

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVII • Marzo-Abril 1991 • Núm. 603

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
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.

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

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS:	
«Contrato de transacción: título inscribible (Comentario a las Resoluciones de 25-2, 9 y 10-3-1988)», por LUIS M ^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA	319
«La prenda de anotaciones en cuenta», por ALBERTO DÍAZ MORENO	355
«La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquilana. Razones para una moderada unificación», por MARIANO YZQUIERDO TOLSADA	443
«La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en la nueva normativa», por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ	491
«Los orígenes de la publicidad inmobiliaria», por ANTONIO MORO SERRANO	535
«La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias <i>a non domino</i> », por LUIS MARTÍN-BALLESTER HERNÁNDEZ	575
DICTAMENES Y NOTAS:	
«Los recursos propios como problema», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	651
ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	681
JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	699
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ y EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA	703
III. Sentencias del Tribunal Supremo	
1. Derecho civil:	
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	721
2. Derecho mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	727

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«La causa del crédito hipotecario», de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	751
«La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual», de LUIS PASCUAL ESTEVILL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	755
«El error en los contratos», de ANTONIO MANUEL MORALES, por ANGEL CARRASCO PERERA	758
«La successione anomala del coniuge», de LUISA MEZZANOTTE, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	763
.	
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	767

ESTUDIOS

Contrato de transacción: Título inscribible

(Comentario a las Resoluciones de 25 de febrero,
9 y 10 de marzo de 1988)

SUMARIO: A) CONCEPTO.—B) NATURALEZA JURIDICA: a) TRANSACCIÓN; b) FIGURAS AFINES: Allanamiento, desistimiento, renuncia y caducidad. Convenio de suspensión de pagos. Convenio regular de la separación. Novación. Acto de conciliación.—C) ELEMENTOS: a) PERSONALES; b) REALES; c) FORMALES.—D) CONTENIDO: a) VALIDEZ; b) EFICACIA.—E) CLASES: a) EXTRAJUDICIAL; b) JUDICIAL: Extraprocesal (causa). Procesal (objeto).—F) TÍTULO INSCRIBIBLE: a) TRANSACCIÓN JUDICIAL: ESCRITURA PÚBLICA; b) TRANSACCIÓN JUDICIAL: Escritura pública (extraprocesal). Testimonio del auto aprobatorio (procesal). Sentencia ejecutoria: escritura pública. Documento privado.—G) ANEXO: Resumen del contenido de las Resoluciones de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988.—H) BIBLIOGRAFIA Y NOTAS.

No obstante la amplitud del sumario que antecede, vamos a reducir nuestro estudio a los aspectos formales de la transacción inmobiliaria y sus relaciones con el Registro de la Propiedad, centrándonos, particularmente, en la problemática de la inscripción del auto aprobatorio que pone fin al procedimiento entablado.

A) CONCEPTO

Nuestro Código Civil, que dedica a la transacción sus artículos 1.809 a 1.819, la define en el primero de ellos diciendo: “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”. Estamos, pues, ante un contrato referido a un objeto —cosa o derecho— litigable o litigioso, o por razón de un litigio o de un

posible litigio, y en la medida en que afecte a un inmueble o derecho real y reúna los requisitos legales de todo contrato —y en particular los de éste—, puede ser susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad.

La doctrina, destacando el carácter esencial de “la eliminación de una incertidumbre mediante concesiones recíprocas” (1), señala como elementos estructurales de su concepto: 1) incertidumbre de las partes sobre la relación jurídica (apreciación subjetiva sobre datos objetivos de la relación); 2) sustitución de la relación dudosa por una nueva relación jurídica cierta e indiscutible; 3) eliminación de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas, que incluye el mero “sacrificio” moral y excluye la simple renuncia o donación (2). “El presupuesto necesario para poder transigir —señala Peláez— es la existencia de una situación de litigio manifestada al exterior mediante la pretensión (material) de una parte y la oposición de la otra (generada por un conflicto de intereses)” (2 bis).

La transacción es, pues, *un contrato privado*, cualificado por sus rasgos de consensualidad, reciprocidad y onerosidad, *sobre un objeto litigable o litigioso o con ocasión de un litigio* (3). Y como tal debe cumplir con los

(1) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 625.

OGÁYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1983, págs. 1-82 “El fundamento de la transacción radica en la voluntad de los interesados... al amparo de la libertad proclamada en el artículo 1.255 del Código Civil, libertad que afecta no sólo a la conclusión del contrato, sino también a la determinación de su contenido... dirigido a eliminar una incertidumbre jurídica...” La transacción exige siempre que entre las partes exista un conflicto o controversia...” (págs. 2 y 3). Los elementos esenciales de la transacción vienen recogidos, como indica Ogáyar, en la STS de 21 de octubre de 1977 (pág. 19).

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. 4, Ed. Reus, Madrid, 1988, págs. 814 y ss. “... la transacción —es— el contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, ponen fin a la incertidumbre que entre ellas mediaba acerca de la existencia, contenido o extensión de una relación jurídica...” (pág. 815).

(2) PUIG BRUTAU *Op. cit.*, págs. 626-629. OGÁYAR *Op. cit.*, págs. 3-4. (Relación jurídica incierta/Intención de los contratantes de sustituir la relación dudosa por otra cierta e incontestable/Recíproca concesión de las partes.). CASTÁN *Op. cit.*, págs. 815-819 (Relación jurídica incierta/Intención de los contratantes de sustituir la relación dudosa por otra cierta e incontestable/Recíproca concesión de las partes).

(2 bis) PELÁEZ, Francisco J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, Ed. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1987, págs. 22 y 23. Esta exigencia la recoge expresamente la doctrina del Tribunal Supremo: SS de 1 de diciembre de 1955, 31 de enero de 1985..

Sobre reciprocidad en las concesiones, véase SSTs de 3 de mayo de 1972, 21 de octubre de 1977 y 15 de octubre de 1985, y SAT de Barcelona de 13 de diciembre de 1985 (“sacrificios de orden moral”), entre otras muchas, *op. cit.*, págs. 50-51.

(3) OGÁYAR *Op. cit.*, pág. 5 Si el objeto no lo constituye una controversia judicial o extrajudicial no estamos ante una transacción (R 9 enero 1903).

Sobre el carácter contractual de la transacción, véase PELÁEZ, págs. 7 y ss (SSTs 16 abril 1904, 26 abril 1963 —... la transacción es un contrato siquiera éste presente carac-

requisitos generales del artículo 1.261 del Código Civil (consentimiento, objeto y causa), los específicos de la transacción y los particulares de los “contratos autónomos que puedan integrarse en él” (STS de 4 noviembre 1969), ya que, como destaca Peláez, el carácter obligacional u obligatorio de la transacción hace necesaria su distinción de los negocios objeto de su contenido (compraventa, por ejemplo) y de los de disposición que sirven para ejecutarla, entrando de lleno en el campo de la teoría del título y el modo (“La propiedad y los derechos reales no surgen por efecto de los contratos obligatorios, sino por virtud de la tradición subsiguiente”: *op. cit.*, págs. 55-56).

En Derecho comparado, por su parte, la doctrina ha elogiado la precisión terminológica del Código Civil italiano de 1942, que introduce como elemento definitorio la reciprocidad de las concesiones, apuntando la posibilidad de que la transacción dé lugar a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica distinta del objeto de la “litis”. Efectivamente, en su artículo 1.965 dice: “(‘Nozione’). La trasazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. / con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesta o della contestazione delle parti” Y del concepto legal destaca la doctrina la *incertidumbre subjetiva* (“incertezza soggettiva”) y la resolución de un conflicto mediante recíprocas concesiones que, con ocasión de la “litis”, tengan por objeto la propia relación litigiosa o la creación, modificación o extinción de otra distinta (“le parti risolvano tale conflitto mediante ‘reciproche concessioni’ —aliquida dare e aliquie retinere—: se la concessione fosse unilaterale... non avremmo una transazione bensì una ‘rinuncia’”) (3 bis).

teres especialísimos que lo distinguen de los demás”— y 14 mayo 1982, entre otras), y recientemente la STS de 30 de octubre de 1989 (Avance del *BCRN* núm. 1).

En todo caso, hay que distinguir entre la causa de la transacción —resolución o prevención de un litigio: *timor litis*—, su objeto inmediato —recíprocas concesiones para dar certeza a la relación controvertida—, y su objeto mediato —o contenido de esas recíprocas concesiones. dar, prometer, o retener determinada “cosa, sea o no la cuestionada. En la transacción, pues, no coincide siempre el objeto mediato e inmediato. Las recíprocas concesiones pueden crear una nueva relación jurídica, respecto al objeto litigioso o litigable (certeza), en base a realizar mutuas concesiones sobre otros objetos no litigables ni litigiosos. Diversidad ésta que da lugar a la distinción entre la transacción pura y la transacción compleja, según se transija directamente sobre el objeto puesto en litigio o sobre otro distinto (según coincida o no el objeto mediato e inmediato del contrato).

(3 bis) *I Codici Civile e di Procedura Civile e le leggi complementari*, anotado y coordinado por Mario Abate, ed. Casa Editrice La Tribuna-Piacenza, Piacenza (Italia), 1990, pág. 355. Para la forma, págs. 355, 287, 467 y 471.

B) NATURALEZA JURIDICA

a) TRANSACCIÓN

El estudio de la naturaleza jurídica de la transacción se centra en la calificación del contrato como traslativo o declarativo de derechos, estando dividida la doctrina en su catalogación jurídica, quizá por conjugar ambos caracteres, con prevalencia de uno u otro según los casos (4), y entrar —de hecho— de lleno en ese tercer género de actos de riguroso dominio, que algún sector doctrinal denomina “especificativos de derechos”, y que se asemejan a los traslativos en la capacidad de disposición y a los declarativos en el objeto, significando en todo caso una mutación jurídica sustantiva en cuanto a la titularidad y al ámbito material de ejercicio del derecho.

En cualquier caso, se califique de traslativo —doctrina romanista: “transigere est alienare”— o de declarativo del negocio jurídico —toda vez o según el caso (5)—, con los efectos sustanciales que conlleva —usucapión—, la cuestión gravita sobre el contenido patrimonial repercutido, y sobre el objeto concreto transigido, en cuanto surja del contrato un nuevo acto divisorio o particional —traslativo—, o la renuncia —“sacrificio compensado”— a la pretensión —declarativo—. En este caso será traslativo para el renunciante y declarativo para la otra parte, que se ve favorecida por el “reconocimiento” indubitado de su derecho.

Peláez, por su lado, señala que “la transacción es un contrato de eliminación de una controversia, fuente de una relación jurídica nueva que

SENSALE, SACCO, PEZZUTI, BOVE y DE FUSCO (en colaboración) *Manuale di Diritto Civile (Istituzioni di Diritto privato)*, Ed. Simone (serie Pocket), III edc., Napoli (Italia), 1986, pág. 500. Para la forma y el carácter constitutivo de la transacción, pág. 501.

Sobre la doctrina española, véase PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 5. La reciprocidad de las prestaciones no presupone la necesidad de su equivalencia (SSTS 14 marzo 1955 y 19 diciembre 1960: *op. cit.*, pág. 49).

(4) Igual que ocurre con la partición o con la división de la cosa común. CAMY destaca el carácter “eminente traslativo” de la transacción (*Examen de los actos jurídicos sobre inmuebles, en especial la caducidad*, Ed. CEH del CRP y M, Madrid, 1989, pág. 157, pág. 151).

(5) Véase CAMY, *op. y pág. cit.*; OGAYAR, *op. cit.*, págs. 6-8; CASTÁN, *op. cit.*, pág. 824, “la doctrina moderna... —lo considera— simplemente declarativo...” (Moxó lo considera declarativo y “determinativo”, pág. 825). PUIG BRUTAU, que recoge la opinión de Albaladejo favorable a su catalogación como declarativo, entiende que la transacción será “traslativa en la medida en que atribuya el derecho . se trata de un contrato que deja superada la firmeza que podía tener la situación anterior a base de crear una certeza nueva”, *op. cit.*, pág. 634 La Resolución de 6 de diciembre de 1947, por su parte, la considera declarativa en un caso de transacción pura.

va a ocupar el lugar de la primitiva”, dejando aparte la diversidad —declarativa/traslativa— de su contenido, que en ningún caso muta la naturaleza de este contrato. Se pone “término —como dice Carreras— a una incertidumbre psicológica y a una litigiosidad objetiva” (*op. cit.*, pág. 111).

La doctrina italiana (Nicolò, Santoro-Passarelli), con idéntica orientación —en parte—, partiendo de su naturaleza bilateral y onerosa, destaca su carácter *constitutivo* (“perché conesa le pati modificano la situazione giuridica peesistente attraverso le reciproche concessioni, le quali, como si è detto, possono riguardare anche rapporti diversi da quelli controversi”, distinta, pues, del negocio de “ascertamento”, aseveración o reconocimiento judicial de la certeza de la relación jurídica que la escritura privada revela) (3 bis).

b) FIGURAS AFINES

Y el hacer gravitar, precisamente, la naturaleza de la transacción en el más o menos complejo objeto de la misma, arrastra la consecuencia de presentar similitud con otras figuras jurídicas, distinguiéndose sustantivamente en esa litigiosidad de las pretensiones encontradas que contractualmente se dirimen.

La analogía o semejanza trasciende al problema planteado: la forma. La partición —y en concreto la judicial—, según la STS de 18 de junio de 1962, presenta la nota común con la transacción de ser también un “contrato liquidatorio” o “negocio jurídico de fijación” (6). El allanamiento y el acto de conciliación, por su lado, así como el desistimiento, pueden ser efectos de una transición. *Pueden* ser el efecto procesal de la transacción, sin que por ello se vea afectada su naturaleza, ya que su ámbito es mucho más amplio (7). Otras causas, además de este contrato, provocan la conciliación, el allanamiento o el desistimiento.

En nuestra doctrina, Peláez señala como elementos diferenciales entre la transacción, la renuncia y el allanamiento, la unilateralidad de la declaración de voluntad en los dos últimos casos. Distinguiéndose del desistimiento, en que éste no pone fin a una controversia, sino al proceso, de la caducidad, en la persistencia de la acción, y del arbitraje, en la intervención del tercero como componedor de las pretensiones (*op. cit.*, págs. 128-131).

(6) Véase CASTÁN. *op. cit.*, pág. 820.

(7) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 630; y OGÁYAR, *op. cit.*, pág. 49: STS de 5 de junio de 1926, sobre allanamiento.

Mayor analogía presenta con los convenios reguladores de la suspensión de pagos y de la separación conyugal (8). La diferencia, sin embargo, estriba en la fuente de las obligaciones. El convenio, en suspensión de pagos, debe sujetarse a las disposiciones legales, origen de existencia y cobertura de su legalidad. El convenio tiene que darse dentro de la suspensión, y aunque tenga un indudable contenido privado, como la transacción, en cuanto acuerdo entre las partes sobre objeto litigioso aprobado por el Juez, la posición del deudor no puede ser considerada como enteramente "libre" ni se actúa al amparo del artículo 1.255 del Código Civil. Estaría dentro del estrecho campo, podríamos decir, que las normas de orden público o derecho necesario dejan a la voluntad privada (9). Asimismo, el convenio regulador de la separación presenta similitud, origen convencional y aprobación judicial —se incorpora a la sentencia de separación, nulidad o divorcio—, con el contrato de transacción, pero tres diferencias fundamentales lo apartan de él: la carencia de "incertidumbre subjetiva" de la relación jurídica, la ausencia de contrato —se trata según el art. 81.1.º del Código Civil de una simple "propuesta"— y la ilicitud de su objeto, conforme al artículo 1.814 del Código Civil (10). El objeto de sí mismo no

(8) ROCA SASTRE, R.: *Dictámenes jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, vol. 2, pág. 1085; suspensión de pagos: "se trata de un contrato de transacción que, según claramente declaró la Sentencia de 30 de diciembre de 1932 ..".

(9) Tal es el carácter de la Ley de Suspensión de Pagos, según la doctrina y la jurisprudencia. Particularmente, en materia de hipotecas, pueden verse las Resoluciones de 27 de enero de 1986 y 5 de junio de 1987.

(10) Los efectos patrimoniales de las sentencias de separación, nulidad y divorcio —estado civil—, y su incorporación a las mismas de los actos liquidatorios o particionales, regidos por el régimen convencional o legal supletorio aplicable, no se fundamentan en la incertidumbre acerca de la fuerza o posición de las pretensiones de ambos cónyuges, salvo error o falsedad. Así la STS de 20 de octubre de 1954 declara que la transacción no es válida si se basa en un hecho falso, conocido por una de las partes, que el Juez aprecia y valora con ocasión de la aprobación previa a la incorporación en autos de la transacción (PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 627).

Por otra parte, dejando a un lado el carácter no contractual del convenio y la desafortunada denominación legal —es una simple propuesta—, que el convenio sea parte de la sentencia declaratoria del nuevo estado civil de los cónyuges —nulidad o divorcio— o de la modificación de éste —separación personal—, plantea el problema de la ilicitud del objeto, ya que el artículo 1.814 del Código Civil sustrae expresa e imperativamente del ámbito de la transacción las cuestiones relativas al estado civil de las personas, matrimoniales y sobre alimentos futuros, contenido ordinario de una sentencia de ese tipo. El convenio, pues, por razón de su objeto nunca podrá ser una transacción, por ser ilícito, precisamente. Aunque OGAYAR (*op. cit.*, pág. 49) entiende que no debe incluirse en la frase "cuestiones matrimoniales" las relativas al régimen económico-matrimonial —1.326 CC: alteración paccionada del régimen—, susceptibles de transacción, la realidad muestra cómo ese medio material puede afectar decisivamente a las relaciones personales siendo capital punto de conflicto en los pleitos sobre el estado civil, donde la cuestión estrictamente "personal" entre cónyuges está ya decidida CASTÁN, por su parte, recogiendo el contenido de las SSTs de 17 de junio de 1944 y 13

es litigioso, o si lo es, no pasa de ser un simple desacuerdo en el acto divisorio (o liquidatorio de la sociedad conyugal). Si se extiende a la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, con pretensiones encontradas, si puede llegar a tener carácter transaccional (que a efectos formales no pasará de una presunción, ya que no media litigio sobre ese punto). Es decir, el convenio puede arrojar una transacción real y efectiva, pero extrajudicial y preventiva con visos de ilicitud. El desacuerdo no puede presumirse. En otro caso, no habría convenio (11). Con la limitación advertida: si se integra como un todo en la sentencia, nunca podría ser una transacción, dada la prohibición del artículo 1.814, ya que se reúnen al tiempo los tres requisitos de su aplicabilidad (estado civil, cuestión matrimonial y alimentos futuros). No obstante, la doctrina y la jurisprudencia se muestran favorables a la transacción sobre el contenido patrimonial de las relaciones matrimoniales (10).

Desde otra perspectiva y atendiendo a la eficacia del contenido del contrato transaccional, se ha planteado el paralelismo o identidad entre la novación y la transacción, en base a la certeza novatoria que se imprime en la relación jurídica afectada por la incertidumbre subjetiva, en la relación jurídica litigable o litigiosa. Cuestión que viene unida al problema de la naturaleza jurídica de la transacción, de tal suerte que su calificación jurídica va a determinar ese paralelismo. Según, pues, consideremos a este contrato declarativo, traslativo, determinativo o constitutivo, la figura de la novación va a hacer acto de presencia. Para Peláez Sanz sí se produce tal novación. "Si la transacción es un contrato de eliminación de una controversia siendo fuente de una relación jurídica nueva que va a ocupar

de octubre de 1966, dice que "la prohibición del artículo 1.814 no se ha de extender a las consecuencias de carácter puramente patrimonial que puedan derivarse del estado civil de una persona determinada, porque tales consecuencias revisten carácter privado y no afectan al orden social ni al interés público" (*op. cit.*, pág. 831, nota 2). En el mismo sentido, MANRESA (*Código Civil español*, t. 12, Ed. Reus, Madrid, 1973, pág. 157) y PUIG BRUTAU (*op. cit.*, pág. 636). DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, por su lado, se muestran favorables a la interpretación restrictiva del precepto (sobre la existencia o subsistencia del matrimonio no se puede transigir: *Sistemas de Derecho civil*, vol. II, 5.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 474). En todo caso, la "incertidumbre" y, en consecuencia, la posible existencia de la transacción (incertidumbre subjetiva sobre datos objetivos ciertos de la relación jurídica), dependerá en cada caso de la naturaleza del derecho inmobiliario, por lo que a nosotros respecta.

(11) Desde el punto de vista inmobiliario, los aspectos transaccionales del convenio son muy limitados y, en principio, puede realizarse la partición de bienes mediante escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal, sin que por ello pensemos que su causa última sea la prevención de un litigio. Causa común a cualquier acto divisorio en que media acuerdo. El convenio, no obstante, presenta la nota distintiva de que se realiza con ocasión de la demanda de separación, nulidad o divorcio y de un pleito en curso, y de que lo decide —no sólo aprueba— el Juez (*vid* nota 24, sobre su catalogación como negocio jurídico de familia).

el lugar de la primitiva, se puede concluir que “la transacción produce una novación de las obligaciones anteriores”. Las partes... deciden eliminar la situación conflictiva... y sustituirla por otra clara” (*op. cit.*, págs. 124-125). A diferencia de las teorías declarativas y constitutivas de la transacción, y de la traslativa, en algunos casos, la novación hace acto de presencia en esta concepción determinativa de la certeza de la relación jurídica o de la composición de la “litis”.

