resultado el Tribunal Constitucional dirá y efectuará su revisión.

Creo, por último, que el libro es una gran aportación al tema en el que estamos sometidos por la libertad y necesidad de información y la diversidad de concepciones que cada individuo, grupo o sector social dé a los derechos que afectan al honor ("El honor es patrimonio del alma, pero el alma sólo es de Dios"), a la intimidad propia y familiar (recuerdo algunas disposiciones del Derecho catalán que obligaban en las edificaciones a respetar el derecho de luces, para evitar las miradas indiscretas que alterasen la intimidad de la familia) y a la propia imagen. A mí este concepto se me escapa de las manos —como el de orden público y buenas costumbres— pues la imagen hoy se "fabrica", se vende, se exporta, se especula con ella, se cambia, se adultera... etc. ¿Cuál es la imagen que protege la Constitución?

Hay veces que recorriendo museos, Iglesias y exposiciones, uno se siente confortado por la belleza que el artista ha puesto en la imagen de un Cristo, de una Virgen, de un milagro, de un apóstol o de un Santo. Pero otras, la deformación de todo ello, plantea auténticas dudas jurídicas de cuál es la versión que ha de protegerse: el Cristo de Dalí, el de Velázquez o el del Greco... La verdad es que me estoy pasando —no al enemigo— pero sí al arte y al invocarlo creo que los derechos deben retroceder. El arte se escapa del Derecho y se refugia en la libertad.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

P. LUCAS MURILLO, *El derecho a la autodeterminación informativa*. Ed. TECNOS, 1990

Quizá la velocidad que imponen los tiempos modernos sea una de las razones por las que las leyes se hagan con mucha prisa, con falta de visión de futuro y sin medir las posibles consecuencias de lo que en ellas se dispone. Llenaríamos páginas y páginas con ejemplos que aseguran lo que digo, pero para no entrar en esa selva —salvaje— de la legislación vigente, vamos a fijarnos en la Constitución española que, según opinan personas autorizadas, es de las más avanzadas democráticamente. No puedo entrar en ese campo, pues alegremente razones de carácter administrativo me impidieron votar a la misma. Y eso hace más fácil la crítica. La verdad es que hubiera votado que sí a la misma, pero un cambio de destino y un nuevo empadronamiento echaron por tierra mi "sagrado derecho a voto".

Cuando lei el respeto que se imponía al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia y la limitación que se imponía a la informática, me dije: ¡Esto va a ser gloria bendita!, pero cuando tuve que tropezarme con el artículo 20 —que afectaba a mi cargo de Registrador General de la Propiedad Intelectual—, me dije: ¡Esto es harina de otro costal! Lo mismo me sucedió con el derecho de propiedad, el derecho a la vida, libertad, seguridad, etc.

Resulta sumamente fácil el éxito en una persona política que logra sacar una ley que históricamente va a llevar como anejo el nombre (pienso que Azcárate, con su ley de Usura, no fue tan hábil como Romanones cuando reclamaba la redacción de "reglamentos"), pero el tema reside en que esa ley pueda volverse contra el que la imaginó. Y una de dos: o estamos en una democracia con todas las consecuencias, o pensamos que como el pueblo español no está suficiente-

mente preparado para esta forma de gobernar, hay que dar un paso atrás y evitar la aplicación de preceptos que aquella protege. Y es que ver la paja en el ojo ajeno es fácil, pero descubrirla en el propio es muy difícil...

No me canso de repetir aquella luminosa idea de mi paisano MIGUEL DELIBES que comparaba el progreso con una escopeta, que dispara y mata, pero de un culatazo. Esta es la "informática". Y así como a los escaparates de las tiendas y comercios hubo que ponerles rejillas —ante la violación del libertinaje— ahora quiere conseguirse que todos nos convirtamos en "Licenciados VIDRIERA".

Por eso me ha gustado esta obra en la que su autor profundiza en un concepto que a mí se me había escapado: *el derecho a la autodeterminación informativa* y los correlativos deberes de quienes han de respetarlo. Es preciso impedir, dice el autor, la informatización de los aspectos de nuestra vida cuyo conocimiento deseamos reservarnos, comprobar qué datos sobre nosotros mismos existen en los Registros públicos y privados y poder corregir su inexactitud, completar la insuficiencia o cancelar la que no debe figurar en ellos. Es preciso —también— saber a quiénes se puede transmitir esa información personal.

No es la primera vez que en recensiones, trabajos, ponencias, comunicaciones y conferencias he insistido mucho en el grave problema de la informática, sobre todo referido al campo o parcela de mi especialidad. Estos instrumentos manejados con falta de objetividad —pero sujetos siempre a su poca fiabilidad— pueden ser atentatorios a los más elementales principios éticos, sobre todo en un país en el que predomina la *envidia*, la *revancha*, la política y la *venganza* personal. Ejemplos claros están en los números de identificación fiscal, la Ley de seguridad ciudadana, el proyecto de ley de informática, la posible ley anti-libelo, etcétera.

Aunque aparentemente estas reflexiones parecen apartarme del tema, regreso a él: el autor y su obra me obligan a ello. Los lectores, además, lo agradecerán. Para ello vamos a respetar las partes fundamentales en que se estructura la obra y, por ello, distinguimos:

A) ACOTACION DEL OBJETO DEL ESTUDIO

El autor reconoce que en la Constitución española no se habla para nada del "derecho a la autodeterminación informativa", pero señala que el mismo se construye a través de la noción de "intimidad". Para el autor el derecho a la intimidad y el de autodeterminación coinciden en parte, pues no parece que dentro del primero puedan incluirse la exigencia de protección de datos de carácter personal no encuadrables en la noción de intimidad en sentido estricto. En este punto en España se ha avanzado poco, pues la intimidad se relaciona con la vida privada o se define como *lo que se refiere a lo íntimo*.

B) LAS GENERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La tesis que se sostiene en este capítulo es la de superar la teoría del "numerus clausus" y ampliar la gama de derechos fundamentales en base a la constante actualización ya que la materia requiere una cierta expansión. Cita como ejemplos, dentro de la misma Constitución, la creación de derechos a través del principio de petición, la sustantivación de pretensiones genéricas en derechos autónomos o el sistema de "cláusulas abiertas" de la Constitución americana.

C) EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Para reconstruir ese derecho hasta llegar a su constitucionalización hace una comparación entre el concepto de libertad antigua y moderna, señalando que la intimidad y su protección nace con el Estado liberal. La elaboración del mismo —con citas de THOMAS HOBBES, JOHN LOCKE, ROBERT PRICE y JOHN STUART MILL— la divide entre los estudios o aportaciones norteamericanas, las continentales y la recepción histórico-legislativa del derecho en las diversas Constituciones, hasta llegar a la nuestra que así lo reconoce en el artículo 18.1, planteándose el tema de la esencia del derecho a la intimidad, donde el autor hace un gran esfuerzo por abarcar los aspectos que este derecho ofrece y sus reflejos legales. Algo de esto creo haber recensionado hace poco en otro libro de HERRERO TEJEDOR sobre este mismo tema. Añade el ámbito en que se mueve el derecho y sus límites.

D) INFORMATICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Primero fue el bolígrafo, luego la fotocopidora y ahora la informática. Todos ellos suponían un ataque a una forma rutinaria y arcaica de tomar datos, redactar fichas, resumir libros, hacer crítica de los mismos, etc. Pero a cambio de simplificar labores, es decir facilitar la galvana, pasaron recibo: eran unos nuevos jinetes de Apocalipsis. Para el autor los límites que es preciso poner para proteger el derecho a la intimidad y a las demás libertades individuales, son: 1) Derecho de acceder a la información personal. 2) Derecho a controlar la transmisión de la información. 3) La garantía de la intimidad exige: limitación de tiempo en conservar datos personales, la definición de los objetivos para los que puede usarse esa información, garantías de veracidad, integridad y actualidad de los datos y prohibición de revelación de datos personales.

Quizá este singular estudio haya influido algo en el legislador, pues de las noticias periodísticas que tengo deduzco que la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales recoge "informaciones vedadas (entre ellas el origen *racial o étnico*, cosa que en ciertas regiones españolas puede ser una ofensa) y las formas de protegerse ante la utilización de ficheros automatizados... Luego vendrá Paco con la rebaja...

E) EL DERECHO A LA AUTODETERMINACION INFORMATIVA

Es el estudio que da título a la monografía y que adelantamos en su contenido cuando iniciamos este recorrido. El autor —con gran habilidad— va precisando el marco legislativo en el que puede encuadrarse y las normas posteriores que lo permiten, para luego señalar las iniciativas políticas que se han intentado y los elementos que lo componen: rango normativo de la Ley que lo regule, principios que lo informen y los elementos, contenido y garantías que lo han de proteger.

A mí me sorprende —y con esto termino—, cómo el legislador español a veces ignora, otras desprecia y otras repentina, sin basarse en esos serios estudios que seres —dedicados todavía al estudio— les pueden brindar para abrir campos, dar soluciones concretas y mantener ese necesario equilibrio de intereses en lucha. La verdad es que yo creí que sólo era un defecto de juventud ser asiduo de la "televisión", sustituyéndola por la lectura...

R. GAYA SICILIA. *Las bases de las obligaciones contractuales, en el artículo 149, 1.º, 8.ª, de la Constitución española*. Ed. TECNOS, 1989.

Llega a mis manos este estudio por el envío que la autora hace en ejemplar que me dedica. La razón está en que en estas mismas páginas hice una recensión de otro trabajo suyo y eso de ir, del brazo y por la calle jurídica de las notas bibliográficas, une mucho. He comentado en otra ocasión cómo, por razones administrativas a cambio de destino y nuevo empadronamiento, no intencional, se me privó del "sagrado derecho a voto" y soy de los pocos españoles que no votó a la Constitución, lo cual no quiere decir que no la aplique y la respete. Mi ánimo, caso de haber podido votar, era el sí, pero al no votarla mi posición crítica se puede reforzar. Verdaderamente que fui de los pocos españoles que no la votó, pero también, por aquel entonces, de los muy pocos que la leyó... y no me gustó.

Había en muchas materias excesivas afirmaciones, casi proclamas, mensajes políticos de subsistencias de poder, enunciación de principios que venían luego desmentidos en su texto y fórmulas un tanto vagas y difusas como la del tema que la autora plantea en su estudio. Tres fueron mis salidas inmediatas nada más promulgarse: la propiedad y su contenido, la propiedad intelectual y su reconocimiento (texto legal del que fui ponente) y la ordenación de los Registros. De las tres salidas —casi como las de Don Quijote— sólo tuve éxito en la segunda, en la que el Estado "conserva" su exclusiva competencia. En la propiedad —sobre todo en la urbana— todos saben las tropelías que se están cometiendo. Y en la ordenación de los Registros, el entramado administrativo de las Comunidades Autónomas ha introducido la "cuña" de los nombramientos de Registradores en la solución de los concursos, sobre la base de frases más o menos aceptables de los correspondientes Estatutos.

A mí lo de "bases de las obligaciones contractuales" me había sonado a "música celestial" sobre todo si pensaba que las gentes podían establecer sus vinculaciones obligacionales y contractuales por los medios normales que se conocen desde el Derecho Romano y que los dos instrumentos de seguridad preventiva (la intervención notarial) y la seguridad efectiva (la institución registral) eran las mayores garantías que se podían ofrecer a un Estado de Derecho. Que los navarros apelasen a la "palmada", que los catalanes invocasen la "androna", que los vascos recordasen el testamento "ilburuco", que Aragón defendiese su "alera foral" y que los gallegos se empeñasen en su "petrucio" eran cosas que el mismo artículo respetaba. Quedaba el idioma gallego, vasco y catalán y valenciano-balear, pero como el español es "obligatorio" el entendimiento contractual resultaba fácil.

Pero claro está esa "música celestial" veo que se ha convertido en "música infernal" y que no todo es pacífico en la materia. Lo cual en el fondo tiene una justificación psicológica del español que de tanto haber oído el *slogan* de que "España es diferente", se ha creído él mismo "diferente" y hace ya años BORGES lo explicaba: "nos creemos diferentes, porque todos somos iguales". Y hay de nosotros si no somos iguales frente a una Europa que pretende ser igualitaria.

Como sobre el tema llueve sobre mojado —históricamente me refiero— hay que dejar paso a la monografía en la que se va a ver clarísimamente la evolución del problema y la tremenda dimensión que el mismo encierra. Tres partes —además de la introducción— comprenden el estudio: una histórica, otra actual y otra jurisprudencial:

A) ANTECEDENTES HISTORICOS

Parece ser que el tema arranca históricamente del momento de la instauración de las Cortes Constituyentes de la Segunda República. La verdad es que me he leído lo que la autora relata en torno al problema, pero lo he leído con el "cuerpo revuelto". Comprendo que muchos sientan adhesión por la etapa de los Años Triunfales, del régimen franquista y de la etapa de la transición, pero a mí cada vez que me hablan de la República me surgen en la memoria las atrocidades del pueblo soberano, las llamas de los conventos, el robo por el socialista González Peña del Banco de España de Oviedo, las "botas" de Don Niceto, las "verrugas" de Azaña, la frialdad de Casares y las amenazas de la "Pasionaria"... que no me encuentro objetivado para el juicio. Y ahora, por si fuera poco, aparecen en el tablado de la "fórmula transaccional" Largo Caballero, Besteiro, Jiménez de Asúa y Juarros. Parece ser que la fórmula que se adoptó entonces es semejante o similar —por lo menos en su espíritu y parte de su letra— a la actual.

La autora remata (y pido perdón por la utilización de este verbo, pero la etapa histórica influye hasta en las expresiones) el estudio con las manifestaciones legislativas autonómicas de la legislación catalana en materia de cultivo. Incidente a tener en cuenta en este relato histórico que sirve de antecedente a la actual Constitución.

B) LA CONSTITUCION ESPAÑOLA ACTUAL

La idea de la "originalidad" que plasma la Ley de Propiedad Intelectual fue exclusivamente mía y por la que luché denodadamente, ya que me parecía que en ese campo de la "creación" había que ser original en la forma y manera de expresar las ideas. Todo lo contrario de nuestros monumentos jurídicos que van "apoyándose" en otras creaciones anteriores. Así le pasa a la Constitución española que transcribe parte de la de 1931, aunque la autora hace un estudio profundo y digno de elogio destacando el "iter" parlamentario del precepto, con sus tramitaciones en Congreso y Senado y sus diversos personajes, las opiniones doctrinales, la proyección del tema desde el Derecho público y la conclusión de un posible planteamiento.

Partiendo de la acertada distinción que hiciera CERDÁ GIMENO entre la "zona de certeza" que puede tener la Constitución y la "zona de incertidumbre" (en tesis alemana), la doctrina se caracteriza por incluir el tema en esta última, pero entiende que por una serie de razones que se explican en el texto el Estado debe tener competencia exclusiva en materia de bases contractuales tanto civiles como mercantiles, con ciertas especialidades para determinados supuestos como hace el Código de las obligaciones suizo. La autora propone no sólo la unificación del Derecho civil, sino el "PRIVADO".

C) JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La autora afronta el comentario de tres sentencias procedentes del Derecho Constitucional de los años 1981, 1982 y 1986. La primera procede del recurso del Gobierno vasco sobre materia mercantil. La segunda también del Gobierno vasco sobre el "Estatuto del Consumidor". La tercera es del Gobierno catalán sobre estructuras comerciales y ventas especiales. En todas se mantiene la "exclusiva"

estatal. En sus conclusiones la autora entiende que las "bases" que reconoce la jurisprudencia suponen o están constituidas por: la responsabilidad por daños, las cláusulas abusivas y las sanciones que estas comportan y el principio de libertad contractual.

Y con ello hago punto final, con la esperanza de que este diálogo que supone lo que dice la autora y lo que aprecia el recensionista, se vuelva a repetir en las sucesivas y excelentes producciones de la autora.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ, *La nulidad de la Sociedad Anónima en el Derecho comunitario y en el Derecho español*. Editorial Civitas. Prólogo de Fernando Sánchez Calero. Madrid, 1991. Un tomo de 124 páginas.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por Sentencia de 13 de noviembre de 1990 y a petición del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo, ha dictaminado que el Juez nacional que conoce de un litigio sobre una materia comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/15 CEE del Consejo de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 68.2º TCEE para proteger los intereses de socios y terceros, está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11.

La sentencia tiene su importancia práctica, como puede suponerse, y aquí está la prueba. O sea que en el pleito presentado ante un Juzgado español, ya surtirá su efectividad la norma continental.

Por ello, la oportunidad de este libro que vamos a presentar.

Como introducción, su autor que es catedrático de Derecho Mercantil, aborda la cuestión de la naturaleza contractual de la sociedad, aunque con notorias especialidades respecto a los demás contratos sinalagmáticos o de contraposición de partes.

La distinción no es puramente doctrinal, sino que va encaminada a la finalidad práctica de evitar las consecuencias perjudiciales a terceros si se aplicase la doctrina general de la nulidad de los contratos tal como la regula el Código Civil. En efecto, se trata de buscar la posibilidad de sanar la causa de la nulidad para que la sociedad, aunque viciada, no entre en liquidación.

Por ello, para basar su tesis, que veremos, el autor acude a varios apoyos doctrinales, entre ellos la conocida elaboración del profesor Girón Tena de que el contrato de sociedad se enmarca en los plurilaterales donde los socios convergen en sus aspiraciones al fin común de la obtención de beneficios.

Este carácter corporativo de la sociedad implica la interpretación sumamente restrictiva que debe aplicarse al tratar de su nulidad. Sus causas deben ser "numerus clausus", para evitar en lo posible su disolución. Si, a pesar de todo, ésta se produce, no debe afectar a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación.

En el capítulo II el autor entra en el estudio de la primera Directiva CEE de 9 de marzo de 1968 dirigida a hacer equivalentes las garantías que en los Estados miembros se exigen a las sociedades en materia de normas de publicidad, validez de actos y nulidad y que se aplica no sólo a las sociedades anónimas, sino también a las de responsabilidad limitada y a las comanditarias por acciones.

Dicha Directiva regula en los artículos 10, 11 y 12 de su Sección 3.^a la nulidad de las sociedades. En opinión del autor, se hace revivir a las sociedades de hecho en cuanto que la nulidad de la sociedad no afecta a las obligaciones asumidas por la misma, dejando a salvo el artículo 12,4 la posibilidad de que cada Estado regule los efectos de la nulidad entre los socios. Es decir, que patrocina la idea de que la declaración de nulidad debe tener eficacia solamente *ex nunc* y no retroactivamente.

Sigue resumiendo el contenido de la Directiva en esta materia diciendo que fuera de las causas expresas de nulidad enumeradas en el artículo 11, deja a los Estados en libertad para no introducir en sus legislaciones las causas de inexistencia y nulidad radical o relativa. La Directiva establece que la nulidad debe ser declarada judicialmente, exigiendo en este caso que los tenedores de participaciones o accionistas ingresen la parte no desembolsada del capital suscrito cuando lo exijan las obligaciones asumidas frente a terceros acreedores. Es preceptiva en todo caso la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

En el capítulo III hace un amplio estudio de los efectos de la nulidad de las sociedades en los distintos países de la CEE. El Derecho alemán dice, ha sido el que se ha ocupado más del tema; es de notar la diversidad que presentan los demás países. A seguido, examina la cuestión detalladamente en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Portugal.