Finalmente, cabe plantear esa afinidad o analogía con el *acto de conciliación* (*vid. infra*). La conciliación, dice Fernández, “es una actividad preprocesal —pero jurisdiccional— y facultativa para actor y demandado, que pretende conceder a los futuros litigantes la oportunidad de solventar sus diferencias en presencia del juez” (11 bis: pág. 224). Institución profundamente modificada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que ha suprimido su carácter obligatorio, siendo en la actualidad un “acto potestativo del actor” (pág. 225), resultado de la exhortación del juez (art. 692.1.º LEC), que en caso de avenencia —acuerdo o convenio mediante recíprocas concesiones— es “una transacción judicial pura y simple, que produce excepción de cosa juzgada... y que es —si efectivamente lo es— título ejecutivo” (salvo acciones declarativas y constitutivas). “El legislador ha reinventado la “transactio” romana (págs. 448-449). Identidad —conciliación/transacción— que se ve reforzada por el contenido del artículo 460.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que excluye del acto de conciliación las materias no susceptibles de transacción (pág. 225).

Ahora bien, a pesar de esa similitud o identidad que presenta en algunos casos, el ámbito material de transacción es más amplio, o mejor dicho, distinto, que el del convenio en conciliación. Este convenio tiene una “naturaleza peculiar”. Pues aunque el Tribunal Supremo suela asimilarlo a la transacción (S 19 diciembre 1953) por entender que ese convenio —como nuevo acuerdo de voluntades— en un contrato (STS 16 diciembre 1953), de ambas figuras se distingue. Del contrato, por ser susceptible de ejecución forzosa, cuando no exceda de 500.000 pesetas, y de la transacción, cuando excede de esa cuantía, por carecer de dicho efecto ejecutivo.

(11 bis) DE LA OLIVA, A./FERNÁNDEZ, M. A.: *Derecho procesal civil*, Ed PPU, Barcelona, 1988, t. II, págs. 223 y ss.

MONTERO AROCA, J., en Cortés Domínguez, y otros: *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 307.

Asimismo, puede verse PELÁEZ, *op. cit.*, págs. 231-245.

Sobre la Resolución de la Dirección General, véase ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, t. III, págs. 231-234 (Considerandos 1.º y 2.º, pág. 233). Sobre la necesidad de documentar en escritura pública el convenio en conciliación, y Resoluciones de 1 de julio de 1943 y 25 de julio de 1880 (ROCA/MOLINA, *op. cit.*, t. VIII y I, págs. 326 y ss y 1136, respectivamente).

Esto es, el convenio celebrado ante Juez de Paz o de Distrito, por razón de la cuantía (5.000 ó 500.000 pesetas), es título ejecutivo judicial y abre directamente la vía de apremio como si de una sentencia firme de condena se tratase (caso de que su objeto no sea meramente declarativo o constitutivo y sin fuerza de cosa juzgada material); y el convenio, cuando el valor de lo conciliado exceda de 500.000 pesetas, “tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne” (art. 476.II LEC). Su finalidad, pues, como señala Fernández, podría haberse logrado, suprimiendo el acto de conciliación, a través de la transacción judicial y extrajudicial, dotadas de superior eficacia (págs. 227-231).

En definitiva, la conciliación con avenencia —continúa diciendo Fernández— nada añade a la transacción judicial, siquiera de la extrajudicial se distinga por “la presencia del Juez, que, con las funciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil le encomienda (art. 471), es poco más que simbólica” (pág. 224). Y desde el punto de vista formal, sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre ello, dada la naturaleza de la conciliación, el *acta* de la misma no elimina *per se* las normas generales del Código Civil. Montero Roca, por su parte, ubica la conciliación dentro de la denominada “autocomposición”, “entendida como *status termini* en el que se ha logrado la avenencia de los interesados —y— se resuelve en una de las tres formas de ésta: desistimiento, allanamiento y transición” (II bis).

En cualquier caso, esta equiparación jurisprudencial entre transacción y acto de conciliación, como negocios jurídicos privados, sí nos ofrece una visión clara sobre el título inscribible, al profundizar en la naturaleza o trascendencia jurídico-procesal de la *aprobación o presencia judicial*, sustraídos ambos contratos del ámbito de la *decisión judicial*. Dice la Resolución de 14 de junio de 1897, que toma por base los artículos 1.049, 1.050 y 1.077-1.092 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 807, 808, 834 y 932 del Código Civil, sin que por el paso del tiempo haya variado su doctrina, lo siguiente: “Considerando que la *aprobación judicial* de las liquidaciones y particiones de herencia, *hechas extrajudicialmente...*, es un requisito que tiene sólo por objeto dar mayor solemnidad o autenticidad a las expresadas operaciones, que no implica ni exige el *examen de la validez* de su contenido por el Juzgado, el cual viene obligado a llenar dicho requisito... cuando los interesados manifiestan su conformidad o no formalizan oposición alguna en el término señalado al efecto. Considerando que, dado el *carácter meramente formulario*, que tiene semejante aprobación, es evidente que *no pueden equipararse* en sus efectos a las *resoluciones que dictan los Jueces y Tribunales*, previo el examen de la certeza de los hechos y su apreciación con arreglo a las leyes...”. En ambos casos, transacción y operaciones particionales aprobadas por el Juez, y en el de la

avenencia en conciliación ante el mismo, no estamos en presencia de una resolución judicial (11 bis).

B) ELEMENTOS

a) PERSONALES

La capacidad para transigir, como antes señalábamos, es la misma requerida para los actos de disposición, y afecta particularmente, por tanto, a los supuestos de representación legal (arts. 166-1.º y 3.º —patria potestad—, 185 —ausente—, 271-3.º —tutela—, 290 —curatela—, 323 y 324 —emancipación—, 804 —administrador de la herencia—, 1.377 —cónyuge incapaz—, 1.810 —patria potestad—, 1.811 CC —tutela) como voluntaria (arts. 1.812 —corporaciones— y 1.713 —mandato— CC: expresa).

La autorización o aprobación judicial, cuando fuere necesario, tendrá lugar antes o después de la transacción, respectivamente, pero siempre será anterior a “su consumación o producción de efectos” (SSTS 10 abril 1908, 3 marzo 1909, 8 junio 1917, 21 mayo 1940, 11 noviembre 1955, 14 marzo 1955 y 30 noviembre 1961) (12).

b) REALES

La aplicación general de los artículos 1.261 —objeto cierto que sea materia del contrato—, 1.271 —objeto en el tráfico jurídico, moral y lícito—, 1.272 —posible— y 1.273 —determinable— del Código Civil, dentro del ámbito específico de la transacción, que señala el artículo 1.809 —objeto litigable o litigioso—, ensancha sobre manera la extensión material de este contrato, fuera ya de las prohibiciones y limitaciones expresas que por razones de orden público establecen los artículos 1.813 y 1.814, aplicando las reglas generales de interpretación de los contratos, conforme al artículo 1.815 (v. STS de 26 junio 1946) (13).

Dar, prometer o retener alguna cosa o derecho, personal o real (SSTS 16 abril 1904 y 8 marzo 1933). Y retener un derecho real no equivale, como dice la Resolución de 12 de marzo de 1930, a ratificarlo, sino a

(12) CAMY SÁNCHEZ-CARETE, B., *op. cit.*, págs. 157-159, y *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1983, t. II, págs. 638-641 y 646-649. OGÁYAR, *op. cit.*, págs. 20-37. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 828, sobre el carácter de la autorización judicial previa —anulabilidad—.

(13) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 637. *Vid. supra* nota 10

“*reconocer* una situación jurídica ya existente, por lo que ha de hacerse esa manifestación, con todos sus requisitos, sin confusión ni ambigüedades, sin que ese asiento impida el acceso al Registro de la transacción que lo ratifica, pues aun cuando en el folio registral no se recoja esa incertidumbre en la titularidad, a la que pone fin la transacción, el recogerla ahora, impidiendo un posible litigio en el futuro, constituye un ‘reconocer’, que, asegurada la titularidad registral, es inscribible conforme al número 2.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y el 7.º de su Reglamento” (14).

c) FORMALES

Y si la amplitud de objeto es característica de cualquier controversia transaccionable, la forma que puede adoptar este contrato no difiere de cualquier otro (arts. 1.278 a 1.280 del CC). La transacción, según la jurisprudencia, puede ser verbal o escrita, pública o privada (SSTS 3 mayo 1958, 29 abril 1966 y 10 febrero 1977), aunque “se infiera que en algunos supuestos” podrá ser necesario el otorgamiento de escritura pública, y

(14) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 830. OGAYAR AYLLÓN, *op. cit.*, 37 y ss. Para el texto transcrito, véase CAMY, *op. cit.*, en primer lugar, pág. 157. Así en caso doble inmatriculación, una de las partes puede reconocer el derecho preexistente de la otra, que actuó al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298, párrafo final, Reglamento Hipotecario (“Los que se crean con derecho a los bienes o partes de ellos cuya inscripción se haya practicado conforme al art. 205 de la Ley, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente en *juicio declarativo*, y deberá el Juez ordenar que de la demanda se tome en el Registro la correspondiente *anotación preventiva*”). Si el derecho que se pretende hacer valer es el de *doble inmatriculación* de toda o parte de la extensión de una finca, debe extenderse la nota del 313 del Reglamento Hipotecario, al anotar la demanda Reveladora de la situación litigiosa como un hecho jurídico, y su conveniencia aparece incluso en el supuesto de que se haya ejercitado la acción al amparo del artículo 298, párrafo final, sin seguirse el procedimiento del 313 y aunque el mandamiento sólo ordene extender la anotación. La dificultad de extender dicha nota, no obstante la conveniencia apuntada, puede surgir del principio de rogación, el interesado puede incurrir en el olvido de solicitarlo del Juez, sin reparar en la caducidad de la anotación. Pero dada la importancia del problema, y el vacío legal ante la falta de correlación entre el 298 y 313 del Reglamento Hipotecario, cabría, al menos, extender una *nota* al margen de la inscripción de dominio de *mera relación*, que advierta al tercero, caso de que la anotación caduque y el procedimiento subsista. Seguramente, la suspensión de efectos del principio de fe pública que establece el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, no deberá contraerse al plazo de dos años, pues, recurrida la inmatriculación —que es el presupuesto legal de su aplicación—, y aunque no se estime conveniente la extensión de la nota —la anotación puede prorrogarse—, el plazo habrá de computarse a partir del fin —registral— de la controversia o de la cancelación de la anotación por caducidad, salvo que se practique ésta por desestimación o desestimiento de la demanda (en caso de transacción, a partir de la inscripción de la misma), o se entienda que el plazo debe surtir efectos frente a los terceros que no recurrieron (puesta en litigio la existencia material misma de la finca tal y como se inscribe, no creemos que deba entrarse en distingos)

siempre conveniente el empleo de la forma escrita STS 29 abril 1966). Ogáyar y Puig Brutau indican que el artículo 1.815 parece dar por supuesta la forma escrita, al hablar de “los objetos expresados determinadamente” y de la “inducción necesaria de sus palabras” (15).

En definitiva, esa libertad de formas no es otra que la que impone la obligatoriedad de la escritura pública para los negocios jurídicos inmobiliarios (arts. 1.280 CC y 3 LH). Así lo entienden la generalidad de los autores y la propia jurisprudencia transcrita, destacando la aplicabilidad de los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento (16). Y el funcionario competente para autorizar el acto es en principio, el Notario y no el Juez, como en cualquier compraventa. La transacción es un contrato privado.

Por otro lado, desde el punto de vista registral inmobiliario, no debe olvidarse la teoría apuntada del título y el modo (arts. 1 y 3 LH en relación a los arts. 609, 1.095 y 1.462 del CC). “La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada o intestada y *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición...*” (art. 609 CC). Y sólo la escritura pública *equivale* a la entrega de la cosa —tradición instrumental: art. 1.462 CC—, sin que la inscripción llegue a sustituir a la tradición (y sin tradición no cabe la inscripción, entiende Roca) (16 bis). El documento privado, incluso en el caso de la transacción judicial procesal, no sería suficiente. En ejecución de sentencia, tendría que poner el Juez al titular en posesión de la cosa (v. *infra*).

(15) OGÁYAR y PUIG BRUTAU, *ops. cit.*, págs. 54 y 637.

(16) OGÁYAR y PUIG BRUTAU, *ops. cit.*, págs. 54-55 (forma *ad probationem*) y 638. CASTÁN, *op. cit.*, págs. 831-832. MANRESA, *op. cit.*, págs. 163-164 (forma escrita *ad probationem* y ausencia de prueba testifical —STS 6 mayo 1955—).

(16 bis) CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Ed. M. Pons, Madrid, 1990, págs. 237 y ss., y en concreto págs. 249-251. “Estos dos exponentes legislativos —arts. 609 y 1.095 CC— de la admisión de la teoría creo que no solucionan definitivamente el problema, ya que, de una parte, queda pendiente el carácter abstracto o causal que a la *traditio* se le aplique y, de otro, la solución hipotecaria que al problema de la doble venta se le da” (pág. 244).

ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1979 págs. 222 y concordantes.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 639 y ss.: “la tradición es elemento constitutivo de la adquisición del dominio y derechos reales, junto al título, y que, en consecuencia, se requiere para la práctica de la inscripción; pero que no queda desvirtuada por la falta de posesión real del <tradens>... La tradición instrumental es requisito necesario para la práctica de la inscripción... y si de la misma escritura resulta que no se ha querido otorgar la tradición instrumental, el documento no es inscribible, por no tratarse de un <título traslativo> ni <constitutivo de derecho real>... —pág. 670—.

La importancia práctica de la forma de la transacción, no obstante el principio general de libertad de forma que recoge la jurisprudencia (SSTS 20 octubre 1928, 3 mayo 1958, 29 abril 1966, 10 febrero 1977, 4 diciembre 1985: forma *ad probationem*, sin perjuicio de que “en algunos supuestos podrá ser necesario el otorgamiento de escritura pública” —STS 29 abril 1966—) y que por imperativo de los artículos 1.280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria, impone la forma pública en los negocios jurídicos inmobiliarios, como reconoce unánimemente la doctrina, ha sido —la importancia práctica— destacada por Peláez, como determinante de “la fuerza y eficacia de la transacción”. Y así mientras la escritura pública abre el juicio ejecutivo —art. 1.429 LEC—, el documento privado sólo “serviría de apoyo a una acción para acudir a un declarativo ordinario (*op. cit.*, págs. 73-78).

Hay que distinguir, pues, entre título ejecutivo, título de ejecución y título inscribible. Peláez, siguiendo a Fernández, señala como presupuestos concurrentes del proceso de ejecución la acción ejecutiva —licitud de la ejecución— y el título ejecutivo —documento “abstracto” necesario para la ejecución—. Los títulos ejecutivos pueden, a su vez, ser judiciales —transacción judicial— y extrajudiciales —escritura pública—. El título ejecutivo judicial por excelencia es la sentencia firme de condena. No lo son ni las sentencias meramente declarativas ni constitutivas, porque no llevan aparejada una declaración de responsabilidad (*op. cit.*, págs. 221-224). Ahora bien, dentro de los títulos ejecutivos, conviene distinguir —como hace Herce Quemada— entre títulos de ejecución o ejecutorios (sentencia firme de condena) “que conducen directamente a la ejecución forzosa”, y títulos ejecutivos propiamente dichos (escritura pública), “que permiten solamente entrar en juicios declarativos especiales sumarios para lograr rápidamente el título de ejecución propiamente dicho” (*op. cit.*, pág. 226). Y en este sentido únicamente la transacción judicial “procesal” será título de ejecución cuando tenga por objeto un contenido parangonable a la sentencia firme de condena. Así, la forma ordinaria del título inscribible será la escritura pública, y sólo excepcionalmente la transacción judicial “procesal”, acompañada de las diligencias conducentes a la ejecución de sentencia, es decir, cuando la transacción sustituye a la sentencia de una forma cualificada, puede llegar a ser inscribible. Y decimos puede, ya que, dada la variabilidad de su contenido, y habida cuenta del objeto omnicompreensivo de la transacción, es difícilmente imaginable el supuesto en que llegue al Registro la transacción por vía de ejecución de sentencia (o de apremio, como dice el art. 1.816 CC). Pues si el contenido de la transacción es condenatorio, la falta de cumplimiento dará lugar al apremio sustitutorio y al embargo inmobiliario, en su caso (si tiene por objeto

un contrato de compraventa de un inmueble, aunque el Juez entregue la cosa o la ponga en posesión del adquirente, ¿cómo evitar la aplicación del 1.280?, teniendo presente lo dicho sobre los requisitos esenciales de la transacción: ¿sería inscribible el documento privado incorporado al proceso?). Y si es declarativa —reconocimiento dominical— o constitutiva —aseguramiento mediante hipoteca—, ¿cómo se ejecutará?, ¿cuáles serán las diligencias conducentes a la ejecución salvo la sustitución de una de las partes por el Juez en el otorgamiento público? ¿Hasta qué punto, entonces, sustituye la transacción —judicial— “procesal” a la sentencia? El Código dice que produce entre las partes excepción de cosa juzgada (sin la extensión de la que produce formal y materialmente la sentencia: anulabilidad contractual), y que podrá ejecutarse por la vía de apremio, por la vía de apremio sustitutorio —indemnizatorio—. Salvo la excepcional ejecución forzosa en forma específica, que no excluye —incluso considerando oportuna la sustitución del transferente en rebeldía por el Juez— la escritura pública, el proceso ejecutivo se resuelve en una indemnización compensatoria. Como vemos, la transacción sustituye con distinta eficacia la sentencia que pudiera recaer en el pleito que resuelve, abriendo camino a la ejecución, sin que excluya el cumplimiento de las reglas generales en materia de forma que rigen en nuestro ordenamiento. La transacción “condenatoria” puede dar lugar a la adjudicación de un inmueble en pública subasta y por causa de lo transigido, pero el título inscribible sería el resultado del procedimiento ejecutivo al que aquélla dio lugar (escritura pública de venta judicial o testimonio del auto de adjudicación al acreedor del inmueble embargado). Las partes en el proceso de ejecución, y ello es revelador, son acreedor y deudor (obsérvese, además, que el art. 1.816 sólo se refiere a la transacción judicial incorporada al proceso o “procesal”).

En Derecho comparado, en el Código Civil italiano el distinto carácter de la forma de la transacción se distingue con nitidez. La regla general impone la forma *ad probationem*, y la excepción, la forma *ad substantiam*. El artículo 1.967 dispone: “(Prova). La transazione deve essere provata per iscritto, fermo il disposto del n. 12 dell’articolo 1.350”; y el 1.350 (que encabeza la “Sezione IV. Della forma del contratto”), bajo la rúbrica “Atti che devono farsi per iscritto”, señala: “Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità:... 12) le transazioni che hanno per oggetto controversie relative ai rapporti giuridici menzionati nei numeri precedenti (en general relativos a los contratos inmobiliarios o relativos a inmuebles, en los que se constituyan derechos reales). Por su parte, el 2.643 sujeta a inscripción la transacción “inmobiliaria” y a previa forma pública su documentación en los términos del artículo 2.657 (art. 2.643:

“Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione:... 13) le transazioni...”). Ahora bien, este articulado da lugar a la siguiente interpretación: 1.º Regla general: “Il contratto di transazione richiede la forma scritta ‘ad probationem’ (art. 1.967).; 2.º Excepción: “Se però ha ad oggetto controversie relative a diritti reali su beni immobili, la forma scritta è richiesta ‘ad substantiam’ (art. 1.350 n. 12) e l’atto deve essere ‘trascritto’ (art. 2.643 n. 13) (3 bis).

D) CONTENIDO

a) VALIDEZ

“Como todo contrato —dice Puig Brutau—, la transacción está sometida a las reglas generales de los artículos 1.261, 1.265 y 1.300, con sus concordantes, del Código Civil”. Así lo establece el artículo 1.817, que añade algunas reglas específicas, en unión del 1.818 y 1.819, nacidas de la especial naturaleza de esta fórmula contractual, sobre desistimiento de la demanda, aparición de nuevos documentos y existencia de sentencia en el procedimiento entablado (*op. cit.*, pág. 639).

La calificación registral, entonces, será la ordinaria de los contratos, en cuanto a nulidad y anulabilidad, y la de los documentos judiciales (arts. 18 LH y 100 RH), si éste es el conducto por el que accede al Registro, con la problemática que luego expondremos.

b) EFICACIA

La eficacia de la transacción entre las partes y frente a tercero tampoco ofrece particularidad alguna, pues, como advierte la doctrina, el pronunciamiento del inciso primero del artículo 1.816 dista poco del que recoge el 1.091 del mismo Código. Hablar de “autoridad de cosa juzgada” o de “fuerza de ley” y ser posible la impugnación del contrato, elimina diferencias. Sólo la ejecución por vía de apremio —art. 1.816, inciso 2.º— introduce una novedad no habitual, nacida precisamente de la aprobación judicial y del fin del procedimiento entablado. Si la transacción es extrajudicial y no ha mediado pleito —transacción preventiva— ni demanda, no parece ni oportuna ni necesaria la aprobación judicial. El Juez se inhibiría de la cuestión (STS 3 noviembre 1911: “la transacción en documento privado no tiene el concepto de judicial”) (17).

(17) PUIG BUTRAU, *op. cit.*, págs. 638 y 632.

La importancia del carácter judicial o extrajudicial de la transacción va a influir determinantemente en la forma del título inscribible.

E) CLASES

Suele clasificarse la transacción en judicial y extrajudicial, pura o compleja, declarativa o traslativa, según el elemento definitorio que se destaque, bien sea la forma, bien el contenido, bien la trascendencia jurídica. La distinción fundamental, no obstante, en orden a la eficacia, es la primera de ellas, ya que las otras pueden concurrir a un tiempo (extrajudicial, compleja y traslativa, o judicial, pura y declarativa o reconocitiva) (17 bis).

a) EXTRAJUDICIAL

En principio, toda transacción, en cuanto contrato privado sobre un objeto litigable o litigioso, es extrajudicial. Es un contrato que se perfecciona fuera del proceso. “La transacción —dice Ferrandis— es siempre extrajudicial en cuanto a su celebración; pero puede producir efectos judiciales o extrajudiciales. Solamente para el cumplimiento de la transacción judicial (celebrada extrajudicialmente pero incorporada después al proceso pendiente) procederá la vía de apremio, conforme al artículo 1.816 del Código Civil”. “En realidad —añade Puig Brutau—, hay que establecer las siguientes distinciones:

- La transacción extrajudicial que evita que se inicie un pleito.
- La transacción igualmente extrajudicial por la que las partes desisten de un pleito en curso, en cuyo caso, se produce el efecto especial del párrafo segundo del artículo 1.817.
- Por último, la transacción propiamente judicial, que deriva de un acto incorporado al proceso en curso y que permite instar directamente la vía de apremio (art. 1.816)” (18). Puntualización que me lleva a distinguir, a efectos prácticos, dos grandes tipos de transacción, judicial y extrajudicial, y dentro de ellas la judicial extraprocesal (cuando la transacción se menciona como causa de desistimiento pero no se incorpora al proceso), la judicial procesal (o ejecutiva), la extrajudicial preventiva (evita el pleito) y la extraju-

(17 bis) Véase PELÁEZ, *op. cit.*, págs. 58-67

(18) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 631

dicial disuasoria (que se traduce en un simple allanamiento, desistimiento o abandono de la acción, sin expresar la causa).

b) JUDICIAL

Parece claro, a tenor de lo expuesto, que la eficacia ejecutiva de la transacción es resultado directo de la transacción judicial procesal y mediato de la extrajudicial y extraprocesal, sin que quepa interpretar que con la condena al cumplimiento de lo pactado “se sustituye la sentencia ejecutoria por una transacción, pues declarada en aquélla la eficacia de ésta, han de tenerse en cuenta los pactos en ella consignados para llevar a efecto el fallo que obliga a su cumplimiento (STS 3 noviembre 1911) (19). Y menos aún que el carácter judicial de la partición desnaturalice el contrato privado. La sentencia ejecutoria, mediata o inmediatamente, y sin perjuicio de la exigencia general de la escritura pública en los contratos inmobiliarios, es ineludible. Luego, en principio y con independencia de la clase de partición, el título que accederá al Registro será la escritura o la sentencia ejecutoria, resultado del cumplimiento voluntario o forzoso de lo transigido. Veamos.

La primera cuestión, quizá ya suficientemente clara, es la del aspecto procesal de la transacción judicial, la de la trascendencia jurídica de la aprobación judicial. Dice Ogáyar que, a su juicio, “el objeto de la transacción es todo el derecho de las partes, tanto el material como el procesal... —aunque— la transacción, como contrato privado, no cambia por el hecho de que sus consecuencias puedan o no reflejarse en un proceso, por lo que si se desea poner fin a un proceso... ha de reunir los mismos requisitos que condicionan su eficacia en el derecho material” (20).

Herce Quemada, como indica Ogáyar (pág. 9), “afirma que la transacción judicial no siempre tiene carácter procesal, aunque produzca en todo caso el efecto de terminar el proceso ya iniciado”. Distingue, pues, dos supuestos, según la transacción sea causa u objeto del proceso. Distinción

(19) PUIG BUTRAU, *op. cit.*, págs. 632-633.

(20) *Op. cit.*, págs. 8-10. La forma, pues, será pública, y el Juez no admitirá, en principio, la transacción en documento privado, sino como resultado del artículo 1.278 del Código Civil. No obstante, desde un punto de vista registral, este extremo no es calificable. Es competencia del Juez el requerir la forma pública de la transacción inmobiliaria, cuando ninguna de las partes no se opone a su otorgamiento de la escritura, y de lo que se trata es de poner fin al proceso con carácter ejecutivo —residual—, en caso de incumplimiento. En la doctrina, GUASP a diferencia de PRIETO CASTRO, es contrario a la consideración de la transacción judicial como procesal, mientras DE LA PLAZA defiende la “doble condición de contrato regulado por el derecho material y procesal” (pág. 8-9).

que nos da pie a establecer la siguiente subclasificación de la transacción judicial:

Extraprocesal (causa)

Es extraprocesal la transacción judicial cuando, siendo ésta la causa de la terminación del proceso, no se incorpora al mismo (cuando “las partes... sólo aporten al proceso la manifestación escueta de que han llegado a un acuerdo”). Y aunque esa causa produzca el efecto advertido, por la suspensión del mismo, y ulterior desistimiento, allanamiento del demandado o caducidad de la instancia, nunca será procedente la vía de apremio que prevé el artículo 1.816 (21).

Procesal (objeto)

La transacción judicial procesal —o judicial “propia”— será aquella, por su parte, en que “las partes realicen la transacción ante el Juez del proceso, quedando los términos de la misma recogidos en el acta que se extiende al efecto”. La “institución tiene el carácter de un verdadero acto procesal, ya que se lleva a efecto dentro del proceso... pudiéndose pedir, por consiguiente, la ejecución de lo convenido por los trámites de la ejecución de sentencia”. La jurisprudencia —añade Ogáyar—, ante la falta de regulación legal —la LEC sólo recoge la transacción como excepción en juicio ejecutivo: art. 1.464.9.º—, señala que “para que exista transacción judicial es necesario que se celebre ante la presencia judicial, incorporándola al proceso”. Es necesario que “el juez la apruebe por auto, en él acuerde el fin del mismo y el archivo de las actuaciones (pág. 9).

En cuanto al valor o eficacia de esta transacción judicial, una parte de la doctrina considera que debe equipararse a la *sentencia firme*, y otro sector estima que estamos ante un *nuevo contrato*. El texto literal del artículo 1.816 parece abogar por la primera dirección —“autoridad de cosa juzgada”. La intervención judicial no recae sobre el fondo del asunto decidido por las parte, sino sobre su cumplimiento (SSTS 6 abril 1894, 27 junio 1907, 27 junio 1928, 30 marzo 1950), impidiendo el “examen judicial de las cuestiones transigidas”. Sin embargo, como apunta Ogáyar, “por

(21) Situación que lleva a algunos autores a la consideración, no obstante, de la transacción como judicial —DÍEZ-PICAZO—, y a otros a considerarla extrajudicial, “impropia”, en base a la SSTS de 21 de abril de 1942 y 24 de abril de 1911 —OGÁYAR (*op. cit.*, pág. 10)—.

mucha que sea la analogía de la transacción con la sentencia, es indudable que aquélla no tiene en sí los caracteres que se derivan de la decisión judicial". La distinción transacción-sentencia se patentiza además en la capacidad del Juez para valorar la validez de lo acordado (certeza del hecho controvertido —STS 20 octubre 1954—, causa, dolo...), a diferencia de lo que ocurriría tratándose de una resolución judicial (22).

Ahora bien, como indica Ogáyar, la transacción por sí, y a pesar de su condición de excepción judicial —art. 1.464.9.º LEC—, *no es título ejecutivo*, debe constar en *documento público* —art. 1.429 LEC—. Aspecto sustancial al objeto del presente estudio. La aprobación judicial de la transacción, una vez calificada la concurrencia de sus requisitos esenciales (arts. 1.261 y ss., 1.809 y ss. CC) y la incorporación del documento transaccional al proceso (SSTS 22 abril 1911 y 21 abril 1942), no significa que el título sea ejecutivo y hábil, a efectos registrales para producir la inscripción. El Juez, en principio, exigirá, bajo su competencia, que el contrato inmobiliario conste —según vimos— en escritura pública, y aun admitiendo el documento privado ratificado ante él por las partes —fuera del caso del art. 1.278 del CC—, su incorporación al proceso en vía "declarativa" —extintiva del mismo, en este caso— no hace nacer, en ese momento, el título inscribible. Es necesaria la sentencia ejecutoria, aunque se trate de un caso de doble inmatriculación —como el planteado— y la transacción contenga un "reconocimiento" de la titularidad registral de una de las partes (23). Incluso en el caso de admitir la transacción judicial sobre los elementos patrimoniales de la separación y la catalogación del convenio incorporado a la sentencia como tal contrato, la sentencia inscribible es la declarativa de la separación, nulidad o divorcio. En este sentido, debieran interpretarse las Resoluciones de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988. Sin el "plus" de la ejecución, no dejaremos de estar ante un documento privado que legalmente debió documentarse en escritura pública, conforme al artículo 1.280 del Código Civil (24).

(22) OGÁYAR, *op. cit.*, págs. 57-59. La última distinción es obra de FÉNECH NAVARRO. DIEZ-PICAZO/GULLÓN., *op. cit.*, pág. 475. Para la Sentencia de 1954, antes señalada, a efectos de la incertidumbre en cuestiones patrimoniales del matrimonio, véase PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 627-628.

(23) Para los efectos sustantivos y procesales apuntados de la aprobación judicial, véase OGÁYAR, *op. cit.*, págs. 59-61. La aprobación judicial de un acto contenido en un documento público o privado no convierte a éste en documento judicial. Así lo entiende la Resolución de 14 de junio de 1897 (véase ROCA/MOLINA *Jurisprudencia registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, t. III, págs. 231-234), que recoge José María DE MENA Y SAN MILLÁN en su *Calificación registral de los documentos judiciales*, pág. 44 (Ed. Bosch, Barcelona, 1985).

(24) Obsérvese, a efectos de no considerar el convenio como transacción judicial, que el artículo 81.1.º dispone que se acompañe la *propuesta de convenio*, luego es el

“La transacción judicial —señala De la Oliva—, supone, ante todo, un negocio jurídico-material que no sólo, como se ha dicho, se documenta en un “acta” mediante el correspondiente “acto” procesal, sino que ha de ser homologada por el tribunal..., con la consecuencia inexorable de una resolución judicial (un auto...) que recoge los pactos transaccionales, les confiere fuerza ejecutiva y dispone, sin posibilidad de recurso, el sobreseimiento del proceso” (11 bis: pág. 432).

F) TITULO INSCRIBIBLE

Finalmente, y a la vista de lo anterior, damos paso al análisis del título inscribible según el tipo de transacción ante el que nos encontremos.

a) TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL ESCRITURA PÚBLICA

Si la transacción es extrajudicial, “propia” o preventiva, la aplicación de las reglas generales impone la escritura pública, como entiende la doctrina, destacando el contenido de los artículos 3 y 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento.

Obviamente, igual que en el caso de la compraventa, si una de las partes se niega a elevar el documento privado a escritura pública, y éste es el contenido de la demanda (art. 1.278 del CC), el Juez condenará a la otra a su otorgamiento, o suplirá su voluntad, en caso de rebeldía, una vez probada la existencia y validez de la transacción realizada, sin decidir sobre la cuestión de fondo. Para que tenga carácter ejecutivo y acceda al Registro, vía apremio, debe constar previamente en documento público (art. 1.429 LEC).

Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, el que en definitiva realiza la liquidación de la sociedad conyugal. El Juez, a diferencia del supuesto de transacción judicial, entra en el fondo del asunto y decide, siendo su resolución recurrible (arts. 90 y 95 CC y disp. adic. 6.ª, 7 y 10 de la Ley de 7 de julio de 1981). La actuación privada es de mera proposición sin carácter contractual o pre-contractual alguno. En este caso, no podemos hablar, con independencia de lo dispuesto en el artículo 1.814 del Código Civil, de transacción. No obstante, López Alarcón lo considera como “un negocio jurídico bilateral, consentido por ambos cónyuges, típico del Derecho de Familia, en el que aquéllos convienen establecer el régimen jurídico del matrimonio separado o divorciado, tanto en sus aspectos personales como en los patrimoniales (véase PUIG BRUTAU, *op. cit.*, t. IV, págs. 83 y 163 —arts. 95 y 1.395 CC). Catalogación que no lo convierte en un contrato privado, sino, más bien, en lo contrario: un contrato de Derecho de Familia regido virtualmente por normas de derecho necesario, dentro del ámbito del 1.814 del CC.

b) TRANSACCIÓN JUDICIAL

Escritura pública (extraprocesal)

Si la transacción, por su parte, pone fin al proceso sin incorporarse al mismo —mediante acta y auto aprobatorio—, por la fórmula del desistimiento, allanamiento o caducidad de lo actuado, puede dar lugar a la cancelación de la demanda anotada, pero no será título inscribible. La escritura pública no puede eludirse. La causa inmediata del mandamiento cancelatorio será esa caducidad, allanamiento o desistimiento, y la causa mediata permanecerá —registralmente— oculta.

También puede ocurrir que, interpuesta la demanda, no se dé curso al procedimiento por la conciliación previa de las partes —avenencia—. “Es extremadamente interesante —dice De Mena— examinar si el... —acto— de conciliación, y naturalmente su reflejo en el testimonio del acta correspondiente, tiene el concepto de documento judicial a los efectos de su calificación e inscripción”(25). Y tras estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 13 junio 1972 y 5 noviembre 1976 —“el acto de conciliación no es un verdadero juicio ni se puede asimilar a los actos de jurisdicción voluntaria”, “es un negocio jurídico particular”) y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RR 1 julio 1943 y 25 julio 1864 —“lo contenido en los actos de conciliación sólo tienen el carácter de documento auténtico, en cuanto a la certeza de la celebración del acto y lo acordado en él, *sin* que los interesados se eximan de hacer constar en escritura pública sus convenios de avenencias... por lo que aunque los certificados de actos de conciliación tienen el carácter de documentos auténticos, cuando se refieran a... la constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos reales *no son títulos suficientes* para los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad”) y la doctrina —Alegre, González, Monet, Guasp, Aragoneses, Herce—, señala que su

(25) DE MENA Y SAN MILLÁN, *op. cit.*, págs. 46-52. La Resolución de 25 de julio de 1864 no la he localizado en el repertorio de jurisprudencia registral de Roca/Molina, pero dada su identidad de contenido con la Resolución de 25 de julio de 1880, debe tratarse de ésta, donde la Dirección General corrobora la Resolución del Presidente de la Audiencia Territorial, cuyo segundo considerando dice: “Considerando que el funcionario público competente para dar fe de los contratos y actos extrajudiciales es el Notario, según se dispone en el artículo 1º de la Ley del Notariado, y que las certificaciones expedidas por los Secretarios de los Juzgados Municipales, con respecto a lo convenido en los actos de conciliación, sólo tiene el carácter de documento auténtico en cuanto a la certeza de la celebración del acto y a lo ocurrido en él, sin que a los interesados se exima de hacer constar en escritura pública sus convenios o avenencias cuando se refieren a la constitución, trueque o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles...” (t. I, pág. 1.136, Ed. Bosch, Barcelona; 1953).

extensión y eficacia no pasa de reconocer la certeza de la existencia de un documento privado y el compromiso de las partes de elevarlo a escritura pública. Es un acto sin *imperium*. La naturaleza jurídica del contrato documentado privadamente no se ve alterada (sin entrar en el posible fraude de ley). Y, como pusimos con anterioridad de manifiesto, si el convenio en conciliación no exime del otorgamiento de la escritura pública, a pesar de su incorporación al proceso, menos aún evitará ese tipo de documentación, una transacción judicial “extraprocesal”.

Testimonio del auto aprobatorio (procesal)

Otra cuestión, quizá más problemática, es la suficiencia como título inscribible del testimonio del auto aprobatorio de la transacción judicial propia o procesal. Incorporado el contrato (documento privado o escritura pública) al litigio en curso, y acordada su finalización mediante auto, como consecuencia de la aprobación de aquél, el testimonio de éste no es *per se* documento inscribible. La ejecución judicial de lo acordado, conforme al artículo 1.816 del Código Civil, elemento diferenciador de esta clase de transacción, sólo procede a instancia de parte interesada, ante el incumplimiento de la otra. Luego, la consecuencia de la actuación judicial, cuando no medie apremio, será la cancelación de la demanda anotada y la inscripción de la escritura pública transaccional, sin que se supla este requisito por el testimonio del auto aprobatorio de lo convenido y de la transacción incorporada (el Juez, en principio, habrá ya exigido la forma pública del contrato: art. 1.280 CC). Aunque conste en escritura y así lo revele el testimonio, incluyendo su texto íntegro, el título adecuado sigue siendo aquélla y no su reflejo procesal. O, en su defecto, la resolución ejecutoria. Como vimos, sólo es título ejecutivo el documento público —art. 1.429 LEC— y, en otro caso, la transacción judicial “procesal” sólo producirá el efecto de excepción, en los términos del artículo 1.464.9.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ogáyar, *op. cit.*, pág. 59). Si el Juez despacha la ejecución sin exigir la constatación pública de la transacción o resultando ésta de la propia actuación judicial, nosotros inscribiremos la sentencia ejecutoria. Nunca el auto de aprobación. En otro caso, si el derecho discutido en el pleito a que pone fin la transacción es de carácter formal y lo que se pretende es la constatación registral de la pretensión transigida, sin ejecución judicial, ¿habría que proceder a ésta sin el otorgamiento de la escritura pública? ¿Son las transacciones declarativas y constitutivas inscribibles sin este requisito? En principio, no. ¿Incluye la transacción el aspecto formal el efecto sustitutorio de una sentencia declarativa o constitutiva?, ¿y si una de las partes se niega a la comparecencia?,

¿deberá la otra utilizar el medio del artículo 1.278 del Código Civil o iniciar el proceso de ejecución?, ¿bastaría para el reconocimiento de dominio el mandamiento judicial que contenga una providencia al efecto? Nosotros entendemos que el testimonio del auto aprobatorio de la transacción judicial como la certificación o testimonio del acta que contiene la avenencia en conciliación no son directamente inscribibles, y por las mismas razones apuntadas para este último caso. Otra cosa distinta es el Juez en ejecución de la transacción judicial “procesal” —1.816 CC— dicte un *nuevo auto* —mejor que una providencia— acordando la virtualidad del efecto declarativo o constitutivo de la misma. Siendo inscribible éste por testimonio y no aquél, por contener una decisión judicial. La transacción judicial que consta en documento privado no es formalmente una sentencia (la de condena daría lugar en último término a la indemnización sustitutoria). La naturaleza jurídica de la aprobación judicial no reviste a la transacción del carácter de decisión judicial, según apuntamos con anterioridad (26).