Tras esa panorámica de Derecho comparado, el libro entra en el capítulo IV, con el estudio pormenorizado de la nulidad de la sociedad anónima en el Derecho español. Nuestro sistema no contenía referencias especiales al tema de la nulidad en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, ni tampoco en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Sólo se referían al tema de las denominadas sociedades mercantiles irregulares, que tenía alguna conexión. La doctrina trató inicialmente la cuestión referida al contrato de sociedad, aun teniendo en cuenta su carácter plurilateral. Al entrar en vigor la Directiva, las aportaciones doctrinales ya se refieren a la nulidad de la sociedad y sus causas, las cuales son recogidas por el autor.

Es sabido que la adaptación de nuestra legislación mercantil de sociedades a la Primera Directiva comunitaria se produce por medio de la Ley de 25 de julio de 1989, traducidiéndose después en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre del mismo año, recogiendo las causas de nulidad en el artículo 34. Lo más notorio, que destaca el autor, es que en nuestro texto refundido no se recoge la primera causa de nulidad de la Directiva, que es la falta del acto constitutivo o inobservancia de las formalidades, como la fundamental de la inscripción en el Registro Mercantil.

Sin embargo, el artículo 16 del texto refundido establece que cuando la sociedad actúa en el tráfico sin haberse inscrito en el Registro Mercantil, cualquier socio puede instar su disolución y si pasa un año desde la escritura se aplican las normas de la sociedad colectiva. Con esto se recoge la idea de la sociedad irregular.

Son causas de nulidad que el objeto social sea ilícito o contrario al orden

público (art. 34.1.a) y también que no se exprese en la escritura de constitución o en los estatutos sociales las circunstancias esenciales para la existencia de la sociedad como son: la denominación, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto.

Otras causas de nulidad son la incapacidad de los socios fundadores y no haber concurrido al acto constitutivo la voluntad efectiva de los tres socios fundadores en el caso de pluralidad de éstos.

El autor contempla todas estas causas bajo el prisma alternativo de la Directiva de la CEE y la nueva legislación española, analizando sus preceptos para concluir con las correspondientes consecuencias.

En el apartado V estudia la acción de nulidad de la sociedad anónima que el texto refundido regula en su artículo 35, donde se determina que sólo puede ejercitarse una vez inscrita la sociedad y por las causas del artículo 34, ya vistas. La sentencia que declare la nulidad abre el período de liquidación que deberá seguirse por el procedimiento previsto para los casos de disolución.

El texto refundido no regula procedimiento especial alguno, por lo que habrá de acudir al juicio ordinario; tampoco señala quiénes están legitimados activa o pasivamente para estas actuaciones. La doctrina opina que sólo los socios están legitimados desde el lado activo y la sociedad en la posición pasiva. Tampoco se regula de modo especial la prescripción de esta acción, por lo que habrá que acudir a las normas generales de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil.

En cuanto a los efectos de la sentencia, como ya se dijo, aparte de abrir el período de liquidación, se consagra el principio de efectividad *ex nunc* en cuanto que no afecta a la validez de los créditos y obligaciones frente a terceros. Finalmente, el artículo 35.3 del texto refundido establece que cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad nula así lo exija, los socios están obligados a desembolsar sus dividendos pasivos.

El último capítulo del libro se dedica a estudiar la nulidad en los supuestos de fusión y escisión de sociedades. En el Derecho comunitario se regula en el artículo 22 de la tercera Directiva 855/78 CEE, de 9 de agosto de 1978, que basa la nulidad en que no haya un control preventivo judicial o administrativo sobre el acuerdo de la Junta general que puede anularse cuando lesiona los intereses de los accionistas.

En cuanto al Derecho español, según el artículo 246 de la Ley de Sociedades Anónimas, la acción de nulidad, cuando la fusión ya esté inscrita en el Registro Mercantil sólo puede basarse en la nulidad de los acuerdos de la Junta general.

Para terminar señalemos que el profesor Sánchez Calero, en el prólogo, dice que en realidad llegamos al resultado práctico de que el acto constitutivo de las sociedades es inatacable, tanto por la limitación de las causas de nulidad como porque en España se cuenta además con unos Cuerpos profesionales tan cualificados como son los Notarios y los Registradores.

Por su contenido y doctrina, el libro es un compendio completo de la materia que toca y constituye un buen escalón más en esta no fácil tarea de conocer y adaptar las normas comunitarias para aplicarlas a nuestro Derecho societario.

JOSÉ BONET CORREA, *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*. Editorial Civitas, Madrid, 1987 a 1981. Seis tomos.

El texto escueto del Código Civil, todos lo sabemos, aún siendo el punto básico de arranque, no soluciona a los profesionales todas las cuestiones que se presentan a la hora de tratar de resolver cualquier caso.

La interpretación de la ley, elemento indispensable para su mejor aplicación, será el único medio que puede ayudarnos de modo satisfactorio; y de sus diversos supuestos, la interpretación auténtica, que da el propio legislador, poquíssimas veces se pone a nuestro alcance; sólo encontraremos, como mucho, la que podríamos llamar semiauténtica, por medio de normas análogas o concomitantes, que son las concordancias. Y también se podrá acudir a los jueces o a los doctores para que nos digan, más o menos aproximadamente, cómo debemos entender un determinado precepto en el caso de que su sentido no nos aparezca claro, que será frecuente.

Porque el apotegma jurídico *in claris non fit interpretatio* tiene precisamente ese presupuesto, *in claris* que no se prodiga. Y eso que en el caso del Código Civil el lenguaje que utilizaron sus redactores iniciales es limpio, terso y modelo de concreción; no se puede decir lo mismo de los preceptos retocados o introducidos *a posteriori* que suelen ser de un barroquismo que resalta a primera vista y cuya comprensión es difícil.

Pero por muy recortado y terminante que sea un precepto legal, los supuestos de la realidad a que ha de aplicarse son tan variados y cambiantes que con frecuencia serán precisos desenvolvimientos aclaratorios. A la hora de "sacar punta" a cualquier artículo del Código, habremos de buscar la *mens legis* que puede encontrarse en las normas concordantes. Después tenemos la interpretación jurisprudencial muy respetable en cuanto que los tribunales tienen precisamente la función de aplicar las leyes, juzgando y ejecutando lo juzgado. Y por último, hay que reconocer la enorme fuerza de la doctrina científica, cuyo peso específico alcanza indudable valor por sí misma y además en cuanto que, no pocas veces, influye en los dictados judiciales y en los propios legisladores a la hora de redactar estas nuevas normas o reformar las existentes.

Y éstos son los tres escalones a los que ha acudido el prestigioso civilista Profesor Bonet Correa al presentar esta edición del Código Civil, que es muy manejable, tanto en su aspecto físico como en el intelectual.