Decíamos que la cuestión era problemática porque debe plantearse en este punto, otra vez, la existencia o inexistencia de los presupuestos de la aplicación analógica de la jurisprudencia contenida en las tres idénticas Resoluciones de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988, sobre inscripción del convenio regulador de la liquidación del régimen económico matrimonial. Sin embargo, tres son también las razones de la imposible asimilación de situaciones: 1.^a La naturaleza jurídica del convenio: el convenio es un acto típicamente procesal, donde el derecho que aplica el Juez, órgano decisor, es el derecho sustantivo. El convenio se produce y perfecciona *dentro* del procedimiento. Los cónyuges sólo “proponen”, no contratan entre ellos. La aprobación judicial sustantiviza, da existencia a este parti-

(26) Si se reconoce un derecho inscrito, por ejemplo, la inscripción deviene ejecutiva por la propia naturaleza de la actuación registral, superándose las previsiones legales de eficacia de lo transigido —art. 1.816 CC, apremio—. Ejecución “declarativa”, sin apremio. Si se reconoce el dominio inscrito de una finca y se acuerda la reducción de la superficie de otra, en un supuesto de demanda de doble inmatriculación, la transacción puede dar lugar a la cancelación de la demanda de doble inmatriculación anotada, pero aunque el reconocimiento dominical no dé lugar (que sí lo da: R de 12 marzo 1930) a asiento alguno la reducción de cabida requiere escritura pública, salvo que entendamos que la providencia ejecutoria de la transacción adoptada por el Juez, como diligencia conducente a la ejecución de “sentencia”, acompañada del correspondiente mandamiento, o mejor aún, dado el objeto de la resolución, el auto por el que se acuerde la reducción, en base la transacción judicial, sería inscribible a través de su testimonio. En este caso, no se inscribe la transacción judicial “procesal” que consta en documento privado, sino la resolución judicial, ya que el artículo 1.816 del Código Civil sólo dice que producirá efectos de cosa juzgada y podrá hacerse efectiva por vía de apremio. Aunque se incorpore al proceso no forma parte de una decisión judicial —como sería el auto subsiguiente— y sólo causa de la finalización del litigio.

cular “negocio familiar”. En el convenio hay tres partes, los dos cónyuges y el Juez, que actúa con *imperium*, que enjuicia, decide y resuelve. 2.^a La naturaleza jurídica de la transacción: la transacción es un contrato privado extrajudicial, al que puede dársele eficacia ejecutiva a través de la aprobación judicial. Aprobación condicionante no de la existencia del contrato ya perfecto, sino de su eficacia ejecutiva. La transacción judicial sólo abre la vía de apremio (arts. 919 y ss. LEC). La transacción no puede extenderse a cuestiones matrimoniales, y a pesar de lo que dice la doctrina, la indisolubilidad de los aspectos personales y patrimoniales del matrimonio se patentizan en la reforma del Código Civil, que al regular el convenio excluye la transacción, siendo el Juez el órgano decisor sobre un “negocio procesal” que se perfecciona dentro del procedimiento. 3.^a Las distintas consecuencias procesales del convenio y de la transacción. Resultado de las diferencias jurídicas existentes entre ambas figuras es la diversidad del título inscribible en cada caso. En el primer caso, según la Dirección General, es suficiente el testimonio judicial de la sentencia firme de separación, de la que el convenio forma parte (arts. 281 LOPJ, 3 LH y 34 RH). No el testimonio del convenio, que puede —debe— estar aprobado por el Juez antes de dictar sentencia y no es inscribible. En el segundo de ellos, el título inscribible será el testimonio de la sentencia ejecutoria, no del auto de aprobación de la transacción, o la escritura pública en que se documente el contrato privado (27).

Podemos concluir diciendo que, incluso en el caso de transacción judicial procesal, acentuado el paralelismo o identidad que a estos efectos presenta con la avenencia en conciliación, la sustitución de la sentencia por el contrato no opera formalmente (27 bis).

(27) En caso de la partición hereditaria, la aprobación judicial no impide el otorgamiento de la escritura pública. Incluso en el juicio ejecutivo la adjudicación del inmueble al mejor postor y la cesión del remate deben documentarse en escritura pública, conforme al artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las únicas salvedades de la adjudicación en pago de deuda (RR de 23 septiembre 1967 y 20 marzo 1968) y la cesión en el judicial sumario —tal y como prevé, con carácter general, la regla 17 del 131 de la Ley Hipotecaria— (R de 25 abril 1989). El artículo 224 del Reglamento Hipotecario así lo establece al ocuparse del título inscribible en el procedimiento ejecutivo ordinario. Según la STS de 9 de marzo de 1985 el otorgamiento de la escritura pública “entraña la consumación del contrato simplemente perfeccionado en la subasta a la que ha de seguir la liquidación de cargas, con el efecto consiguiente en el precio (art. 1.515) antes del otorgamiento de la escritura” (véase GARCÍA GARCÍA *Código de legislación hipotecaria...*, Ed. Civitas, 2.^a ed., Madrid, 1990, pág. 201, nota 31).

(27 bis) Esa equiparación entre transacción y acto de conciliación, en cuanto permite aplicar la jurisprudencia hipotecaria sobre la necesidad de escritura pública, tiene al tiempo un fundamento positivo. Los artículos 460.II, 4.º, para la conciliación preprocesal, y 692, III, para la intraprocesal, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 75 de la antigua Ley de Procedimiento Laboral (según interpretación doctrinal) (véase PELÁEZ,

Sentencia ejecutoria

El testimonio de la sentencia ejecutiva —sentencia o auto ejecutorio— es el título idóneo para practicar la inscripción de la transacción judicial (28). Y ello, con independencia de la forma que adoptó o debió adop-

op. cit., págs. 248-249). Hoy, tras la publicación de la nueva Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990 (RD-L 521/90; *BOE* 2 mayo 1990), el artículo 84.4 señala que el acuerdo de conciliación “se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias”, remitiéndose a la ley procesal en su artículo 234.1 (se elimina el empleo del término “apremio”, como hizo la reforma de la LEC).

El efecto sustitutivo de la sentencia firme, simple o cualificado, no va más allá del nacimiento o no de un *título de ejecución*, según se trate de transacción extrajudicial o judicial extraprocesal —sustitución simple— o judicial procesal —sustitución cualificada— (jurisprudencial y doctrinalmente considerado: *op. cit.*, págs. 246-247 y 249 y ss.)

(28) Si es extrajudicial, aun constando en escritura pública, no es por sí misma inscribible —al requerir una ulterior actuación, como puede ser otorgamiento de otra escritura complementaria del acuerdo transaccional—, el carácter de título ejecutivo (art. 1.429 LEC) del documento que recoge la transacción, o su oposición por vía de excepción, puede dar lugar a la condena del demandado, y su cumplimiento —según el caso— a ese otorgamiento complementario.

En este punto, conviene hacer algunas precisiones conceptuales. Según el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las “resoluciones de los Tribunales y Juzgados, en los negocios de carácter judicial, se denominarán: <Providencias>, cuando sean de tramitación. <Autos>, cuando decidan incidentes o... puedan producir a las partes un perjuicio irreparable... cuando no esté prevenido que se dicten en forma de sentencia <Sentencias>, las que decidan definitivamente las cuestiones de pleito... <Sentencias firmes>, cuando no quepa contra ella recurso alguno... <Ejecutoria>, el documento público y solemne en que se consigne una sentencia firme”. La Ley Orgánica del Poder Judicial reproduce, por su lado, esta misma clasificación.

Las providencias, resoluciones de mera tramitación o de “ordenación material” (como las denomina el art. 245.1.a) de la LOPJ) responden al necesario “impulso procesal” (de oficio) de las actuaciones, “cuando se producen los supuestos de hecho (procesales) contemplados por la ley”, sin perjuicio de la mayor o menor complejidad de la decisión y de las distinciones doctrinales entre providencias de mera y de no mera tramitación. Se trata de resoluciones externamente no motivadas o sucintamente motivadas —arts. 248 LOPJ, 252 y 316 LEC— (DE LA OLIVA, A./FERNÁNDEZ, M. A.: *Derecho Procesal Civil*, Ed. PPU, Barcelona, 1988, t. II, págs. 131-133).

Los autos “son las resoluciones —‘externamente motivadas’— que se dictan para resolver cuestiones de importancia, afectantes a los intereses de los litigantes dignos de protección, pero distintas de la cuestión principal o ‘de fondo’, distintas, por tanto, del objeto ‘principal y necesario’ del proceso... que deciden ‘cuestiones incidentales’ que no —le— pongan fin” (DE LA OLIVA, *op. cit.*, pág. 134. Ver arts. 369 LEC y 245.1.b) y 248.2 LOPJ, y la observación de este autor, pág. 135, sobre la novedad introducida por la LOPJ —arts. 290 y 291— de dictar la resolución en virtud de la *propuesta de providencia o de auto*, realizada por el Secretario judicial)

La sentencia, finalmente, es la “decisión terminal del proceso”, entre o no en el fondo del asunto, y particularmente si sobre él decide —condenatoria, absolutoria, declarativa...— (*op. cit.*, págs. 135 y ss, arts. 369 LEC y 245.1.c) LOPJ).

La sentencia firme se denomina, a su vez, “*sentencia ejecutoriada*”, cuando “habiendo sido impugnada en tiempo y forma, no admite otras vías impugnadas” y “*sentencia consentida*”, cuando no se recurrió (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y jurisprudencia*

tar el contrato transaccional. Pero, según veíamos, esa sentencia si es de condena, salvo cumplimiento forzoso en forma específica ("diligencia conducente a la ejecución"), se traduce en una indemnización de daños y perjuicios, un embargo inmobiliario por impago y la venta en pública

de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Edersa, Madrid, 1984, pág. 370) Términos estos que no pueden confundirse con los de sentencia ejecutoria o ejecutiva y ejecutoria. Podríamos decir, que sentencia ejecutoria o ejecutiva es el resultado de la ejecución de una sentencia firme. La sentencia firme, de no cumplirse puntualmente por la partes en la medida que corresponda, puede hacerse efectiva a través del procedimiento ejecutivo. Dice el artículo 923 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*: "Si la sentencia contuviera condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen. En todos estos casos, si no puede tener inmediato cumplimiento la ejecutoria —la sentencia ejecutoria, debe entenderse—, cualquiera que sea la causa que lo impida, podrá decretarse el embargo de bienes a instancias del acreedor..." Si por medios coercitivos, pues, no cabe hacer cumplir lo ordenado en la sentencia por tratarse de una actividad personal del condenado, la "indemnización resarcitoria viene a satisfacer... la resistencia" de éste (VÁZQUEZ IRUZZIETA, *op. cit.*, pág. 944). Y el artículo 926 añade: "Cuando en virtud de sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma... En otro caso, se procederá en la forma prevenida en los artículos 928 y siguientes para el resarcimiento de perjuicios" Cumplimiento forzoso en forma específica o indemnización sustitutiva, en definitiva, es el resultado de la ejecución.

"Si se trata de un inmueble, dependerá del título por el que la cosa deba entregarse al actor, distinguiéndose en este caso lo que es una sentencia declarativa —'basta' ordenar la entrega de la posesión'— de lo que es una sentencia constitutiva de derecho —si 'debe agregarse... una actividad administrativa referente al Derecho registral, que es a lo que se refiere el artículo con la expresión <practicando a este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado>'—" (VÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 950).

La "ejecutoria", conforme al artículo 369 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no es un acto ni una sentencia, sino un título formal, el documento público y solemne que contiene una sentencia firme (arts. 596.7.º y 598 LEC). No deben confundirse con ella ni la sentencia ejecutoria o ejecutiva —resultado de la ejecución de sentencia, cuando procediere— ni la sentencia ejecutoriada —firme, recurrida y confirmada.

Así pues, los títulos inscribibles, resultado de la actuación judicial serán: mandamientos (que recogen literalmente una providencia firme), testimonios (de un auto o sentencia firme) o/y ejecutorias (de sentencia firme). Y, como advierte CAMY (*op. cit.*, pág. 178), en cuanto la sentencia o auto otorguen a los favorecidos por ellos un "título jurídico pleno de su derecho"— declarativo, reconocitivo, modificativo, traslativo...— serán directamente inscribibles, a través del oportuno testimonio. El problema surge, no obstante, del contenido que la resolución judicial revela, que puede sustituir o no a la escritura notarial, en tanto que el soporte de la demanda sea un documento privado. El procedimiento judicial puede dar lugar al otorgamiento de una escritura pública —art. 1.514 LEC— o a la protocolización de lo actuado —partición judicial—, y la amplitud de ese contenido nos obliga a analizar caso por caso, para calificar la idoneidad del título formal. La ejecución de sentencia, pues, a través de esas "diligencias complementarias" que recoge el mencionado artículo 926, puede imponer dicho otorgamiento, ante la negativa o rebeldía del condenado.

La jurisprudencia se ha ocupado de algunos supuestos concretos. La STS de 21 de diciembre de 1981 declaró que "no pueden practicarse la liquidación de gananciales ni las operaciones divisorias de una herencia en la vía de apremio de un juicio ejecutivo

subasta, dando lugar a la escritura pública de venta judicial —1.514 LEC— o al testimonio del auto que adjudica el bien al acreedor. Y si ejecuta una transacción declarativa o constitutiva, da lugar a una nueva resolución judicial —inscribible como tal y no como transacción. Siempre, pues, el

(VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *op. cit.*, pág. 105). La Resolución de 10 de julio de 1918, por su parte, señala que la sentencia declarativa del dominio sobre determinadas fincas no inscritas, consecuencia de un contrato privado de cesión, no es título inscribible (ROCA/MOLINA. *Jurisprudencia registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, t. V, pág. 211).

Otra cuestión, distinta de la anterior, es la de la naturaleza del mandamiento judicial, que inserta providencia al respecto, ordenando la extensión de determinado asiento registral, al que se acompaña testimonio de la resolución judicial. Si puede considerarse “diligencia conducente” a la ejecución de la sentencia firme y, en consecuencia, título inscribible idóneo. Y más aún, si cabe la analogía —no lo creemos— con aquellos supuestos que sin decidir el Juez —sentencia— están dotados excepcionalmente de ejecutabilidad, por la vía de apremio, como la transacción judicial y el acto de conciliación.

Todo ello nos lleva a la necesaria distinción conceptual del medio de ejecución según la naturaleza de la sentencia. La función jurisdiccional —como destaca DE LA OLIVA— abarca dos tipos distintos de actuaciones, que dan lugar a dos tipos diversos de proceso (proceso de declaración y proceso de ejecución). La tutela efectiva de la pretensión incluye, en definitiva, tanto el reconocimiento o aplicación del Derecho —sentencia decisoria— como la necesidad de “realizarlo”. “El órgano jurisdiccional ‘dice’ el Derecho ante el caso concreto a través de un ‘proceso de declaración’. Pero ese ‘decir el Derecho’ no se lleva a efecto de una sola manera. La pretensión marca, en principio, el tipo de *sentencia declarativa*. Y así puede hablarse de *sentencia meramente declarativa*, cuando el pronunciamiento se limita a declarar ‘simplemente lo que se ajusta o no a las normas jurídicas (existencia o inexistencia de un derecho subjetivo, de una relación o situación jurídica...)’, de *sentencia declarativa de condena*, cuando ‘además de una declaración de lo jurídico —dirige—, un mandato a una de las partes (eventualmente a las dos)’, y *sentencia constitutiva*, cuando se crea ‘un estado, relación o situación jurídica’. Ahora bien, la sentencia por sí —sea declarativa, condenatoria o constitutiva— puede no ser suficiente. Y no es suficiente si el demandado no realiza o no tolera voluntariamente su contenido. Momento en que se abre el proceso de ejecución, ya que la potestad jurisdiccional se desarrolla ‘juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado’ (art. 117.3 de la Constitución y 2.1 de la LOPJ)”. El proceso de ejecución, sin embargo, puede tener lugar sin fase declarativa previa y “no todo ‘lo juzgado’ necesita de un proceso de ejecución propiamente dicho” (como ocurre, según DE LA OLIVA, con las sentencias meramente declarativas y las constitutivas: *op. cit.*, t. I, págs. 61-63). “Ni la actividad —pues, señala FERNÁNDEZ— es ‘siempre’ un complemento necesario del proceso de declaración, ni a toda ejecución debe preceder ‘necesariamente’ un juicio declarativo” (*op. cit.*, t. III, pág. 4).

De esta forma, el primer problema registral, es el de la naturaleza de la sentencia. Sea meramente declarativa, constitutiva o de condena, sea simplemente “ejecutiva” —o ejecutoria—. Terminológicamente, denominamos aquí “ejecutiva” al resultado del proceso de ejecución o apremio, con independencia de su origen. Esto es, son inmediatamente ejecutivas, las que son resultado de un proceso de ejecución sin cognición previa, y mediatamente ejecutivas, aquellas en que la fase de ejecución se ve precedida del proceso declarativo (consecuencia de la ejecución “propia”). Por lo que, habida cuenta del distinto contenido del pronunciamiento judicial, y del carácter del procedimiento ejecutivo (que salvo ejecución específica, es netamente pecuniario), los títulos formales inscribibles serán: el testimonio o ejecutoria de las sentencias meramente declarativas y

instar la ejecución es necesario, pudiendo dar lugar esa actuación a un nuevo título inscribible que trae causa de la transacción judicial aprobada e incorpora al proceso que pone fin. Se necesita, en definitiva, ese “plus” de la actuación judicial (*decisoria*), siendo el Juez el que, dentro de su

constitutivas (acompañadas, en su caso, de “una serie de actividades” que... no representan más que un complemento de la sentencia “constitutiva”: ejecución “impropia”. Véase MORENO CATENA, V., en Cortés Domínguez y otros, *Derecho procesal*, E. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, t. I, v. II, pág. 369), que no requieran actuación ulterior del demandado, el testimonio de la adjudicación del inmueble en pago al acreedor, el testimonio de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el testimonio de la sentencia declarativa condenatoria, acompañado de las diligencias conducentes a su ejecución (cuando sean susceptibles de ejecución específica) y la escritura pública de adjudicación al mejor postor o de cesión del remate en ejecución ordinaria.

“Las sentencias ‘meramente declarativas’ y las ‘constitutivas’ (observa FERNÁNDEZ) no son susceptibles de ejecución forzosa. Ocasionalmente... pueden necesitar ciertas actuaciones complementarias destinadas a reforzar su efectividad práctica” —ejecución impropia—. Y de esas variadas *actuaciones*, destacan por su amplitud “las relacionadas con la inscripción o rectificación de un Registro público... en todo caso distintas de las que integran la ejecución ordinaria de sentencias de condena. Así, v. gr., la sentencia que declara la nulidad de un acto jurídico que causó una inscripción registral es inscribible en el Registro de la Propiedad al efecto de obtener la cancelación o rectificación del asiento correspondiente; la sentencia que declara la propiedad a favor de una determinada persona puede, a su vez, ser inscrita... Estos actos y otros de contenido similar tienen como origen la sentencia, son su complemento y deben ser acordados a instancia del interesado, pero nada tienen en común con el proceso de ejecución en sentido propio”. Testimonio de la sentencia y mandamiento con inserción literal de la providencia, que acuerda la “ejecución” del título inscribible (o la simple expedición del testimonio, según el caso).

“Algo similar sucede con las sentencias constitutivas..., v. gr., la sentencia que divide la cosa común debe complementarse con las actividades necesarias para que cada condómino obtenga la propiedad resultante de la división, y que puede incluir la venta de un bien en pública subasta: la sentencia de divorcio. En ningún caso debe ponerse en relación la ejecución impropia con la ejecución de títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial, —que— son siempre ejecución en sentido propio” (*op. cit.*, t. III, págs. 4-5).

A diferencia de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, “la sentencia firme ‘de condena’ es el título ejecutivo por excelencia... A ella se equiparan... ciertos títulos ejecutivos (laudo arbitral..., convenio obtenido en conciliación)”. Las primeras “no incluyen declaración de responsabilidad” y las segundas producen “plenos efectos jurídicos... de modo inmediato” (*op. cit.*, pág. 41).

La sentencia de condena legítima, pues, para el ejercicio de la acción ejecutiva, y se fundamenta en efectividad de la prestación mediante la responsabilidad patrimonial del condenado, con independencia de la naturaleza de aquélla. El problema lo plantean las condenas ilíquidas (dar alguna cosa, hacer o no hacer), ya que el procedimiento es típicamente pecuniario. Si no cabe el cumplimiento forzoso en forma específica, surge la liquidación de la “deuda ilíquida” y el resarcimiento de daños y perjuicios. La oposición del condenado a la entrega o realización de la prestación se traduce en su responsabilidad patrimonial universal (embargo de bienes, anotación preventiva, venta en pública subasta, testimonio o escritura pública). Ahora bien, por lo que a inmuebles se refiere, antes de esa liquidación advertida, cabe instar la ejecución específica mediante la adopción de las “diligencias conducentes que solicite el interesado... En otro caso, se procederá en la forma prevenida en los artículos 928 y siguientes para el resarcimiento

propia competencia, quien debe arbitrar el medio de ejecución más conveniente.

Y dejamos en manos del Juez o Tribunal la decisión, porque incluso esta posibilidad —nuevo auto decisorio— es problemática. En la doctrina, Peláez (también puede verse la legislación general sobre ejecución de sentencias: 28), partiendo del punto de referencia que nos ofrece la ley procesal en materia de conciliación, que no supera los límites del nacimiento de un título de ejecución (en la preprocesal inferior a 500.000 pesetas, en la intraprocesal y en la laboral) o de un título ejecutivo (en la preprocesal superior a 500.000 pesetas, si consta ya en escritura pública —art. 1.429.1.º—, y a pesar de su consideración como documento público y solemne —art. 476), Peláez —decíamos— que estudia la eficacia de la transacción estrictamente judicial (procesal), entiende que sólo serán ejecutables las transacciones cuyo contenido se asemeja a las sentencias mero-declarativas o constitutivas y si las de condena —dar, hacer o no hacer—. Con lo que, de no ser viables las diligencias conducentes a la ejecución de lo acordado sobre el inmueble en cuestión (que es donde nosotros ubicamos la nueva providencia o auto), la transacción de condena dará lugar al embargo preventivo y a la subasta pública, se traducirá en el resarcimiento de daños y perjuicios, y la transacción declarativa o constitutiva tendrá que documentarse inexorablemente en escritura pública (*op. cit.*, pág. 267-269). No es otro el efecto sustitutorio, la forma no está incluida en el artículo 1.816 del Código Civil, que de manera excepcional atribuye a la

de perjuicios" (art. 936 en relación al 923 de la LEC). "Cuando la sentencia condene a entregar una cosa inmueble, el Juez deberá proceder inmediatamente (mediante auto) a poner al —ejecutante— en posesión de ella" (FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 277). Y si condena a emitir una declaración de voluntad, "el Estado puede sustituir —con carácter excepcional— al deudor en la emisión de voluntad, como en la determinación del objeto sobre el que la voluntad debe recaer... —siempre que— pueda resultar indispensable" —o el objeto esté determinado en la sentencia (casos de pública subasta, adjudicación en pago, formalización judicial del compromiso, en virtud del contrato preliminar de arbitraje: *op. cit.*, 278).