En el aspecto intelectual este libro que comentamos nos facilita un abundante arsenal de datos para completar el estudio y sentido de todos los artículos del Código. En cada uno de ellos y tras su texto se incluyen en primer lugar las concordancias, y así las llama el autor en el título, haciéndonos recordar la obra de García Goyena; se recogen los preceptos que tienen relación con el comentado bien sean de la Constitución, del propio Código o de leyes especiales, nacionales o autonómicas y reglamentaciones de menor grado. A continuación se incluyen resúmenes de sentencias cuyos supuestos son aplicables o que se han solucionado basándose en el artículo correspondiente. Y por último, en todos los preceptos hay una abundante bibliografía comprensiva de los libros o trabajos publicados, referentes a la institución genérica o al artículo concreto de que se trata.

Se dirá que todo esto se puede conseguir ahora mediante esos artilugios llamados ordenadores. Precisamente en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España acaba de instalarse una "base de datos" completísima y cuya eficacia he podido constatar; he quedado realmente maravillado de la eficacia y comodidad de dicho aparato.

Pero antes de obtener tales datos hay que "almacenarlos" y eso resulta laborioso y costosísimo, estando al alcance de muy pocas organizaciones. Y después, hay que saber manejar los ordenadores, cosa en la que me declaro inútil total, pues me confieso un negado absoluto para la informática.

Por eso, a la hora de saber lo que se ha regulado, juzgado o escrito acerca del trato civil a los extranjeros, pongámonos por caso, y dada mi incapacidad para accionar los misteriosos botones del ordenador, me será más fácil acudir a las páginas 231 y siguientes del tomo I de este libro y allí me lo dice el Profesor Bonet Correa, a quien agradezco la ayuda que me presta. Y en la misma situación estarán los que no tengan un ordenador a mano o, si lo tienen, carecen de la base de datos indispensable.

Es más fácil, pues, tener este libro en los anaqueles de la biblioteca e incluso llevarlo en el bolsillo para solucionar los asuntos que se presenten de improviso. Además, antes de entrar en el articulado propiamente dicho, el libro incluye una introducción en la que el autor hace unas consideraciones sobre la actualidad del Código Civil y el contenido del nuevo título preliminar. En ella nos dice que a pesar de haber superado el siglo de existencia y resultar caduco alguno de sus condicionamientos, este cuerpo legal sigue mostrando sus aptitudes para llevar a cabo una cotidiana justicia conmutativa, gracias a sus normas sólidamente fundadas, heredadas de la sabiduría clásica a través de la tradición romano-cristiana española que se reflejó en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá.

Repasa después las diversas etapas sociales que han influido en nuestro modo de ser y que han motivado reformas en el texto del Código, deteniéndose en el examen de la actual redacción del título preliminar, articulado por Decreto de 31 de mayo de 1974. Considera que la revisión de ese título fue el resultado de una tarea de juristas donde se incorporan los progresos normativos alcanzados por una sociedad que aspira a ser gobernada por el ideario de un Estado de Derecho.

Acaba la introducción haciendo referencia a las legislaciones forales, un tanto revitalizadas por la Constitución a través del sistema autonómico y nos dice que el civilista actual, ante ese pluralismo legislativo, tiene la tarea de entender esas peculiaridades regionales y hacer que sean compatibles con el ordenamiento jurídico general.

Para terminar, nos referiremos al aspecto antes señalado de la manejabilidad física del libro, compuesto hasta el momento de seis tomos, bien presentados y encuadrados, cada uno de los cuales comprende una parte del Código, desde el tomo I que se refiere al título preliminar y el libro primero, hasta el tomo VI, que contiene el título III del libro IV del Código, referido al régimen económico matrimonial. Esperamos que pronto salgan los tomos que faltan, hasta coronar el artículo 1.976.

En resumen, la información de las disposiciones concordantes, jurisprudencia y trabajos científicos que acompaña a los artículos del Código es muy completa y utilísima. Indispensable para los que no tienen al alcance una base de datos informáticos que les salve del trace.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

JAIME SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Editorial Montecorvo. Dos tomos con 1.084 páginas.—Madrid, 1991.

El clásico precepto *alterum non laedere* ha sido a lo largo de la Historia uno de los pilares más elementales de todo Ordenamiento. Es lógico pensar que un conjunto de normas que se proponga regir la conducta y relaciones de una sociedad habrá de estar cimentado en el principio de no lesividad, asegurando por sí mismo que los diferentes miembros de la comunidad no causen perjuicios en sus respectivas actividades, y procurando al mismo tiempo no ocasionar menoscabo al destinatario de la norma como consecuencia de la aplicación de la misma.

A veces, sin embargo, la norma no puede evitar (y en ocasiones puede difícilmente prevenir) la aparición del daño como consecuencia de la negligencia o de la mala fe. Según el artículo 1.902 del Código Civil: "El que por acción u omisión causare daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Este sencillo y diáfano precepto parece aclarar suficientemente la cuestión que se nos plantea, pero otras normas y otras circunstancias han obligado a oponer numerosas objeciones contra la responsabilidad de carácter subjetivo, lo que nos hace pensar que no siempre es exacto aquello de "el que rompe paga". Así, el artículo 1.903 establece que esta obligación es también exigible por los actos u omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder. Para el autor de este tratado la reforma de las normas reguladoras de la responsabilidad civil viene determinada por diversos factores de carácter socio-económico que han dado lugar a la aparición de corrientes doctrinales avanzadas que pretenden incluso acabar con la idea de la culpa en sentido clásico, desplazando la responsabilidad civil desde la esfera del Derecho privado a la del público.

En este sentido el autor menciona ciertos fenómenos económicos que han dado lugar a esa nueva perspectiva de la cuestión, tales como la fabricación en masa y correspondiente consumo de diversos bienes, así como la dificultad de control de dicha producción masiva, ocasionando, según él, "el desplazamiento a un segundo plano de los efectos directos de las acciones humanas, sustituidas, o prolongadas en sus efectos por las máquinas". Así, un fallo de la maquinaria puede ser difícilmente atribuible a la acción humana, si bien es el hombre quien la ha puesto en funcionamiento. Como consecuencia de esto se produce el debilitamiento del concepto de "culpa", que en ciertos casos ha sido incluso eliminado en materia de responsabilidad civil, sin que esto signifique que no sea posible demostrar una conducta culpable, aunque muchos casos este concepto ha sido sustituido por el de responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva.

Igualmente, el concepto de "daño" experimenta la misma evolución, pasando del ámbito individual al social por los motivos económicos ya expuestos. Sin embargo, este "daño social" comprende también el menoscabo sufrido en las personas o patrimonios de los individuos perjudicados, por lo que también debe atenderse a la esfera subjetiva a la hora de la valoración del daño social ocasionado.