(29) ALONSO FURELOS, J. M.: *Medidas provisionales y procesos matrimoniales en el Derecho español*, ed. autor, Córdoba, 1989, pág. 153; así lo entiende este autor respecto de las medidas provisionales que afecten a la administración y disposición de los bienes (susceptibles únicamente de anotación preventiva).

(30) En CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, 11.ª ed., Madrid, 1987, págs. 1012 y ss., 1017 y 1018.

PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, t. IV, 2.ª ed., Barcelona, 1985, págs. 83 y 84.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, Ed. Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 1986, págs. 154 y ss.; véase págs. 155 y 158.

ROCA TRÍAS, E., en Amorós Guardiola y otros, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, v. I, págs. 540 y ss., y en particular 545-548, 554-555, 559, 566-567.

transacción judicial —procesal— el carácter de título de ejecución, no de escritura notarial (31).

Escritura pública

Si la transacción constaba en escritura pública, como hemos advertido, y ésta es directamente inscribible, no sería necesaria instar la ejecución en cuanto al contenido objeto de registración, a menos que la ejecutoria sirva de complemento —por ejemplo, identificando el inmueble o alguna circunstancia esencial impeditiva de la inscripción no subsanable de otra forma.

Documento privado

Después de lo expuesto, parece claro que la transacción judicial que incorpore al proceso un documento privado sólo puede acceder al Registro mediante la oportuna ejecutoria, que refleje la tradición operada, en su caso, y sin que baste el testimonio judicial del auto aprobatorio.

G) ANEXO: RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE 25 DE FEBRERO, 9 Y 10 DE MARZO DE 1988

I.º SUPUESTO DE HECHO Y NOTA DE CALIFICACIÓN

Se presenta en el Registro un mandamiento judicial ordenando la inscripción del convenio regulador de la separación, en virtud de sentencia

(31) La Resolución de 28 de septiembre de 1876 dice: "Considerando que la verdadera cuestión del presente recurso gubernativo consiste en resolver si una vez convenido... en el *juicio verbal* promovido... la venta de las dos terceras partes de la casa, objeto del litigio..., tenía facultades el Juez de Paz... para otorgar como otorgó en nombre y por la resistencia del —obligado a ello— la escritura de venta... Considerando que las leyes no conceden a esta clase de *convenios y transacciones*, por más que sean hechas en juicio, el valor de cosa juzgada, y que aun cuando fuese posible dar a la de que se trata la misma fuerza que el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara para lo convenido en *acto de conciliación* (o transacción judicial "procesal", podemos añadir), es indudable... que sólo puede llevarse a efecto por el Juez de Paz, si no excediese de la cantidad prefijada, y si excediese de esta suma..., por el Juez de primera instancia, de la manera y en la forma prevenida para la ejecución de las sentencias... Considerando... la falta de competencia del expresado Juez de Paz, por la cuantía de la cosa litigiosa, para llevar a efecto el referido convenio" (ROCA/MOLINA, *op. cit.*, t. I, págs. 656-658).

Esta Resolución deja entrever la posibilidad del otorgamiento de la respectiva escritura de venta por Juez competente, en trámite de ejecución de sentencia, como medio de hacer efectiva la transacción (diligencia conducente a la ejecución), en el mismo sentido apuntado (actuación judicial complementaria: nuevo auto o escritura pública).

firme estimatoria de la demanda, que aprueba la liquidación de la sociedad conyugal y las adjudicaciones resultantes, según testimonio acreditativo de ambos extremos —sentencia y convenio—.

El Registrador suspende la inscripción por no constar la elevación a escritura pública del convenio regulador de la separación que la sentencia aprueba y, en su caso, la aportación de aquélla.

2.º FUNDAMENTO DEL RECURSO

El recurrente, en base a la consideración general de documento público o auténtico de los testimonios judiciales (arts. 3 LH, 34 RH, 1.280.3.º y 1.216 CC y 596 LEC), fundamenta la inscribibilidad de la adjudicación inmobiliaria contenida en el convenio regulador en la disposición adicional novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que prevé la inscripción de las sentencias de separación, concepto que incluye tanto sus efectos personales como patrimoniales.

3.º INFORME DEL MAGISTRADO-JUEZ

Sobre la distinción de la diferente tramitación procesal de las demandas que se interponen de común acuerdo o de forma contenciosa, señala como título inscribible idóneo, para las primeras, el testimonio de la resolución judicial, que aprueba el convenio, ya que es el Juez el que efectúa “la calificación sobre la —procedencia— de los acuerdos sometidos a su consideración” (disp. ad. 6.ª.2 de la Ley 30/1981 y 90 del CC), y el testimonio del auto aprobatorio de la liquidación de la sociedad conyugal o el acta de protocolización de las operaciones particionales, en trámite de ejecución de sentencia (arts. 95, 1.410, 1.081, 1.083 y 1.092 del CC), para las segundas.

4.º INFORME DEL REGISTRADOR

Sin cuestionar el carácter público del testimonio judicial, entiende que la disposición adicional novena de la Ley 30/1981 no se está refiriendo a la liquidación de la sociedad conyugal, sino a los efectos personales de las sentencias o resoluciones judiciales que afectan a la capacidad (art. 2.4 LH), y que los efectos de las sentencias de separación —arts. 83 y 95 CC— no son liquidatorios ni atributivos de la titularidad dominical de los bienes, consistiendo la aprobación judicial del convenio un mero acto aprobatorio

de la voluntad de las partes, que no forma parte de la voluntad decisoria judicial. La aprobación, pues, “no altera el *carácter contractual* del convenio, y la misma no eleva a público el documento privado firmado por los cónyuges”, como ocurre con la partición hereditaria (normas que deben aplicarse supletoriamente por la remisión del art. 1.410 del CC hace). “Es un mero control”. El convenio, pues, es una transacción judicial “procesal”, y como tal la escritura pública es ineludible, según este criterio.

5.º AUTO DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA

El Presidente, sin embargo, interpreta la legislación en el sentido de que “el convenio... se integró plenamente en la ejecutoria... incardinándose en la ejecutoria y constituyendo su propia y específica entraña”. Así pues, no estamos ante una transacción judicial procesal que se hace efectiva por su ejecución —caso ordinario— y que habilita el testimonio como título inscribible, sino ante la ejecución de una sentencia judicial que incluye la liquidación patrimonial de la sociedad conyugal (entendemos nosotros: en otro caso, la titulación idónea sería la misma, pero las razones distintas).

6.º DISPOSICIONES INVOCADAS

- Disposición adicional novena de la Ley 30/1981: “Las sentencias de separación, nulidad y divorcio... A petición de parte, podrán ser anotadas o inscritas en los Registros de la Propiedad y Mercantil las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio”.
- Artículo 81.1.º del Código Civil: “... Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”.
- Artículo 86, párrafo 2, del Código Civil: “... deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta del convenio regulador de sus efectos —divorcio—, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”.
- Artículo 90, párrafos 2, 3 y 4, del Código Civil: “Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobadas por el Juez, salvo si... Desde la aprobación, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas... convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente...

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio”.

- Artículo 103.4.^a del Código Civil: El Juez, si no existe convenio aprobado —si no lo aprobó él—, deberá “señalar... los bienes gananciales o comunes que... se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición...” (la capacidad decisoria se reserva al Juez: art. 81 habla de “propuesta” con la limitación del 103).

7.º RESOLUCIÓN DOCTRINA

“... Se trata en el presente supuesto de un acuerdo de los cónyuges que *acontece —y se perfecciona— dentro de la esfera judicial* y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado —civil— de casado...” (Considerandos 2.º y 3.º).

La Dirección General, en consecuencia, excluye la posibilidad de transacción procesal y acentúa el carácter judicial de la decisión, en consonancia con el artículo 1.814 del Código Civil, al tiempo que concatena indisolublemente los efectos personales y patrimoniales del matrimonio. El mal llamado “convenio” (sólo lo es en atención a su origen), la denominada “propuesta de convenio” se perfecciona —nace— dentro del proceso. Y sólo la sentencia firme, cuando medie demanda de separación, nulidad o divorcio, disuelve el régimen económico del matrimonio (29).

8.º COMENTARIO: NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO

Ni que decir tiene que la naturaleza jurídica del convenio va a ser determinante de la idoneidad de la forma. Precisamente, éste es el punto sobre el que resuelve el recurso, el carácter judicial y no contractual del convenio.

No obstante, la cuestión no es pacífica en la doctrina. La problemática gira en torno a la importancia o valoración que se haga de la intervención judicial, y particularmente en aquellos casos en que la voluntad de las partes se mantiene tras la homologación judicial. En principio, dos cuestiones apartan al convenio del contrato, la naturaleza del propio derecho de familia (*ius cogens*) y su integración en el contenido de la sentencia (no podemos admitir, si el convenio es parte de la sentencia, que se haya perfeccionado extrajudicialmente; igual que en caso de la propuesta de providencia, el conforme del Magistrado la convierte en resolución judicial), y una sola la acerca a él, la autonomía de la voluntad que la propia

ley pondera (plena autonomía de la voluntad limitada por el orden público —hijos—). La extensión de las facultades del Juez, al entrar en el fondo del asunto, delimita esa autonomía, según su actuación se limite a proteger los mutuos intereses de las partes —cónyuges e hijos—, afectando determinados bienes a las cargas familiares o asegurando su levantamiento, o revise el acuerdo en profundidad entrando de lleno en la equivalencia de las prestaciones y en la identidad, cuantitativa y cualitativa, de lo adjudicado, sin que los cónyuges puedan de común acuerdo —reconocimiento o renuncia— enervar los preceptos legales sobre liquidación de la sociedad conyugal. La extensión, pues, de su facultad decisoria u “homologadora” y el propio fundamento de la denegación, la modificación del convenio (en caso de que la nueva propuesta elimine el obstáculo que motivó la decisión judicial) o la adopción unilateral de las medidas procedentes (art. 103 CC, en defecto de convenio “aprobado”), cuando sea objeto de recurso por una o para ambas partes, irá delimitando el ámbito contractual y judicial del convenio. Hoy por hoy, el que decide es el Juez, el convenio es parte de la sentencia, y el carácter contractual se presenta muy debilitado (la Dirección General dice que se perfecciona dentro del proceso). La autonomía de la voluntad sólo opera como propuesta, y sólo si prospera, habría identidad entre lo querido y decidido.

En la doctrina, García Cantero entiende que “‘los efectos de las sentencias de nulidad, separación o divorcio será los que los cónyuges determinen de común acuerdo’. La filosofía que inspira tal regla —art. 90 CC— es que nadie mejor que los propios cónyuges para fijar las consecuencias que se deriven de una sentencia estimatoria recaída en un proceso matrimonial, evitándose así la intromisión judicial en la esfera íntima de la familia. El único requisito legal es el de la aprobación judicial para controlar el posible daño para los hijos o el grave perjuicio para uno de los cónyuges”. Autonomía de la voluntad limitada por el artículo 1.814 del Código Civil (consentimiento a la separación o divorcio por compensación económica), la igualdad entre los cónyuges (principio constitucional) y las normas imperativas del Código Civil (30).

Puig Brutau, recogiendo la postura de López Alarcón, acentúa el carácter de negocio jurídico bilateral y familiar del convenio, y destaca, por su lado, la delicada función que la reforma atribuye al Juez (30).

Díez-Picazo y Gullón destacan que el “carácter contractual —del convenio— no tiene por qué desaparecer si el papel que se otorga a la autoridad judicial es el de simple homologación... —sin embargo— no nos encontramos ante un puro negocio jurídico de Derecho Privado, sino ante un acto mixto en el que intervienen los sujetos privados y la autoridad pública —preponderante—” (30).

Roca Trías, finalmente, señala “la relatividad del papel de la voluntad de los interesados”, derivada “del contenido y del control judicial”, y poniéndole en relación con la transacción y con la subsistencia del 1.814 (que prohíbe la transacción sobre “un estado civil determinado”), añade “en el convenio sólo se transige sobre cuestiones patrimoniales derivadas de una situación personal que se consolida en virtud de la sentencia”. Y respecto al título inscribible, aboga, dada la libertad de formas en materia de convenios y la exigencia de forma pública para la inscripción, en la idoneidad de la sentencia que aprueba el convenio, ya que lo que se inscribe es aquélla y no éste (30).

LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

Registrador de la Propiedad

La prenda de anotaciones en cuenta

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS VALORES REPRESENTADOS MEDIANTE ANOTACIONES EN CUENTA: II.1. VALORES SUSCEPTIBLES DE SER REPRESENTADOS MEDIANTE ANOTACIONES EN CUENTA II.2. CONCEPTO Y SIGNIFICADO DE LOS VALORES ANOTADOS: II.2.A. Introducción; II.2.B. Las experiencias en Derecho comparado; II.2.C. El sistema español de anotaciones en cuenta: a) Antecedentes y significado; b) Los registros contables: organización y carácter.—III. LA PRENDA DE VALORES ANOTADOS: III.1. CONSIDERACIONES PREVIAS. III.2. LA CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA III.3. Oponibilidad de la prenda: III.3.A. Oponibilidad frente a los acreedores del constituyente de la garantía; III.3.B. Oponibilidad frente a terceros adquirentes de los valores. III.4. EJERCICIO DE LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES A LOS VALORES III.5. LA ADQUISICIÓN "A NON DOMINO" DEL DERECHO DE PRENDA III.6. EJECUCIÓN DE LA PRENDA

I. PLANTEAMIENTO

1. El recurso a garantías reales como medio de asegurar el cumplimiento de las obligaciones es algo sumamente extendido en el tráfico mercantil. Los acreedores, sobre todo los acreedores profesionales —que son, en definitiva, los que dominan la actividad económica en el sector del crédito— pocas veces se contentan con la garantía que para sus intereses establece el artículo 1.911 del Código Civil. Es más fácil confiar en el cumplimiento futuro de una obligación —y a esto se reduce, en esencia, la idea de crédito— cuando tal obligación se encuentra garantizada por otras personas (fiadores, avalistas) o por la afección de determinados bienes.

Con relación, precisamente, al campo de las garantías reales, es conocida la preferencia del tráfico mercantil por la constitución de garantías mobiliarias. La prenda de mercancías (o de documentos representativos de las mismas) y la de valores son figuras de rancio abolengo en el Derecho Mercantil, bien estudiadas por la literatura jurídica y frecuentemente utilizadas en la práctica. En particular, la prenda de valores recibió regulación específica en el Código de Comercio, lo que parece confirmarla como la

garantía real “mercantil” o “comercial” por excelencia (junto con la prenda de títulos de tradición que, en su modalidad de prenda de resguardos de depósito en almacenes generales, está expresamente contemplada en los arts. 196 y 197 CCo). Se trata, sin duda, de una figura de innegable raigambre en nuestro ordenamiento. A pesar de ello, presenta hoy en día aspectos decididamente novedosos. Téngase en cuenta, en este sentido, la posibilidad —introducida en nuestro Derecho por la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 (LMV)— de constituir una prenda sobre valores no representados a través de títulos, esto es, de pignorar meras anotaciones en cuenta. Tal posibilidad, viable actualmente, abre un extenso abanico de problemas y cuestiones nuevos que requieren a veces de los juristas soluciones también originales.

Resulta así, en efecto, que la prenda de valores mobiliarios presenta dos modalidades o aspectos bien distintos. De un lado, aparece como una prenda sobre títulos-valores, es decir, como una prenda sobre cosas muebles, con lo que se mueve en las coordenadas tradicionales, en el sendero conocido. Pero, de otro, se manifiesta como una prenda de valores anotados, o sea, de valores no documentados. Y es esta segunda modalidad la que, en sí misma, supone una importante novedad. Nótese que no se trata, ni mucho menos, de una prenda de créditos, sino de algo diferente: el objeto de la prenda es un bien incorporal, pero no es un crédito, llamémoslo, “ordinario”. Son valores mobiliarios desmaterializados, no sometidos a la ley de circulación de los derechos, sino a una disciplina propia que presenta numerosos puntos de contacto con el régimen de los títulos-valores.

2. En las páginas que siguen estudiaremos, precisamente, la prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta. Nos detendremos, fundamentalmente, en los aspectos sustantivos y esenciales de la figura, es decir, en las grandes líneas de su disciplina. Dejaremos aparte la regulación del funcionamiento y organización de los registros contables, los sistemas de identificación y control de los valores y las relaciones con los emisores de las entidades encargadas de la llevanza de los registros, así como su intervención en la administración de los valores. Todos estos aspectos, que pueden denominarse operativos en cuanto hacen referencia al modo en que va a funcionar y organizarse el sistema “registral” de anotaciones en cuenta, serán regulados por la vía reglamentaria (art. 7.5 LMV). No obstante, y a pesar de la ausencia de esta normativa específica, creo posible ya, en el estado actual de la legislación, iniciar el estudio de algunos de los problemas fundamentales que, sin lugar a dudas, va a plantear la prenda de anotaciones en cuenta.

3. Una última precisión es necesaria para dejar correctamente planteado y delimitado nuestro estudio. Conviene recordar, en efecto, que la

expresión “prenda de anotaciones en cuenta” no es totalmente nueva en nuestro Derecho. Lo que ocurre es que con ese nombre se venía haciendo referencia a una figura muy diferente en su régimen y significación a la prenda de valores regulada en la LMV. Tanto el artículo 2.2 del Real Decreto 505/1987, de 3 de abril, como el artículo 17 de la Orden de 19 de marzo de 1987 se ocuparon de regular la prenda de Deuda del Estado representada mediante anotaciones en cuenta. “Nominalmente”, por tanto, la institución ya era conocida entre nosotros con anterioridad a la promulgación de la LMV. Ahora bien, es necesario aclarar desde el primer momento que esta “prenda” contemplada en el Real Decreto 505/1987 poco o nada tiene que ver con la prenda de valores anotados a que se refiere el artículo 10 LMV. Y ello porque los objetos sobre los que recae la garantía, los bienes empeñados, son de muy diferente naturaleza en un supuesto y en otro. En efecto, la disciplina contenida en el Real Decreto de 3 de abril de 1987 citado no creó una fórmula radicalmente nueva para la circulación de la Deuda del Estado representada en anotaciones en cuenta, que siguió sometida a los principios normativos de la cesión de créditos. Los derechos, al no estar representados en títulos, quedaban “solos, desnudos, descubriendo su realidad más íntima: la de simples derechos de crédito” (1). En consecuencia, la prenda de Deuda Pública anotada se configuraba básicamente como una prenda de derechos cuya fecha había de constar, por tanto, en instrumento público para ser oponible a terceros (art. 1.865 CC) y cuya constitución había de ser comunicada al deudor para garantizar de este modo la indisponibilidad de la garantía por parte del constituyente de la misma (art. 2 del Real Decreto 505/1987) (2).

Del todo diferentes son, desde luego, los valores anotados regulados en los artículos 5 a 12 de la LMV. Estos preceptos sí vienen a diseñar una fórmula jurídica nueva para la circulación de los derechos no documentados. Se introduce así en nuestro ordenamiento la categoría de los derechos-valores, entendiendo por tales aquellos derechos no incorporados a títulos a los que, sin embargo, se sustrae a la aplicación de las normas sobre

(1) Cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: “El sistema español de anotaciones en cuenta”, en *Anotaciones en cuenta de Deuda del Estado*, Madrid, 1987, pág. 112. El autor explica, a este respecto, que la transmisión de Deuda Pública anotada no produce efectos frente al deudor (Estado), sino cuando se cumplen las condiciones de los artículos 1.527 CC y 347 CCo, y que sólo es oponible a terceros si su fecha puede ser tenida por cierta de forma fehaciente (art. 1.526 CC). La especialidad del sistema consiste, a juicio de ROJO, en que no existe comunicación individual y aislada de cada cesión, sino global o de saldos, ya que las Entidades Gestoras sólo comunican a la Central de Anotaciones en Cuenta el volumen global de saldos de terceros que cada día tengan registrados (págs. 116-117).

(2) Cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. “El sistema español de anotaciones en cuenta”, *cit.*, págs. 122-123.

cesión de créditos para aplicarles una disciplina especial, dirigida primordialmente a garantizar la seguridad del tráfico e inspirada de modo muy claro en las soluciones y técnicas propias de la experiencia de los títulos-valores. Todo ello quiere decir que la prenda de anotaciones en cuenta contemplada en el artículo 10 LMV es, efectivamente, una institución absolutamente nueva entre nosotros. Ciertamente, el *nomen iuris* de la figura ha sido, como hemos visto, empleado previamente en otros textos normativos. Pero para designar, y esto es lo que importa, una institución con características totalmente diferentes a las de la prenda regulada en la LMV.

4. Aclarados así estos extremos, estamos ya en condiciones de abordar el estudio de la prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta. Para ello intentaremos, en primer lugar, exponer en sus líneas maestras el significado y funcionamiento del sistema de valores anotados —que son los objetos sobre los que recae el derecho de garantía que reclama nuestra atención— para después, en un segundo momento, estudiar específicamente el régimen de la prenda.

II. LOS VALORES REPRESENTADOS MEDIANTE ANOTACIONES EN CUENTA

II.1. VALORES SUSCEPTIBLES DE SER REPRESENTADOS MEDIANTE ANOTACIONES EN CUENTA

5. La LMV dedica el capítulo II de su título I a la regulación de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta. La prenda de estos valores viene específicamente contemplada y parcialmente regulada en el artículo 10. Y el primer punto que debemos aclarar es que no cualquier derecho no materializado en un título puede ser representado mediante anotaciones contables. O, por decirlo con mayor precisión, que sólo determinados valores incorporales quedarán sometidos a la especial disciplina contenida en los artículos 5 a 12 de la LMV. En efecto, esta Ley comprende en su ámbito de aplicación los valores negociables, emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones (art. 2 LMV). Tal formulación permite extraer una conclusión y abrir, al mismo tiempo, un interrogante.

De un lado, parece claro que habrá valores no representados por medio de títulos que no estarán sometidos a la LMV, incluso aunque se tenga constancia de su titularidad y transmisión por medio de anotaciones contables. Se tratará de valores que no estarán propiamente *representados*

por medio de anotaciones en cuenta en el sentido y a los efectos de la LMV; serán simples derechos incorporeales sometidos a las reglas de la cesión de créditos y, desde luego; a los principios reguladores de la pignoración de los derechos no poseíbles. En otras palabras, las normas del capítulo II del título I de la LMV no constituyen, ni mucho menos, una nueva disciplina general para los valores no incorporados a títulos. De todos ellos, sólo los que puedan ser calificados como *representados por medio de anotaciones en cuenta* quedarán sustraídos a la disciplina común sobre transmisión de créditos y demás derechos incorporeales (3).

6. Pero, naturalmente, y supuesta la exactitud de las afirmaciones anteriores, se plantea el problema de determinar qué valores resultan aptos para ser representados por medio de anotaciones en cuenta. Claro está que la contestación a esta pregunta no nos dirá si determinados tipos de valores estarán de hecho representados de una manera u otra, porque el principio general es que el emisor tiene libertad de elección de la modalidad de representación (art. 5.1 LMV) (4). Pero sí nos servirá para saber qué categorías de valores pueden ser representados por medio de anotaciones y, por tanto, cuáles de ellos pueden quedar sometidos a la especial disciplina de los artículos 5 a 12 LMV, en caso de que se adopte efectivamente esta modalidad de representación.

(3) A este respecto resulta sumamente ilustrativa la disciplina de las acciones. En efecto según el artículo 51 LSA las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta, quedando estas últimas sometidas a lo dispuesto en la LMV (art. 60 LSA). Pero, además, la LSA prevé la posibilidad de que las acciones destinadas a representarse mediante títulos no se hayan impreso o no hayan sido entregadas, en cuyo caso su transmisión procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos (art. 55 LSA). Idéntica solución habría de seguirse, aunque nada diga expresamente la ley, en el supuesto de que acciones dirigidas a representarse por medio de anotaciones no hubieran llegado a constituirse por faltar la inscripción en el correspondiente registro contable. Se aprecia así que son dos los tipos de acciones no materializadas en títulos; aquéllas representadas mediante anotaciones en cuenta, que quedan sometidas a las disposiciones del capítulo II del título I de la LMV (art. 8.1 LMV) y aquellas otras que no están impresas ni constituidas como anotaciones, cuya transmisión se regirá por las normas sobre la cesión de créditos y cuya pignoración se ajustará también a las prescripciones y principios del Derecho común sobre la prenda de créditos (art. 57.1 LSA).

(4) No obstante, el mismo artículo 5 *in fine* prevé la posibilidad de que el Gobierno establezca, con carácter general o para determinadas categorías de valores, que su representación por medio de anotaciones en cuenta sea condición para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial. No por vía reglamentaria, sino merced a normas con fuerza de ley, se ha establecido que las acciones y obligaciones que pretendan acceder o permanecer admitidas a negociación en un mercado secundario oficial habrán de representarse, necesariamente, por medio de anotaciones en cuenta (disposición adicional 1.ª, punto 5.º, de la LSA). Asimismo, el mercado secundario de Deuda Pública en Anotaciones, que es un mercado secundario oficial (art. 31 LMV) sólo tendrá por objeto, como indica su propio nombre, la negociación de Deuda Pública representada

La respuesta debe venir de la mano del artículo 2 LMV antes citado. Según este precepto, la Ley reúne bajo su ámbito valores negociables agrupados en emisiones. Será necesario, por tanto, precisar el significado de las notas de “negociabilidad” y “agrupación en emisiones” dado que son las que definen los valores a efectos de la aplicación de la Ley del Mercado de Valores (5).

7. En cuanto al dato de la “negociabilidad”, dice la exposición de motivos de la LMV que con tal expresión se ha querido hacer referencia no a la mera transmisibilidad, sino a “algo más amplio”, conectado con la existencia de un mercado —más o menos reducido— caracterizado por el predominio de los términos económicos en que se produce la transmisión sobre las características personales de los contratantes. Así entendido, el concepto de “negociabilidad” remite inmediatamente a la categoría de los títulos de inversión, que sólo son concebibles en la medida en que existe un mercado secundario que permite al inversor liquidar sus activos (“desinvertir”). Son negociables —y no meramente transmisibles— aquellos valores respecto de los cuales existe una oferta y una demanda que definen globalmente las condiciones de las transmisiones realizadas (señaladamente el precio) sin dejar lugar a una discusión individual —cada oferente con cada demandante— basada en las características de transmitentes y adquirentes (6).

mediante anotaciones en cuenta y de aquellos otros valores que, representados de igual forma, sean emitidos por las Comunidades Autónomas, por otras entidades y sociedades públicas o por organismos internacionales de los que España sea miembro, previa autorización del Ministerio de Economía y Hacienda.

(5) El artículo 5.1 LMV insiste en esta idea al especificar que los valores negociables podrán ser representados por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. Su agrupación en emisiones es también presupuesta por el artículo 5.1 cuando enuncia el principio de homogeneidad de la modalidad de representación para cada emisión.

(6) Ello permitiría, en principio, dudar de la posibilidad de caracterizar como negociables ciertos valores que se suelen considerar como valores mobiliarios. Piénsese, por ejemplo, en las acciones de sociedades “familiares”; ¿es posible hablar de la existencia de un mercado para estos valores? Desde luego, y pasando por encima de estas disquisiciones, la LSA establece expresamente que las acciones pueden ser representadas por medio de anotaciones en cuenta y que, en tal caso, se regirán por la normativa reguladora del mercado de valores (arts. 51.1 y 60.1 LSA).

En realidad, la interpretación correcta pasa por considerar que el requisito de la negociabilidad no va referido al valor concreto de que se trate —para el que, lógicamente, puede no haber ningún tipo de mercado—, sino al *tipo* de valor. Así, serán negociables los valores *que sean de un tipo para el que exista un mercado que los acepte como títulos de inversión*. Ello explica que las acciones y obligaciones —en cuanto “tipos” de valores— sean siempre negociables.

En este sentido, es muy ilustrativo el contenido del “Uniform Commercial Code” (UCC) §8-102-(1)-(a)-(ii) y §8-102-(1)-(b)-(ii). Según el Comentario oficial de estas normas, que hace expresa referencia a las “closelyheld corporations”, también las acciones de estas sociedades han de ser consideradas “securities” (a pesar de no ser negociables

8. Por otra parte, la ley menciona también el dato de la “agrupación en emisiones”. Según la exposición de motivos se ha preferido esta idea a la de valores emitidos en serie no sólo por la dificultad de la concreción legal de esta última, sino, principalmente, por el hecho de que no hay razón para no considerar agrupados en una emisión instrumentos que pueden ser heterogéneos en algunas de sus características y que, en consecuencia, podrían escapar a las previsiones de la ley. Lo cierto es que el abandono del concepto de títulos emitidos “en serie” parece razonable si por tales se entienden los emitidos con absoluta igualdad de características y derechos (7). En suma, de lo que se trata es de eliminar la necesidad de *unidad de título jurídico* (8). En efecto, los valores emitidos en serie no contienen cada uno de ellos una específica y particularizada declaración de voluntad del emisor como sucede, sin embargo, con los títulos emitidos aisladamente; en otras palabras, tienen su origen en un acto único, en una única declaración de voluntad (9).

Por el contrario, la “agrupación en emisiones” significa algo distinto; reclama la idea de valores emitidos en cantidad notable a causa de una única operación colectiva de inversión y que presentan características homogéneas (10). Lo importante es que —sea cual sea el modo con que se

en los mercados de valores), porque pertenecen a un “tipo” de valor —acciones— que si es usualmente admitido es tales mercados como un medio de inversión. Cfr., sobre esta cuestión, DE LA CUESTA RUTE: *La acción como parte del capital y como título en la sociedad anónima norteamericana*, Madrid, 1972, págs. 210-212.

(7) Cfr. BERCOVITZ, A.: “El derecho de mercado de capitales”, *RDBB*, núm. 29, 1988, pág. 90; OTERO LASTRES “Reflexiones sobre la aplicabilidad de los artículos 111 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas a los pagarés de empresa”, *La Ley*, 1985-I, pág. 1153. La verdad es que se aprecia en nuestro Derecho positivo cierta tendencia a considerar emitidos en serie los valores idénticos, no sólo —por lo demás— en el contenido de derechos que atribuyen, sino incluso en el valor nominal. Nótese, en este sentido, que el artículo 49 LSA define las series como conjuntos de acciones con igual contenido de derechos —pertenecen a la misma clase— y con el mismo valor nominal. Por su parte, el artículo 53 LSA dispone que los títulos múltiples sólo pueden incorporar acciones de la misma serie, sin duda porque parte de la idea de que son idénticos. En la misma línea se mueve el artículo 291 LSA al imponer que todos los títulos de una emisión han de ser iguales, lo cual comporta, naturalmente, la igualdad entre los que componen cada una de las series de la emisión.

(8) Cfr. VICENT CHULIÀ *Introducción al Derecho mercantil*, 2.ª ed., Barcelona, 1989, pág. 188.

(9) Cfr. OTERO LASTRES “Reflexiones sobre la aplicabilidad de los artículos 111..”, *cit.*, pág. 1148.

(10) Es lo que CASTELLANO (“I titoli di massa”, *BBTC*, I, 1987, págs. 22 y sigs.) denomina valores emitidos en masa. Podríamos distinguir así, de acuerdo con lo dispuesto en el texto, entre títulos emitidos en masa y títulos emitidos en serie. Lo que ocurre es que en este terreno la confusión terminológica y la anfibología son ya tan frecuentes y están tan consolidadas que los intentos de aclarar la cuestión suelen terminar por complicarla aún más.

trate de dar individualidad a cada uno de ellos— el conjunto de valores emitidos se halle vinculado a la obtención de un determinado volumen de medios financieros superior, en todo caso, al importe de cada uno de ellos considerados por separado (11). No hace falta, por tanto, que todos los valores respondan a un mismo título jurídico; bastará con la existencia entre ellos de un cierto grado de homogeneidad, cuyos criterios de determinación serán establecidos reglamentariamente (art. 2 LMV) (12).

9. Quedan excluidos, por tanto, de la aplicación de las normas contenidas en el capítulo II del título I de la LMV los valores no negociables y/o no agrupados en emisiones. En principio, por consiguiente, no quedan al margen del sistema de representación por medio de anotaciones en cuenta ni siquiera los llamados “efectos de comercio” que, si reúnen las características enunciadas por la ley, podrán prescindir del soporte documental. Por supuesto, en el campo de los efectos —emitidos aisladamente

(11) Cfr. SACRISTÁN REPESA “Emisión y descuento de pagarés: pagarés de empresa”, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, coordinación de ALONSO UREBA, BONARDELL LENZANO y GARCÍA VILLAYERDE, Madrid, 1990, pág. 332.

(12) Ello, seguramente, permitirá considerar valores a los efectos de la LMV a los pagarés de empresa, que se agrupan en emisiones (vid. SACRISTÁN REPESA, “Emisión y descuento de pagarés...”, *cit.*, pág. 323). Esta es una nota de carácter económico —formar parte de una operación colectiva de inversión— que no impide que, desde el punto de vista jurídico-formal, los pagarés de empresa sean títulos “aislados” por cuanto cada uno de ellos contiene una específica declaración de voluntad. En este sentido, manifiesta ARROYO (“El pagaré”, en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, dirigidos por Menéndez, Madrid, 1986, págs. 761-762) que si desde el punto de vista formal el pagaré de empresa es un efecto de comercio, desde el punto de vista económico no lo es y se acerca más a la naturaleza de los valores mobiliarios. El autor, expresivamente, se pregunta: “¿Es que la puesta en circulación simultánea de varios cientos de miles de ‘pagarés’ no es una emisión en masa? ¿Se puede negar la evidencia de la pluralidad ‘real’, no ‘formal’ de los títulos?” En sentido similar se pronuncia SACRISTÁN REPESA (*op. cit.*, pág. 324), quien al mismo tiempo que pone de manifiesto que los pagarés de empresa cumplen una función económica similar a la de las obligaciones u otros títulos emitidos en masa, admite —no sin dudas— que les es aplicable la disciplina de la LCCh. Más adelante explica como los efectos de comercio —por ejemplo, pagarés o letras de cambio— pueden ser utilizados como valores mobiliarios (pág. 342). Ello supone, en definitiva, aceptar la “naturaleza dual” del pagaré de empresa: efecto de comercio y valor mobiliario. A este respecto estima el citado autor que puede ser compatible la aplicación del régimen propio de los efectos de comercio con el de algunos aspectos del relativo a los valores mobiliarios —señaladamente, régimen de información y control— cuando los títulos emitidos aisladamente (efectos) se utilizan de modo que crean necesidades de régimen propias de los emitidos en masa (valores mobiliarios) (pág. 330).

La inclusión de los pagarés de empresa en la categoría de valores negociables a efectos de la LMV conlleva asumir que podrán representarse por medio de anotaciones en cuenta. En tal caso la disciplina cambiaria no les sería de aplicación; sería sustituida por la contenida en los artículos 5 a 12 de la LMV que, por otra parte, no es muy diferente en sus principios básicos.

desde el punto de vista jurídico-formal— será más rara la concurrencia de las notas de negociabilidad y agrupación en emisiones, pero no imposible. Hasta tal punto es así que la propia exposición de motivos de la LMV menciona también las letras de cambio y los pagarés como instrumentos susceptibles de representación mediante anotaciones contables (13). No debemos dejarnos cegar, en consecuencia, por las palabras: los valores que según la LMV podrán ser representados *también* mediante anotaciones en cuenta no son sólo los “valores mobiliarios”, sino, en general, los que se incorporan a títulos (títulos-valores), sean estos efectos de comercio o títulos emitidos en masa, *siempre que reúnan las condiciones requeridas por la ley*.

II.2. CONCEPTO Y SIGNIFICADO DE LOS VALORES ANOTADOS

II.2.A. *Introducción*

10. La posibilidad de que los valores negociables puedan representarse mediante anotaciones en cuenta constituye una respuesta radical —y, seguramente, eficaz— a la situación de crisis funcional que atraviesan los títulos-valores y que se hace especialmente perceptible en el ámbito de los títulos de inversión.

En efecto, es bien conocido el fenómeno de la “crisis del papel” (14): el número de los documentos a manipular es de tales dimensiones que empieza a ser difícil asumir los costes, las demoras y el aumento geométrico de la posibilidad de cometer errores. Los títulos-valores y el concepto de “incorporación” supusieron en su momento una innovación de importantísimas consecuencias; fueron la vía a través de la cual pudo superarse la inadecuación de la disciplina de la cesión de créditos a las exigencias de una segura y ágil circulación de la riqueza crediticia. El título-valor fue la herramienta jurídica, el instrumento técnico, que facilitó la circulación de

(13) Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, en las *Lecciones de Derecho mercantil*, IV, Sevilla, 1988, pág. 7. No parece, por tanto, que se pueda afirmar (*vid.* MADRID PARRA, “Consecuencias para la financiación inmobiliaria en las Leyes del Mercado de Valores y de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito”, *RDBB*, núm. 36, 1989, pág. 705), con apoyo únicamente en la necesidad de que los valores se encuentren agrupados en emisiones, que los efectos de comercio quedan fuera del ámbito de aplicación de la LMV.

(14) “Crisis del papel” o “paper crisis” que no ha de ser entendida, obviamente, en un sentido metafórico —recordemos el significado del término “papel” en la jerga bursátil—, sino en el más estricto: la crisis provocada por esa materia que conocemos por papel (cfr. DE LA CUESTA RUTE *La acción como parte del capital y como título en la sociedad anónima norteamericana*, cit., pág. 293).

los derechos y que aseguró la posición jurídica de sus titulares a través de la documentación, esto es, a través de su incorporación a un soporte físico.

Pero el éxito de los títulos-valores portaba ya en sí el germen de la crisis que es, en consecuencia, una crisis de crecimiento. La verdadera "avidez" con que el tráfico comercial comenzó a hacer uso de las ventajas de la "incorporación" —con la consecuente emisión de ingentes cantidades de títulos por un número cada vez más elevado de emisores y para un número de suscriptores en constante aumento— ha terminado por comprometer el buen funcionamiento de los mercados financieros y de los intermediarios que operan en ellos. En otras palabras, "las ventajas del papel han desembocado en los inconvenientes del papeleo" (15).

La manipulación y movilización de estas montañas de papel resultan realmente insoportables para el tráfico. Y el fenómeno no es, ni mucho menos, exclusivo de nuestro país; es algo sentido, desde hace más o menos tiempo, en muchas de las naciones de nuestro entorno cultural y económico. Naturalmente, los diferentes ordenamientos han ido reaccionando contra los inconvenientes de la materialidad de los títulos tratando de evitar así el colapso de los mercados bursátiles. En general, y a pesar de las diferencias apreciables entre ellos, los sistemas ideados para construir un nuevo régimen de ejercicio y transmisión de los derechos —capaz de ofrecer las mismas ventajas que la disciplina de los títulos-valores— suelen moverse en una de estas dos líneas: existen, de un lado, sistemas que podemos denominar "correctores"; de otro, sistemas "sustitutivos".

11. Los primeros son aquellos que tienden a disminuir o evitar la manipulación de los títulos. Siguen existiendo documentos y la incorporación permanece como concepto nuclear; lo que ocurre es que los títulos resultan inmovilizados y su papel en el tráfico lo juegan simples referencias a su existencia en un depósito (16). No obstante, y siempre en la línea de las soluciones que no propugnan la radical eliminación física del título, podría optarse simplemente por modificar el documento para aligerar la

(15) OLIVENCIA "La incorporación del derecho al título y su desincorporación (análisis histórico y dogmático)", en *Anotaciones en cuenta de Deuda del Estado*, cit., pág. 18. Cfr., también, JIMÉNEZ SÁNCHEZ "La experiencia de los pagarés", *ibidem*, págs. 39-40; SÁNCHEZ CALERO *Instituciones de Derecho mercantil*, 13.^a ed., Madrid, 1988, págs. 338-339, y "Evolución y perspectivas del régimen de los títulos-valores (letra de cambio, cheque y otros títulos)", en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, págs. 221-227; MADRID PARRA "La circulación de valores al portador y de los anotados en cuenta", *RDBB*, núm. 37, 1990, págs. 72-73. Como expresa plásticamente el maestro OLIVENCIA "El maravilloso invento se ha revelado contra quienes se beneficiaban de él, sumiéndolos en una actitud de perplejidad análoga a la del aprendiz de brujo. La 'magia jurídica' ha superado al poder de los magos" (*op. cit.*, pág. 17).

(16) Cfr. OLIVENCIA "La incorporación del derecho al título...", *cit.*, pág. 19; JIMÉNEZ SÁNCHEZ "La experiencia de los pagarés", *cit.*, pág. 43.

carga de su manipulación. Pero esta es una posibilidad que si bien disminuye la gravedad del problema no lo resuelve definitivamente y, en todo caso, mantiene el título como elemento esencial para la transferencia y ejercicio de los derechos (17). Por ello, aun cuando agilizaría las tareas burocráticas y, seguramente, disminuiría las posibilidades de error, es una opción que hoy podemos considerar superada en el campo de los títulos de inversión (18).

12. Por su parte, los modelos de carácter "sustitutivo" son aquellos que propugnan la supresión del documento eliminando así la función del concepto de incorporación. Resulta necesario, entonces, arbitrar mecanismos alternativos para acreditar la existencia de los valores, para instrumentar su negociación o facilitar la legitimación precisa para su ejercicio. Y lo cierto es que estos sistemas, que prescinden absolutamente del título, del papel, constituyen el estadio evolutivo que "naturalmente" sigue al de inmovilización de los documentos en depósitos colectivos. De este modo —se ha dicho— se dibuja poco a poco un proceso inverso a aquel que, con el fin de disponer de un mecanismo capaz de responder a exigencias de seguridad y agilidad en la circulación, impulsó la incorporación de los derechos a los documentos (19). En realidad lo que sucede es que se desmaterializa la representación del derecho, que ya no se encontrará vinculado a un soporte material; se crean, así, otros sistemas de representación, transmisión y ejercicio que tratan de garantizar un grado de seguridad jurídica equiparable, al menos, al alcanzado con la técnica de la incorporación. No se trata, por tanto, a pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, de una involución, sino de un formidable paso adelante posibilitado e impulsado por el desarrollo tecnológico, especialmente el informático.