Por lo que se refiere al nexo causal entre acción u omisión y daño producido la doctrina moderna se pronuncia en favor de la individualización del sujeto responsable y la determinación del contenido de la obligación de resarcimiento, criterio ya adoptado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Mediante la responsabilidad por actos ajenos, ya mencionada al citar el artículo 1.903 del C. Civil, se ha llegado a la concepción de la responsabilidad por

riesgo, ya que es la idea de la propia culpa y no la de la culpa ajena, la que se tiene en cuenta. Así, el responsable por riesgo responde hasta el límite de la fuerza mayor, aunque no le sea imputable descuido alguno, es decir, que asume el riesgo que le pueda ser imputable por los actos peligrosos que realice. El autor refleja la propuesta, como posible solución, de la implantación de un sistema de "...seguro general de todos los ciudadanos contra daños por accidentes de toda clase, cuyos medios se obtendrían, en forma de impuestos, por prestaciones de todos, y no sólo por los responsables de determinados riesgos de daños". Este sistema, inspirado en el ya existente seguro que cubre la responsabilidad por uso de vehículo de motor, es un motivo más para trasladar al ámbito del Derecho Público todo lo referente a indemnización de daños por caso fortuito, si bien la doctrina mayoritaria se pronuncia en favor de la extensión de la responsabilidad por riesgo.

El autor y esta obra son lo suficientemente conocidos por los profesionales del Derecho en España, y sería pueril la idea de intentar presentarlos ahora.

A JAIME SANTOS BRIZ lo vemos como ponente en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, de cuya Sala de lo Civil es Magistrado, y en ellas se hecha de ver su indudable altura doctrinal y la impronta de su formación jurídica, que se acrecientan por su tacto y experiencia.

El libro es uno de aquellos a los que acuden de modo obligado y con preferencia los profesionales. Por ello no presentamos el libro, sino su sexta edición: el haber agotado ya cinco tiradas dice lo suficiente en su favor, y sólo tenemos que añadir que ahora se revisan y actualizan sus datos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, con el Derecho comparado y Comunitario, hasta poner la materia totalmente al día.

En su actual edición, el libro se compone de dos volúmenes muy bien presentados. El primero contiene una introducción en la que se recogen las ideas centrales y básicas de la materia, señalando la sistemática actual de las normas que regulan la responsabilidad civil, en relación con los fenómenos que la determinan. Así, se explica la evolución de esta institución desde el inicial principio de la responsabilidad individual y culposa a la idea cuasi objetiva de la socialización de dicha responsabilidad que remarca más bien el elemento del riesgo. Se señalan cuáles son los fenómenos que en la época contemporánea justifican estas tendencias reformistas, destacando por su frecuencia e importancia los accidentes de circulación.

Pasando a dar noticia concreta del resto del libro, y en un fuerte y forzado resumen, diremos que en su Parte Primera se hace la exégesis de los elementos comunes a toda responsabilidad civil, que nos limitamos a enumerar: 1) Acción u omisión; 2) Antijuridicidad de la misma y sus excepciones, 3) Culpa o negligencia del agente; 4) Producción del daño, y 5) Relación causal entre la acción u omisión y el daño. Al tratar de la reparación de este último, analiza con extensión la materia de los contratos de seguros, recogiendo las normativas vigentes derivadas de la incorporación de España a las Comunidades Europeas.

En la Segunda Parte del mismo tomo I se analiza el amplio apartado de la responsabilidad civil originada por hechos ajenos que regula el artículo 1.903 del Código Civil recogiendo la reforma efectuada en sus párrafos segundo y sexto por la Ley de 7 de enero de 1991 y que, a juicio del autor, tiene ya un claro matiz objetivista. Con el capítulo XIII, dedicado a la responsabilidad civil derivada de infracciones penales, acaba, en este tomo, el análisis de los supuestos que pudiéramos llamar culposos en mayor o menor grado.

En el volumen II del libro cambia el sentido de las motivaciones, contemplán-

dose la responsabilidad por riesgos, no hay subjetivismo ni objetividad; hay, tan solo, pura y llanamente, un riesgo nocivo, en acto o en potencia. La idea, que gana predicamento en la actualidad en la doctrina y el Derecho comparado, es que debe responder del daño aquel que originó el riesgo. Esta misma idea está siendo acogida por nuestro Derecho y se muestra claramente en varias decisiones jurisprudenciales.

Analiza el autor con amplitud, y en varios capítulos, las responsabilidades derivadas del uso de vehículos de motor, las procedentes de las diversas formas de navegación y las originadas por la energía nuclear, como fenómenos de nuestro tiempo. Igualmente estudia los supuestos clásicos de los daños causados por la ruina de los edificios y por los perjuicios del funcionamiento anormal de los órganos de las administraciones públicas, acabando con una especial referencia a la responsabilidad civil de los profesionales, hoy bastante en boga.

La Parte Tercera, final del libro, es muy importante, pues trata de los aspectos procesales de los asuntos relacionados con la responsabilidad civil. Aquí el conocimiento y la experiencia profesional del autor dan como resultado una completa y brillante exposición de altura insuperable.

Todos los problemas que se suscitan en el entramado litigioso de esta materia, con sus acciones, procedimientos y resultados, quedan nitidos y al descubierto en estos seis capítulos, que han de tener muy en cuenta los profesionales y que coronan de modo brillante esta exposición de la responsabilidad civil en nuestro Derecho.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 562-563 (Julio-agosto 1991)

- "Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva", por FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMÉNEZ, pág. 5745.
- "Consideraciones acerca del contrato criminalizado", por JUAN EMILIO VILA MAYO, pág. 5779.
- "A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes en las condiciones generales de la contratación. Licitud de una cláusula impuesta por un Banco en un contrato de apertura de cuenta corriente, que le facultaba para declarar el vencimiento anticipado del crédito en el momento que apreciase que las circunstancias económicas habían variado en detrimento de la solvencia del contratante", por MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, pág. 5809.
- "La prueba heredobiológica del artículo 127 del Código Civil. Antecedentes y evolución", por LUIS DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ, pág. 5821.
- "Actividades de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) en torno a la elaboración de una Ley modelo en materia de Cartas de Crédito Contingente y Garantías", por GUILLERMO PALAO MORENO, pág. 5827.
- "La jurisdicción militar en la doctrina constitucional", por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 5847.
- "La suspensión penal de la suspensión de pagos", por FAUSTO ROMERO-MIURA GIMÉNEZ, pág. 6109.
- "La publicidad desleal: modalidades y problemas", por CARLOS LEMA DEVESA, pág. 6135.
- "Los actos de imitación en la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991. Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la competencia desleal", por MANUEL LOBATO GARCÍA-MUÑOZ, pág. 6151.
- "Acciones derivadas de la competencia desleal. (En torno al artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)", por SOL BACHARACH DE VALERA, pág. 6177.
- "Reflexiones en torno a las normas procesales de la nueva Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal", por SILVIA BARONA VILAR, pág. 6217.
- "El control de contrataciones en el Mercado Común y en España", por ANDRÉS DE LA CRUZ, pág. 6269.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Julio-agosto 1991

- "Aproximación a una teoría general del patrimonio", por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, págs. 587 a 609.
- "Sociólogos, juristas, filósofos: Una metodología de la ciencia del Derecho", por JOSÉ M.^a MARTÍNEZ DORAL, págs. 610 a 630.