II.2.B. *Las experiencias en Derecho comparado*

13. Las experiencias aportadas por el Derecho comparado son variadas pero, desde luego, muestran una clara tendencia evolutiva hacia la

(17) Cfr., sobre la experiencia norteamericana a este respecto, cfr. DE LA CUESTA RUTE *La acción como parte del capital*., cit., págs. 309-315.

(18) En el ámbito de los efectos, no obstante, la normalización de los modelos, su aptitud para soportar inscripciones magnéticas y la consiguiente posibilidad de tratamientos mecanizados o informatizados, han supuesto un considerable ahorro de coste, han provocado una disminución del número de errores y han agilizado la manipulación —que no ha podido ser obviada totalmente— de los títulos. Buena muestra de ello la ofrecen el modelo oficial de letra de cambio aprobado por Orden de 11 de abril de 1986 y los modelos normalizados de cheque —aprobado por Circular LXXXVI/88 del Consejo Superior Bancario— y de pagaré —aprobado por el CSB el 30 de junio de 1986—.

(19) Cfr. OPPO "Una svolta dei titoli di massa", *Riv. dir. civile*, 1986, I, pág. 15.

desmaterialización o desincorporación de los derechos o, cuando menos, hacia la inmovilización de los títulos.

14. Dentro del cuadro de ejemplos foráneos es imprescindible la cita del modelo alemán. En efecto, es precisamente en Alemania donde, como consecuencia de las ingentes cantidades emitidas de Deuda Pública, hace su aparición el fenómeno de la "crisis del papel". La pérdida de la funcionalidad de los títulos en cuanto vehículos para el ejercicio y transmisión de los derechos impulsó al legislador alemán a admitir la representación de los empréstitos del Estado mediante "créditos registrados de la Deuda" (*Schuldbuchforderungen*). Los apuntes contables de la Deuda Pública se equipararon así con las obligaciones al portador (20).

Esta innovación se introdujo, partiendo de la experiencia de dos Ordenanzas del Reich de 1940 y 1942, por medio de la Ley de Empréstitos del Estado de 1951 (*Aanleihegesetz*). Con ello se sancionó la desmaterialización de los valores en un sector particular y concreto del mercado de capitales pero de enorme importancia económica. Fuera de este ámbito específico —Deuda Pública— también son apreciables, no obstante, fenómenos que tienden a eliminar los inconvenientes de la incorporación con respecto a otros títulos de inversión.

En efecto, partiendo del hecho de que los títulos se encuentran depositados, por lo general, en entidades bancarias y no en manos de los inversores, se dictó la Ley de 4 de febrero de 1937 —modificada después en varias ocasiones— sobre Depósito y Adquisición de Títulos-valores (*Depotgesetz*) que consagró la figura del depósito conjunto o colectivo (*Sammelverwahrung*). Este tipo especial de depósito comprende todos los títulos de idéntica clase que sean considerados fungibles; los depositantes adquieren un derecho de copropiedad por cuotas sobre la cartera colectiva de valores. De este modo resulta imposible atribuir títulos determinados a cada uno de los depositantes que, sin embargo, son titulares de una cuota ideal de una cosa común y gozan, por consiguiente, del derecho de separación en caso de quiebra de la entidad depositaria. Por otra parte, la fungibilidad de los títulos depositados —presupuesto de funcionamiento del sistema— implica que el depositante no puede pretender la restitución de los mismos títulos depositados, sino sólo de una cantidad equivalente de la misma clase (21).

(20) Cfr. EIZAGUIRRE "Bases para una reelaboración de la teoría general de los títulos-valores", *RDM*, núm. 163, 1982, págs. 84-85; HUECK-CANARIS *Derecho de los títulos-valor* (traducción española de la 12.ª ed. alemana por J. ALFARO), Barcelona, 1988, p. 23; REHFELDT-ZÖLLNER *Wertpapierrecht*, 12.ª ed., Munich, 1978, pág. 6.

(21) Sobre estos extremos y, en general, para contrastar y ampliar las ideas expuestas en el texto acerca del sistema alemán, *vid.* EIZAGUIRRE "Bases para una reelaboración...", *cit.*, págs. 81 y sigs.; HUECK-CANARIS *Derecho de los títulos-valor*, *cit.*, págs. 19-

Las entidades depositarias depositan, a su vez, los títulos en los “Bancos de títulos-valores” (*Wertpapiersammelbanken*) a través del depósito de segundo grado (*Drittverwahrung*). Estos Bancos de títulos-valores —normalmente denominados *Kassenvereine*— se convierten en poseedores inmediatos de los títulos y centralizan todos los depósitos de una zona, de tal modo que hacen posible la circulación de la posesión sobre los mismos sin necesidad de que se desplacen físicamente. La transmisión se realiza, en otras palabras, por medio de operaciones contables que consisten en adeudar en la cuenta del transmitente un número de títulos y abonarlos en la cuenta del adquirente. Se transmiten los títulos, por tanto, mediante una operación de giro (*Effektengiroverkehr*). Obsérvese que la transmisión del dominio se produce mediante el acuerdo sobre la transferencia de la cuota de propiedad unido al cambio de la posesión mediata operada con los asientos contables, de acuerdo con los artículos 929 y 930 BGB. Por otra parte, tampoco para el ejercicio de los derechos incorporados a los títulos resulta precisa su movilización; la asistencia a Juntas, la percepción de dividendos e intereses, etc., se realiza a través de certificados acreditativos del depósito de los títulos.

De esta manera queda prácticamente resuelto el problema de la masificación de los títulos. Pero, lógicamente, la solución adoptada da paso inmediatamente a planteamientos que se cuestionan la propia utilidad de la existencia física de unos documentos destinados a desaparecer en las cajas de los *Wertpapiersammelbanken*. Surge así el expediente de crear títulos globales, documentos colectivos que representan una pluralidad de títulos individuales. Con ello se ahorran los gastos de impresión de depósito —nada desdeñables cuando se trata de millones de documentos— y se evitan objeciones dogmáticas a la aplicación de las normas del Derecho de cosas. Podemos decir, así, que se ha recorrido ya la parte más larga y difícil del camino hacia la “desincorporación” de los valores, sobre todo cuando el depositante renuncia al derecho a exigir la entrega de los títulos singulares. Sólo quedaría por dar el último paso: el reconocimiento con carácter general de los llamados *Wertrechte* o derechos-valores, esto es, derechos no incorporados a títulos pero cuya disciplina es equivalente a la de los derechos encartados relativos a las mismas prestaciones.

15. A esta situación se ha llegado en Francia a raíz de la promulgación de la “Loi de Finances” para 1982, número 81-1160, de 30 de diciembre de 1981. Esta Ley dispone en su artículo 94.11 que los valores mobiliarios

23; REHFELDT-ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*, cit., págs. 5-6; OPITZ “Il deposito cumulativo su titoli nelle banche tedesche”, *Moneta e Credito*, 1953, págs. 482 y sigs.; SCHÖNLE *Bank- und Börsenrecht*, 2.^a ed., Munich, 1976, págs. 281 y sigs.; CANARIS *Bankvertragsrecht*, 2.^a ed., Berlín-Nueva York, 1975, págs. 1011 y sigs. y 1027 y sigs.

rios emitidos en territorio francés y sujetos a la legislación francesa, sea cual sea su forma —nominativos o al portador— deben ser registrados (anotados) en cuentas llevadas por la persona jurídica emisora o por un intermediario autorizado para ello (22). Se produce así la “*dématisation des valeurs mobilières*” reconocida y proclamada por la generalidad de la doctrina del país vecino (23). Esta transformación de los valores mobiliarios en anotaciones en cuenta presenta dos características sumamente relevantes: su *generalidad* y su *obligatoriedad* (24). Generalidad porque la desmaterialización se aplica a todos los valores mobiliarios salvo a aquellos emitidos fuera de Francia y no sometidos a la legislación francesa. Y obligatoriedad porque no se deja optar, ni a los inversores ni a los emisores, entre la representación de los valores por medio de títulos o por “*inscriptions en compte*”.

Naturalmente, la desmaterialización de los valores mobiliarios conlleva importantes consecuencias en cuanto al régimen de su transmisión. En este sentido, es encomiable la sencillez del mandato contenido en el artículo 2 del Decreto de 2 de mayo de 1983: “*les titres inscrits en compte se transmettent par vraiment de compte à compte*”. La transmisión de los valores, por tanto, se hará por medio de una mera transferencia contable (25).

De otro lado, los dividendos o intereses producidos por los valores serán pagados directamente por la entidad emisora a los titulares de valores nominativos puros; si se trata de valores al portador o nominativos administrados, el emisor entrega la suma global devengada a los interme-

(22) El artículo 94.II de la Ley número 81-1160 ha sido desarrollado por el “*Décret*” número 83-359, de 2 de mayo de 1983. Por su parte, la Ley número 83-1, de 3 de enero de 1983, sobre desarrollo de las inversiones y protección del ahorro, completó en su capítulo II el régimen de la inscripción en cuenta de los valores mobiliarios. Por último, la “*Loi de finances*” para 1984, número 83-1179, de 29 de diciembre de 1983, dio nueva redacción al segundo inciso del artículo 94.II de la Ley de 30 de diciembre de 1981.

(23) Cfr., entre otros, JUGLART-IPPOLITO *Cours de Droit Commercial (Les sociétés commerciales)*, vol. 2.º, 8.ª ed., París, 1988, págs. 377 y sigs.; MERLE *Droit Commercial*, París, 1988, págs. 248 y sigs.; RIPERT-ROBLOT *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 1, 12.ª ed., París, 1986, págs. 795 y sigs.; JAUFFRET-MESTRE *Manuel de Droit Commercial*, París, 1986, págs. 178 y sigs.; GEORGE, J. C.: “La *dématisation des titres*, une réforme délicate, mais nécessaire: l’aide aux titres vifs”, *Journal des Finances*, 10 febrero 1983, pág. 11.

(24) Cfr. GUYÓN “Les aspects juridiques de la *dématisation des valeurs mobilières*”, *Rev. des Sociétés*, 1984, pág. 453.

(25) La transferencia se realiza a raíz de una “*ordre de mouvement*” firmada por el titular de los valores dirigida directamente a la entidad emisora si se trata de valores nominativos puros y al intermediario financiero que gestiona las cuentas si los valores son al portador o nominativos administrados. Aunque *inter partes* la transmisión de los valores opera por el convenio de cesión, para su eficacia frente a terceros es precisa la anotación de la transmisión en la cuenta del adquirente.

diarios autorizados quienes la distribuyen después entre los titulares de los valores (26).

En cuanto a los procedimientos de llevanza de las cuentas es preciso distinguir según que los valores se encuentren o no admitidos a la “Société Interprofessionnelle pour la Compensation des Valeurs Mobilières” (SICOVAM) (27). La SICOVAM es una entidad cuya función básica es asegurar la compensación de valores entre los titulares de cuentas (art. 6 del Decreto núm. 83-359) y facilitar su circulación por medio de transferencias de cuenta a cuenta. A estos efectos, abre cuentas corrientes de valores a sus afiliados (intermediarios financieros autorizados y entidades emisoras) a las que éstos trasladan —de forma global— los saldos de las cuentas que, a su vez, ellos mantienen abiertas a los inversores. En general, son admitidos a la SICOVAM los valores que pueden ser emitidos al portador, entre los cuales se encuentran los admitidos a cotización en el mercado oficial o en el segundo mercado, así como aquellos emitidos sobre el mercado “hors cote” si reúnen determinadas condiciones. Sin embargo, la SICOVAM mantiene cierta discrecionalidad y puede admitir otros valores en sus operaciones en atención a su difusión entre el público y a su volumen de contratación.

(26) A pesar de la desaparición de los documentos, la legislación francesa continúa distinguiendo entre valores al portador y valores nominativos. La distinción se reduce a la determinación del sujeto que llevará las cuentas y a la posibilidad del emisor de conocer quienes son los titulares de los valores. En el caso de valores al portador, las cuentas las lleva un intermediario financiero autorizado designado por el suscriptor que, a su vez, mantiene abierta una cuenta en la sociedad emisora. Este intermediario garantiza el anonimato de los titulares frente al emisor (por ello, antes que de valores al portador habría que hablar de valores anónimos). Si los valores son nominativos las cuentas son llevadas directamente por la entidad emisora o por un mandatario suyo; no obstante, los titulares pueden encargar a un intermediario que gestione su cuenta abierta en la entidad emisora (títulos nominativos administrados) obligándose a transmitir las órdenes de transferencia a la sociedad emisora a través de dicho intermediario.

(27) La SICOVAM fue creada por el Decreto de 4 de agosto de 1949 en sustitución de la “Caisse centrale de dépôts et de virements de titres” (CCDVT) y su actual reglamento ha sido aprobado por el “Arrêté” de 23 de marzo de 1984. Mirando brevemente hacia atrás diremos que la CCDVT fue instaurada por la Ley de 18 de junio de 1941, posteriormente, la Ley de 3 de febrero de 1943 impuso la obligación de depositar en ella todas las acciones al portador. Parece ser que esta medida resultó enormemente impopular entre el gran público, ya que los inversores no renunciaban a la idea de que eran los documentos los que representaban la riqueza. De este modo, el régimen fue abolido por la Ley de 5 de julio de 1949 y el Decreto de 4 de agosto de 1949 citado instauró y reguló el funcionamiento de la SICOVAM, estableciéndose un régimen de depósito facultativo. Cfr. Roux, A.: “Le compte-courant et le virement de titres en France”, *Banque*, 1963, págs. 18-19... Sobre lo que pudo significar el régimen de la CCDVT —que llevaba, en definitiva, a incorporar el derecho del depositante en la cuenta abierta más que en el título (dado que los títulos depositados no debían volver a circular)—, *vid.* las agudas observaciones de SANTINI “La Cassa centrale di deposito e giro di titoli azionari”, *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1948, págs. 482-483.

Respecto a los valores no admitidos en las operaciones de la SICOVAM —se tratará, por regla general, de valores no cotizables— las sociedades emisoras y los intermediarios financieros son libres para llevar las cuentas de la manera que estimen conveniente. No obstante, existe un pliego de condiciones —“cahier des charges”— redactado por el “Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget” cuya observancia, por lo demás, no es obligatoria (28).

16. También en los Estados Unidos de América se ha producido una clara reacción contra los inconvenientes derivados del empleo masivo de los títulos de inversión, que se dejaron sentir con especial fuerza a partir de la mitad de la década de los años sesenta (29). De hecho, ya a principios de los años setenta funcionaba bastante eficazmente en la Bolsa de Nueva York un depósito colectivo de valores que sustituía las entregas materiales de títulos por anotaciones contables. En este sentido, las anotaciones realizadas en los registros de una “clearing corporation” reduciendo la cuenta de acciones del transmitente o pignorante e incrementando la del adquirente o acreedor pignoraticio se hacían equivaler a la entrega de títulos (30).

Naturalmente —y de acuerdo con una línea evolutiva que nos es bien conocida— pronto empezaron a aparecer propuestas favorables a la eliminación física de los títulos (31). Y lo cierto es que el cambio propugnado se introdujo a través de la reforma —que era ya por entonces considerada muy necesaria— del artículo 8 del Código de Comercio Uniforme. En efecto, UCC§ 8-102-(1)-(b) contempla actualmente la posibilidad de emitir “uncertificaded securities” que se caracterizan frente a las “certificaded securities” porque no se encuentran representadas por medio de títulos y porque su transmisión se registra en libros llevados a tal efecto por el emisor u otra persona en su nombre (32). La regulación contenida en el citado artículo 8 —que fue enmendado de forma muy importante en 1977— parte de la base de la existencia de valores no representados por

(28) El texto fue remitido al Presidente de la Asociación Nacional de Sociedades por Acciones mediante carta con fecha de 29 de febrero de 1984, modificada por carta de 1 de agosto de 1984 (*Rev. des Sociétés*, 1984, pág. 912).

(29) Cfr. DE LA CUESTA RUTE. *La acción como parte del capital...*, cit., págs. 291 y sigs.

(30) Siempre que se cumplieran las condiciones del UCC§ 8-320-(1), en relación con el UCC§ 8-313-(1). Cfr., sobre esta cuestión, DE LA CUESTA RUTE. *La acción como parte del capital...*, cit., págs. 325-327.

(31) Cfr. DE LA CUESTA RUTE: *La acción como parte del capital...*, cit., págs. 346-347.

(32) UCC§ 8-102-(1)-(b)-(i): “not represented by an instrument and the transfer of which is registered upon books maintained for that purpose by or on behalf of the issuer”.

medio de documentos. Así, UCC§ 8-313-(1)-(b) prevé que la transmisión de una "uncertificated security" o la constitución de una prenda sobre ella se producirá cuando se efectúe el registro de la transmisión o de la prenda. La anotación en los libros del emisor equivale, así, a la entrega material de los títulos (33). Por otro lado, la consagración en el "Commercial Uniform Code" de la posibilidad de emitir "uncertificated securities" no ha supuesto la eliminación de los sistemas de compensación ni siquiera en relación con los valores no representados mediante títulos. En efecto, según UCC§ 8-320-(1) y (3), la transmisión o constitución de derechos sobre "uncertificated securities" puede ser realizada mediante anotaciones en los registros de una "clearing corporation" siempre que los valores estén registrados a nombre de esta misma u otra "clearing corporation", de un banco por ella designado o de un "nominee" de cualquiera de estas entidades (34). Y es que la necesidad de mantener un servicio de compensación y liquidación no queda obviada por el hecho de que los valores se representen mediante anotaciones en registros contables.

Como hemos visto, en los Estados Unidos se ha avanzado decisivamente, en el campo de los títulos de inversión, hacia la desmaterialización de los valores. No se trata, como ocurrió en Francia, de una desincorporación general y obligatoria, pero sí de una puerta abierta para escapar de la situación casi insostenible producida por la enorme masa de papeles que es preciso manipular. Hay que reconocer, no obstante, que no todos los Estados de la federación han adoptado las variaciones operadas en el artículo 8 UCC, de modo que la uniformidad no es, ni mucho menos, total.

Donde, sin embargo, si existe uniformidad es en el mercado de Deuda Pública ("Treasure Securities", sean "bills", "notes" o "bonds"). En efecto, existe una disciplina de carácter federal que regula la emisión y funcionamiento de la Deuda Pública anotada. En realidad, ya en 1967 el Departamento del Tesoro comenzó a instaurar un sistema de "book-entry securities" que ha culminado en julio de 1986, fecha a partir de la cual toda la Deuda Pública será emitida únicamente bajo la forma de anotaciones en cuenta sin posibilidad de conversión en títulos más que para las emisiones

(33) Aunque, desde luego, existe un buen número de particularidades para los casos en que en la adquisición intervienen intermediarios financieros —UCC§ 8-313-(1)-(d)— o un tercero que no ostenta tal cualidad —UCC§ 8-313-(1)-(f)— o para los casos de constitución de un derecho de prenda sobre valores no documentados registrados a favor de un tercero: UCC§ 8-313-(1)-(h).

(34) Ello concuerda perfectamente con lo establecido en UCC§ 8-313-(1)-(g): la transmisión de valores incluidos en un "Central Depository System" —sin distinguir si están o no representados mediante títulos— se produce por la anotación de la operación en la cuenta abierta al adquirente en los libros de la "clearing corporation".

de fecha anterior (aunque desde 1978, los "bills" ya sólo se emitían como anotaciones contables). El sistema, inspirado en buena medida en las enmiendas introducidas en el artículo 8 del Código de Comercio Uniforme, permite la transmisión de Deuda Pública mediante simples anotaciones en la cuenta del adquirente (31CFR-357.12) y supone un ejemplo claro de desincorporación de los valores —en este caso Deuda Pública— con el objetivo de agilizar su circulación (35).

17. Mucho menos drástica ha sido la solución adoptada por el ordenamiento italiano. En efecto, con la Ley número 289, de 19 de junio de 1986, obtuvo reconocimiento y disciplina legislativa un sistema de depósito y administración centralizada de valores mobiliarios que, en cualquier caso, funcionaba ya anteriormente sobre bases meramente convencionales (36). La disposición citada confía a una sociedad por acciones denominada "Monte Titoli S.p.A.-Istituto per la custodia e l'amministrazione accentrata di valori mobiliari" el desarrollo de servicios tendentes a racionalizar la custodia y la negociación de valores mobiliarios, en particular mediante la gestión del sistema de administración centralizada sobre criterios de fungibilidad de dichos valores (art. 1 de la Ley de 19 de junio de 1986) (37).