Septiembre de 1991

"Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y su calificación registral", por JUAN IGNACIO DE LOS MOZOS TOUYA, págs. 699 a 708.

"La responsabilidad civil del empresario por el hecho de otro. en la vía civil y penal. Consideración especial del titular o director de un taller de reparaciones de automóvil y del de un garaje", por MARÍA DEL CARMEN DEL MOLINO Y NÚÑEZ, págs. 709 a 730.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 124 (Julio-agosto-septiembre 1991)

"La urbanización y edificación simultánea después de la Ley 8/1990 sobre Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", por FRANCISCO LLISET BORRELL, pág. 13.

"El silencio positivo como forma de licencia y la autorización e inscripción de obra nueva", por JOSÉ ANTONIO GARCÍA TORTAJADA, pág. 21.

"El derecho a la edificación en la Ley de Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo (Ley 8/1990, de 25 de julio): Comentarios al artículo 25", por JOSÉ PASCUAL POZO GÓMEZ, pág. 49.

"Escala local y escala internacional en el conflicto ambiental", por JOSÉ ALLENDE, pág. 63.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 72 (Abril-junio 1991)

"La segunda transición en Hungría: Las perspectivas de las élites y los campos de batalla política", por RUDOLF L. TÖKES, pág. 7.

"Estado constitucional y Gobierno representativo en E. J. Sieyès", por RAMÓN MAÍZ, pág. 45.

"El defensor del Pueblo: Algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional", por H. OEHLING RUIZ, pág. 89.

"Fichte y los orígenes del nacionalismo alemán moderno", por JOSÉ L. VILLACAÑAS, pág. 129.

"Hobbes: La República cristiana", por JESÚS MARIA OSÉS GONZÁLEZ, pág. 173.

Núm. 73 (Julio-septiembre 1991)

"El voto dual en Cataluña: Lealtad y transferencia de votos en las elecciones autonómicas", por JOSÉ RAMÓN MONTERO y JOAN FONT, pág. 7.

"Estado autonómico y Tribunal Constitucional", por JUAN JOSÉ SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA, pág. 35.

"Constructivismo y democracia", por JOSÉ RUBIO CARRACEDO, pág. 57.

"La jefatura del Estado monárquico", por TERESA FREIXES SANJUÁN, pág. 83.

"Una teoría del poder y de los sistemas políticos", por LUIS BOUZA-BREY, pág. 119.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 196-197 (Abril-septiembre 1990)

- "Ofrecimiento a mi amigo José Girón Tena", por RODRIGO URÍA GONZÁLEZ, pág. 239.
- "José Girón Tena: universitario, jurista y amigo", por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, pág. 245.
- "José Girón Tena, maestro universitario", por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, pág. 255.
- "La metodología en la obra del profesor Girón Tena", por JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, pág. 263.
- "Semblanza de un maestro", por RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, pág. 275.
- "La liberalización de los movimientos de capitales en la CEE", por EVELIO VERDERA Y TUELLS, pág. 281.
- "La protección del tenedor cambiario a través de la cesión de la provisión (art. 69 Ley Cambiaria y del Cheque)", por ADOLGO AURIOLAS MARTÍN, pág. 269.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA

Núm. 251 (Julio-septiembre 1991)

- "Régimen económico para la Capital del Reino", por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 457.
- "La aprobación definitiva de la Constitución y Estatutos de Mancomunidades intermunicipales", por JOSÉ A. LÓPEZ PELLICER, pág. 465.
- "El nuevo papel de las Diputaciones Provinciales", por LUIS ORTEGA, pág. 471.
- "Competencias sobre Cajas de Ahorro. Las Comunidades Autónomas y el Banco de España", por CARLOS CARRASCO CANALS, pág. 493.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 154 (Octubre-diciembre 1990)

- "Teoría y práctica de la instalación de jóvenes en la agricultura", por EDUARDO MOYANO ESTRADA y MARI CRUZ FERNÁNDEZ DURÁNTEZ, pág. 7.
- "La incorporación de los jóvenes a la agricultura", por JUAN JESÚS GONZÁLEZ, pág. 39.
- "La publicidad en el sector agroalimentario", por MANUEL RODRÍGUEZ ZÚÑIGA y ROSA SORIA, pág. 97.
- "El mercado de aceite de oliva en Madrid: Elementos determinantes a nivel minorista", por JULIÁN BRIZ ESCRIBANO y SAMIR MILI, pág. 127.
- "El sector productor de leche en Galicia", por CARLOS POSADA NAVIA, pág. 153.
- "El comportamiento de la productividad media de la mano de obra y de la superficie agrícola utilizada con la dimensión económica y física de las explotaciones agrarias españolas", por JOSÉ M.^º MONTERO LORENZO, pág. 185.

"El desarrollo de cultivos hortícolas protegidos bajo plástico como factor de incorporación de jóvenes al sector agrario en España", por JAVIER CALATRAVA REQUENA, pág. 209.

"Las repoblaciones forestales como paradigma de Bienes con Efectos Públicos", por ALVARO AUNOS, pág. 223.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 3 de 1991

"Los delitos contra los derechos de autor", por FRANCISCO DE P. JUFRESA y CRISTÓBAL MARTELL, pág. 621.

"La nueva sociedad comanditaria por acciones: una aproximación a sus principales problemas", por M.^a ROSA THOMASCHESKI, pág. 641.

"El delito de intrusismo y las actividades de mediación en el tráfico inmobiliario", por JAIME M. DE CASTRO FERNÁNDEZ, pág. 669.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Tomo 74 (Extraordinario) de 1988

"Contrato consigo mismo", por ROQUE MOLLA, pág. 441.

"Multas, daños y perjuicios e irreductibilidad de la pena", por ARTURO CAUMONT, pág. 453.

"Los garajes en la propiedad horizontal", por TERESA GNAZZO y MARÍA WONSIK, pág. 463.

"Partición con soule total. Negocios entre coindivisarios", por ENRIQUE AREZO PIRIZ y ROQUE MOLLA, pág. 479.

"Accesión de posesiones", por ENRIQUE AREZO PIRIZ y ARTURO YGLESIAS, pág. 491.

"El mandato verbal", por TERESA GNAZZO, pág. 503.

"El leasing", por GUILLERMO SERVÁN BAUZÓN y ROQUE MOLLA, pág. 513.

"Disolución, liquidación y partición de la sociedad comercial", por GUILLERMO SERVÁN BAUZÓN y otros, pág. 523.

"Ley argentina de divorcio", por DOELIA TERRA CORBO y otros, pág. 535.

"La validez de los poderes provenientes del extranjero", por STELLA CÓRDOBA y DOELIA TERRA CORBO, pág. 547.

"El testamento en el Derecho Internacional Privado", por DOELIA TERRA CORBO y otros, pág. 557.

"Régimen matrimonial italiano (1.^a conferencia)", por ROQUE MOLLA y otros, pág. 567.

— (2.^a conferencia), pág. 581.

— (3.^a conferencia), pág. 593.

"Régimen matrimonial argentino", por DOELIA TERRA CORBO y ENRIQUE AREZO PIRIZ, pág. 605.

"Régimen matrimonial boliviano", por ENRIQUE AREZO PIRIZ y ROQUE MOLLA, pág. 617.

- "Aplicación de la Ley núm. 10.783 a matrimonios regidos por las normas extranjeras. Desquite brasileño. Procedimiento supletorio de la voluntad de uno de los cónyuges", por RONALD HERBERT y DOELIA TERRA CORBO, pág. 629.
- "Certificados notariales", por VALENTINA SILVEIRA y otros, pág. 641.
- "Actas notariales", por JULIA SIRI, pág. 657.
- "El sistema cooperativo I", por ROBERTO IGLESIAS y otros, pág. 671.
- "El sistema cooperativo II", por HÉCTOR MEDERO y otros, pág. 681.
- "Contrato sin papel", por ANTONIO MARTINO, pág. 697.
- "El escribano y la informática", por ALVARO GARBARINO y otros, pág. 705.
- "La contratación sobre *software*", por MARÍA WONSIK y ALVARO GARBARINO, pág. 719.
- "Servidumbres que afectan predios rurales", por CARMELO CURBELO SORIA, pág. 735.
- "Contratación en la Ley de Arrendamientos Rurales", por HORALDO LÓPEZ STEMPELET y CÉSAR LEMA, pág. 751.

TOMO 76

Núms. 1 a 6 (Enero-julio de 1990)

- "La función de autenticar y la seguridad jurídica", por SUSANA CAMBIASSO, pág. 9.
- "Registro de naves y Registro de aeronaves", por CARLOS PARODI, pág. 22.
- "Aspectos disciplinarios y deontológicos de la profesión notarial", por JORGE CAILABETT y BLANCA OLMOS, pág. 33.
- "Aspectos prácticos del contencioso registral", por GRACIELA BIANCHI y otros, pág. 42.
- "Documentos administrativos e instrumentos públicos", por EMILIO BIASCO, pág. 58.
- "Nuevas normas jurídicas en materia informática", por ALVARO BARBARINO y otros, pág. 68.
- "Ley Forestal", por CÉSAR LEMA y HORALDO LÓPEZ STEMPELET, pág. 79.
- "Ley Forestal", por ATILIO GREZZI LISTUR y CARMELO CURBELO SORIA, pág. 87.
- "Ley Forestal. Algunos contratos forestales. Aspectos tributarios de la Ley Forestal", por ALICIA POSTIGLIONE y otros, pág. 97.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Núm. 905 (1989)

- "La influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los Derechos Reales", por NORMA SUSANA ARIAS y otros, pág. 867.
- "Contratación entre ausentes: oferta; aceptación", por GRACIELA ALAU DE SOBERON, pág. 933.
- "La función del Registrador y la seguridad jurídica", por HUMBERTO GARCÍA, pág. 977.
- "El documento electrónico administrativo y la actividad notarial", por FLORA M. DE KATZ y otros, pág. 989.
- "El rol del Notario en el momento de la constitución de una persona moral", por R. DE VALKENEER, pág. 1001.

- "Actuación notarial de sociedades en liquidación", por MAX MAURICIO SANDLER y EDUARDO JAVIER DUBOIS (h), pág. 1017.
- "Doctrina judicial sobre exigibilidad, certificados previsionales y municipales para cancelación de inscripción registral", por MAX MAURICIO SANDLER y EDUARDO FAVIER DUBOIS (h), pág. 1023.
- "Modelo de escritura de adjudicación de bienes por partición social", por MAX MAURICIO SANDLER y EDUARDO FAVIER DUBOIS (h), pág. 1024.
- "Aspectos tributarios de la adjudicación de inmuebles en la liquidación social", por MAX MAURICIO SANDLER y EDUARDO FAVIER DUBOIS (h), pág. 1026.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 70 (Enero-abril 1991)

- "La flexibilidad: nuevo elemento en la relación de trabajo", por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 15.
- "La presidencia soviética. Notas sobre los cambios en la Constitución soviética", por MANUEL BECERRA RAMÍREZ, pág. 67.
- "Algunas reflexiones sobre los cambios en el presidencialismo mexicano (1978-1990)", por JORGE CARPIZO, pág. 85.
- "Notas sobre el proyectado Código de Proceso Penal-Modelo para Iberoamérica", por VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, pág. 97.
- "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandado de injunção y habeas data", por J. M. OTHON SINDOU, pág. 169.

NOTICIAS CEE

Núm. 78 (Julio 1991)

- "Crónica sobre la banca y el mercado de valores en la Comunidad Económica Europea (1989-1990)", por RITA LARGO GIL, pág. 11.
- "La labor de adaptación realizada por el legislador español ante la creación de un mercado común bancario", por PILAR MAESTRE CASAS, pág. 49.
- "Reflexiones sobre las relaciones entre el Derecho Comunitario y los derechos internos en reciente jurisprudencia", por JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, pág. 65.
- "La autonomía de la voluntad en la Sociedad Anónima. Problemática específica de su ámbito en tema de aportaciones", por VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, pág. 75.
- "La armonización del Derecho Comunitario europeo de Sociedades. Estado actual de la cuestión", por JUAN LUIZ GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, pág. 83.
- "Pronunciamientos jurisprudenciales españoles respecto al régimen transitorio de la libre circulación de trabajadores", por CELSA PICO LORENZO, pág. 91.
- "Transporte aéreo comunitario. El segundo paquete de medidas liberalizadoras", por CARMEN CABALLERO, pág. 103.
- "La Administración Local ante la CEE: Ayudas estructurales", por ANA GIL ANTÓN, pág. 115.