El régimen de administración centralizada vigente en Italia no puede ser calificado como de desmaterialización de los valores. Es cierto que las funciones del documento se reducen, pero no llega a desaparecer. La transmisión de títulos, en el ámbito del sistema, se produce mediante

(35) Sobre el sistema de anotaciones en cuenta en EEUU, cfr. RINGSMUTH "La experiencia norteamericana sobre anotaciones en cuenta de Deuda Pública", en *Anotaciones en cuenta de Deuda del Estado*, cit., págs. 65 y sigs. Es también de gran interés a este respecto la información elaborada por el "bureau of the Public Debt" sobre la propuesta de adopción de la Circular del Tesoro número 2-86, que pasó posteriormente a formar parte del "Code of Federal Regulations" como nueva parte 357 del título 31 (31CFR-Part 357).

(36) La "Monte Titoli S.p.A." fue constituida en 1978 bajo los auspicios del Banco de Italia y comenzó a operar en noviembre de 1981. Esta sociedad —de la cual únicamente podían ser socios el Banco de Italia, la ABI, entidades de crédito, organismos representativos de los Agentes de Cambio y organismos que cumplieran en el extranjero funciones análogas— tenía por objeto asegurar la custodia fiduciaria y la administración centralizada de valores, así como facilitar la transmisión de los derechos correspondientes a ellos. Cfr. GUALANDI *Il Monte Titoli. Le operazioni*, Milán, 1983, págs. 1 y sigs.

(37) El necesario desarrollo de la Ley número 289 se ha efectuado por medio de los Reglamentos números 2723 ("Regolamento di attuazione") y 2724 ("Regolamento dei servizi e delle condizioni contrattuali"), ambos emanados de la CONSOB ("Commissione Nazionale per le Società e la Borsa") y ambos de 18 de febrero de 1987 (pueden consultarse en BBTC, 1987, I, págs. 385 y sigs.). El primero de ellos, por lo demás, resultó modificado por la "Deliberazione" de la CONSOB de 29 de agosto de 1989, núm. 4199; modificación cuyo texto puede consultarse en BBTC, 1989, I, págs. 814 y sigs., y sobre la cual *vid.* LENER "Il nuovo regolamento della Monte Titoli, S.p.A.", BBTC, I, 1990, págs. 199 y sigs.

operaciones contables por las que se anota la transferencia de los mismos de la cuenta del *tradens* a la del *accipiens* (art. 4 de la Ley de 19 de junio de 1986). Igualmente, el ejercicio de los derechos administrativos, que corresponde a los depositantes de los valores, se efectuará a través de certificados expedidos por las entidades depositarias que, a su vez, son subdepositantes en la "Monte Titoli S.p.A.". Los derechos patrimoniales —cobro de dividendos, intereses, etc.— son ejercitados, en cambio, directamente por la "Monte Titoli". Queda claro, por tanto, que se produce una inmovilización de los títulos que no implica desincorporación: los títulos, en efecto, siguen existiendo. Han de ser depositados primero en una entidad adherida al sistema que, a su vez, los deposita —subdepósito— en la "Monte Titoli S.p.A.". Deben ser custodiados y existe el derecho a requerir la restitución de los títulos depositados, si bien —dada su fungibilidad— no de los mismos que fueron entregados, sino de otros tantos de la misma especie. Si los títulos son transmitidos a un sujeto no participante en el sistema —la participación es voluntaria y debe pactarse en el contrato de depósito con la entidad financiera adherida— también será preciso retirarlos físicamente y entregarlos a su adquirente (38).

18. Hasta aquí hemos visto muy someramente las soluciones que han aportado determinados ordenamientos al difundido problema de la masificación de los títulos. En general, todos los modelos avanzan por el camino de la desmaterialización, esto es, por la senda que lleva a eliminar el soporte documental de los valores para, precisamente, facilitar su circulación. Algunos de los sistemas recordados han ido ya muy lejos, como son los casos francés y norteamericano. Otros, como el italiano o el alemán, no han llegado a la desincorporación de los valores —salvo en algún sector específico—, pero sí a la desmaterialización de su circulación, ya que los documentos siguen existiendo pero la transmisión se efectúa sin

(38) Sobre el sistema italiano de gestión centralizada de valores, cfr., entre otros, GUALANDI *Il Monte Titoli...*, cit., *in totum*; PARTESOTTI "Profili cartolari del sistema Monte Titoli", *BBTC*, 1987, I, págs. 601 y sigs.; OPPO "Una svolta dei titoli di massa...", cit., págs. 15 y sigs., y "Dal progetto alla legge Monte Titoli", *Riv. dir. civile*, 1986, II, págs. 445 y sigs.; AULETTA-SALANITRO: "La gestione accentrata dei valori mobiliari", *BBTC*, 1987, I, págs. 721 y sigs.; FERRI, G.: "La immissione dei valori mobiliari nel sistema di amministrazione accentrata e i suoi effetti giuridici", *Riv. dir. commerciale*, 1988, págs. 251 y sigs.; CARRIERO "Monte Titoli S.p.A.: la regione di un intervento legislativo", *Foro It.*, 1986, V, págs. 259 y sigs.; LENFR, R.: *La "dematerializzazione" dei titoli azionari e il sistema Monte Titoli*, Milán, 1989; PAVONE LA ROSA "La gestione accentrata di valori mobiliari: sua incidenza sulla circolazione cartolare dei titoli", *BBTC*, 1988, I, págs. 289 y sigs.; ANGELECI "La legittimazione dell'azionista nel sistema Monte Titoli", *Riv. dir. civile*, 1988, I, págs. 249 y sigs.; MINERVINI "Sistema Monte Titoli e pegno di titoli di credito", *BBTC*, 1990, I, págs. 145 y sigs., y el volumen colectivo *L'amministrazione accentrata dei valori mobiliari: la Monte Titoli s.p.a.*, Padua, 1989, que recoge las actas del convenio celebrado en Verona en mayo de 1987.

recurrir a ellos (39). Sea como fuere, es el momento de ocuparnos de cuál ha sido la respuesta del ordenamiento español frente a un problema cuyos planteamientos básicos vienen a coincidir en buena parte de las naciones desarrolladas.

11.2.C. *El sistema español de anotaciones en cuenta*

a) Antecedentes y significado

19. También en nuestro país se viene sintiendo desde hace tiempo la necesidad de corregir los inconvenientes producidos por el tráfico masificado de títulos. A esta idea respondió el establecimiento, por el Decreto 1128/1974, de 25 de abril, de un sistema de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa y de depósito de valores mobiliarios. El funcionamiento de este mecanismo se articula sobre una serie de principios bien conocidos: voluntariedad, fungibilidad de los títulos acogidos al sistema de liquidación y compensación e inmovilización de los documentos. Los títulos se transmiten por un sistema de anotaciones contables —aunque periódicamente han de producirse entregas y recepciones de títulos para cancelar los saldos resultantes de la liquidación— y su presentación para el ejercicio de los derechos puede ser sustituida por la de los documentos acreditativos de su depósito expedidos por la entidad depositaria (40).

Este fue, sin duda, un primer y trascendental paso. El segundo lo supusieron las emisiones —desde 1982— de Deuda Pública formalizada en Pagarés del Tesoro “materializados” en anotaciones en cuenta en el

(39) La distinción, como dos grados sucesivos de un mismo fenómeno, entre desmaterialización de los valores y desmaterialización de la circulación de los títulos-valores la he leído por primera vez en el trabajo de SPADA. “Titoli di credito (1977-1986)-I Esperienza, legislazione e dottrina”, *Riv. dir. civile*, 1986, II, pág. 626.

(40) En cualquier caso, el sistema de fungibilidad diseñado por el Decreto 1128/1974 —y por la Orden de 20 de mayo de 1974 que lo desarrolla— ha sido declarado a extinguir. En efecto, de acuerdo con la disposición transitoria 10.^a de la LMV —según redacción dada por el art. 17 de la Ley 19/1989, de 25 de julio—, a partir de la entrada en vigor de los preceptos de dicha Ley referentes a las Bolsas de Valores (29 julio 1989) la incorporación de nuevas emisiones al sistema de fungibilidad mencionado tendrá carácter excepcional. Los valores incorporados en estas circunstancias serán transformados obligatoriamente en anotaciones en cuenta tan pronto como estén disponibles los nuevos sistemas de registro y gestión de valores anotados. Respecto de los restantes títulos, su transformación en anotaciones en cuenta se regulará por el Gobierno, que habrá de derogar el Decreto 1128/1974 antes del 1 de enero de 1993. Se trata, sin duda, del certificado de defunción del sistema de liquidación y compensación tal como hoy lo conocemos, esto es, fundamentado sobre el depósito y la subsistencia de los títulos físicos.

Banco de España (41). El tercer gran hito en este camino hacia la desincorporación de los valores lo supuso el Real Decreto 505/1987, de 3 de abril —desarrollado por la Orden de 19 de mayo de 1987— por el que se dispuso la creación de un sistema de anotaciones en cuenta para la Deuda del Estado.

20. Con ser muy importantes, ninguna de estas disposiciones alcanza la trascendencia, dogmática y práctica, de las normas contenidas en la LMV sobre los valores representados mediante anotaciones en cuenta. Esta Ley abre la puerta de nuestro Derecho a lo que la doctrina alemana ha dado en llamar “derechos-valores” (*Wertrechte*). Se trata de valores sin título, sin soporte documental. En otras palabras, de derechos incorporales o desnudos. Sin embargo, la disciplina que los regula no es la propia de los créditos “ordinarios”; es, muy por el contrario, un régimen inspirado en los principios y experiencias de los títulos-valores. Un régimen que tiene como finalidad esencial hacer posible que la circulación y ejercicio de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta sea seguro y fiable; tan seguro y tan fiable como la circulación y ejercicio de los derechos incorporados a títulos-valores.

21. Estamos, por tanto, ante un tipo de derechos para los que se ha predispuesto por la ley un régimen especial. En efecto, se ha escrito que los derechos incorporados a documentos no viven la vida que les es propia, sino una vida ajena: la vida de las cosas (42). De igual modo, podemos decir que los valores anotados no van a vivir ni la vida de las cosas muebles ni la de los créditos y otros derechos incorporales no representados en anotaciones; van a vivir, por el contrario, una vida propia, diseñada específicamente para ellos por los artículos 5 a 12 de la LMV (43). Y es

(41) Sobre el régimen de los pagarés del Tesoro y, especialmente, de los “materializados” en anotaciones en cuenta, cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ “La experiencia de los pagarés”, *cit.*, págs. 47 y sigs.

La posibilidad de emitir Deuda Pública representada en anotaciones en cuenta fue luego extendida a los bonos del Estado por la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, al amparo de la cual se dictaron el Real Decreto 2640/1986, de 30 de diciembre, y la Orden de 22 enero de 1987, normas que dispusieron la aplicación a los bonos de la técnica de “materialización” en anotaciones. *Vid.* MADRID PARRA. “La circulación de valores al portador y de los anotados en cuenta”, *cit.*, págs. 80-81.

(42) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: “El sistema español de anotaciones en cuenta..”, *cit.*, pág. 107.

(43) Desde esta óptica no me parece acertada la tesis de BERCOVITZ, A. (“El derecho del mercado de capitales”, *cit.*, pág. 85) acerca de que, junto a los títulos-valores cartulares —que se documentan en papel—, existen otros informatizados. Los valores anotados no son, a mi juicio, simples títulos-valores a los que se ha privado de presencia física. Es cierto, no obstante, que su disciplina presenta importantes analogías con la “tradicional” de los títulos, pero esta es una cuestión que trataremos de explicar más adelante en el texto.

que la desmaterialización de los valores no es un fenómeno que se limite en sus consecuencias al mero hecho de la desaparición del instrumento papel. Los nuevos sistemas de representación de los valores pueden comportar, en efecto, alteraciones sustanciales en lo concerniente a la transmisión y al ejercicio de los derechos (44).

Las reglas ideadas y establecidas para un mercado de títulos físicos, para un mercado de papel, no pueden ser idóneas —al menos en su mayor parte— para regir un mercado inmaterial, sin documentos (45). Los valores representados mediante anotaciones en cuenta no son una “especie” del título-valor; al suprimirse el título y desaparecer así el punto de conexión con la disciplina de los derechos reales resulta necesario regular la emisión, circulación y ejercicio de los derechos sobre bases diferentes a las peculiares del régimen de los títulos, pero cuidando de que el nuevo régimen satisfaga suficientemente las exigencias de seguridad y certeza del tráfico y de protección de los acreedores (46).

22. Precisamente en relación con la última idea vertida en el párrafo anterior se ha apuntado la posibilidad de que la anotación en cuenta constituya una clase de incorporación no documental en la medida en que el legislador lo determine (47). Con esta paradoja (incorporación no documental) lo que se quiere poner de manifiesto es que los valores anotados no se rigen por la disciplina de los derechos ordinarios, no documentados, sino de acuerdo con principios de protección de la seguridad en la circulación de los derechos. Y ello es así porque ha mediado una intervención legislativa. La ley no tiene que someterse a los mismos prejuicios dogmáticos que los autores y puede, en cada momento, diseñar la regulación aplicable a los valores no incorporados documentalmente.

Por ello, para entender correctamente qué significan los valores anotados no se debe atender tanto a la *estructura* de la incorporación —en un documento o sin él— como a la función que el concepto ha venido cumpliendo (48). Si esta función resulta ahora cumplida —porque así lo ha querido la ley— también con otra estructura, podría hablarse con cierta lógica de “incorporación inmaterial”. La cuestión es que los títulos-valores

(44) Cfr. EIZAGUIRRE. “Bases para una reelaboración...”, *cit.*, pág. 88.

(45) JIMÉNEZ SÁNCHEZ “La experiencia de los pagarés”, *cit.*, págs. 41-42.

(46) OLIVENCIA. “La incorporación del derecho al título...”, *cit.*, pág. 27. Siguiéndolo, MADRID PARRA “La circulación de valores al portador y de los anotados en cuenta”, *cit.*, pág. 82. También en el sentido de que el abandono del soporte documental supone un cambio sustancial que no cabe en las coordenadas trazadas por las disposiciones vigentes —con referencia a la situación en los EEUU en 1972—; DE LA CUESTA RUTE. *La acción como parte del capital...*, *cit.*, págs. 362-363.

(47) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: “El sistema español de anotaciones en cuenta...”, *cit.*, pág. 109.

(48) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: *op. loc. ult. cit.*

y los valores anotados tratan de cumplir una misión análoga: la protección del crédito y la defensa de la seguridad jurídica. Los principios fundamentales a que responde la disciplina de los títulos-valores mantienen hoy toda su vigencia y han sido asumidos —en sus mismos términos— por el régimen de los valores anotados (49). Lo que es totalmente diversa en un caso y en otro es la estructura del fenómeno, la *modalidad de representación* del valor. En un caso el valor se representa por medio de títulos; en otro a través de anotaciones en cuenta. Estas son, precisamente, las expresiones que utiliza el artículo 5 LMV. Es la modalidad o forma de representación, la estructura del instrumento técnico-jurídico, lo que hace diferentes los valores anotados de los valores documentados. Su función, por el contrario, es similar.

23. En consecuencia, las normas y principios dictados para los valores representados mediante anotaciones contables y vinculados con la “función” que éstos han de desempeñar serán análogos a los existentes para los títulos-valores. En efecto, la protección del adquirente *a non domino* (art. 9.3 LMV), la legitimación en función de datos formales (contenido de los asientos del registro: art. 11.1 LMV), la posibilidad del deudor de liberarse cumpliendo la prestación a favor del formalmente legitimado aunque no sea titular del valor (art. 11.2 LMV) y el régimen de la inoponibilidad de excepciones (art. 9.4 LMV), entre otros, son claros puntos de contacto. Y ello es debido, como hemos dicho, a que la regulación de los valores anotados pretende idénticos objetivos que la disciplina de los títulos-valores. Se explican así las analogías que, por la misma razón, se pueden observar fácilmente en otros sectores del ordenamiento donde rigen principios —al menos en parte— similares. Piénsese, por ejemplo, en el sistema inmobiliario registral, donde se tutela en determinadas condiciones al adquirente *a non domino* (art. 34 LH) y rige el principio de legitimación (art. 38 LH). Todo ello sin mencionar el régimen de circulación de las cosas muebles, cuyas técnicas y conceptos fueron los que permitieron elaborar la disciplina de los títulos-valores. En conclusión, cuando lo que se pretende es favorecer una segura circulación de la riqueza, los diferentes regímenes presentan ostensibles similitudes en cuanto a las normas a través de las cuales se persigue más directamente este objetivo. Y ello aunque los bienes que circulen sean de naturaleza diversa (bienes muebles, inmuebles, valores anotados, títulos-valores).

24. Ahora bien, la disciplina de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta se distancia de la propia de los títulos-valores en lo que hace referencia a la “estructura” del fenómeno, esto es, a la moda-

(49) JIMÉNEZ SÁNCHEZ “La experiencia de los pagarés”, *cit.*, pág. 41.

lidad de representación. Y es que, en definitiva, el sistema cambia radicalmente en estos aspectos; de un régimen fundamentado en la posesión —la *traditio* es el modo de adquirir, la posesión legítima y, en cuanto constitutiva de apariencia, justifica mantener en su adquisición a quien confía en ella— se pasa a otro basado en la inscripción en registros contables. Así, la transmisión de los valores tendrá lugar por transferencia contable (art. 9.1 LMV) y para que ésta se efectúe será preciso que el transmitente tenga inscritos previamente los valores a su favor (art. 11.3 LMV); las transmisiones serán oponibles a terceros desde la fecha de la inscripción (art. 9.2 LMV); la protección del tercero adquirente *a non domino* no deriva de situaciones posesorias, sino registrales (cfr. art. 9.3 LMV con el art. 545 CCo o 19 LCCh, por ejemplo); la apariencia de titularidad y la consiguiente posibilidad de exigir la prestación del deudor sin procurarse otras pruebas no deriva de la posesión, sino del contenido de los asientos contables (art. 11.1 LMV); los clásicos problemas de la destrucción, robo o extravío de los títulos desaparecen y se ven sustituidos por los relacionados con los errores y manipulaciones en los registros informatizados... Por tanto, cuando la modalidad de representación elegida para los valores es la de anotaciones en cuenta, surge toda una serie de nuevos problemas y exigencias que requieren soluciones originales.

25. Precisamente por la importancia que se dio en la disciplina y dogmática de los títulos-valores al carácter de bien mueble del documento, la desaparición del papel obliga a elaborar un nuevo régimen (50). Resulta así que los cambios impulsados y posibilitados por los avances técnicos terminan influyendo en el Derecho. Las innovaciones técnicas provocan la desaparición de determinados conflictos de intereses, pero dan lugar a otros nuevos, obligando así al Derecho a renovarse a su compás. Los nuevos hechos —en este caso los nuevos instrumentos técnicos— requieren un Derecho nuevo.

26. No obstante lo dicho hasta aquí, es preciso reconocer que para (muchos de) los juristas resulta difícil admitir la aplicación a puros derechos, desnudos o no documentados, de principios y conceptos hasta ahora reservados al tráfico de cosas y sólo aplicables a los derechos o valores en la medida en que éstos se cosifican. Y ello es hasta cierto punto lógico debido al grado de perfección y brillantez alcanzado por la dogmática de los títulos-valores. Se explica así que en la construcción de la disciplina de

(50) Téngase en cuenta, no obstante, que con los nuevos sistemas no se produce un total abandono del papel. Los documentos, como instrumentos probatorios o confesorios de hechos y relaciones jurídicas han de continuar presentes en la nueva disciplina. En otras palabras, el papel se abandona en cuanto vehículo o representación del valor, no en cuanto soporte físico de declaraciones escritas. Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ "La experiencia de los pagarés", *cit.*, pág. 43.

los valores anotados, el documento —que, por principio, se ha esfumado— siga siendo un punto válido de referencia. Obsérvese que no nos referimos al hecho de que se trasladan a la regulación de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta principios propios del régimen de los títulos-valores, sino al hecho de que el “título”, el “papel”, sigue estando presente en la nueva disciplina.

En este sentido, son suficientemente expresivos los artículos 9.1, 9.3 y 10.1 LMV. Estos preceptos ponen de manifiesto que el nuevo Derecho no ha sido capaz de prescindir del báculo del antiguo; no ha llegado a romper todo vínculo conceptual con la disciplina de los títulos-valores. El fantasma del papel se esconde en los resquicios de la nueva regulación. Hablar de que la inscripción equivale a la tradición o al desplazamiento posesorio, afirmar la irreivindicabilidad de los valores o mencionar la posibilidad de constituir derechos reales sobre los mismos, manifiesta la resistencia a aceptar, sencillamente, la que hemos llamado antes “incorporación no documental”. El legislador, haciendo suyo un vicio propio de los juristas, ha caído en la inercia de arrastrar a un Derecho nuevo las concepciones del antiguo. La LMV mantiene todavía amarras, por tanto, en el seguro puerto de los títulos-valores.

No creo, sin embargo, que estas concesiones a la “tradición” —permítaseme el juego de palabras— hayan de tener otras consecuencias, negativas que algún pequeño titubeo interpretativo, fácil de solventar, por otra parte, mediante criterios sistemáticos y teleológicos (51). Y, sin embargo, puede tener importantes consecuencias positivas facilitando el entendimiento y, sobre todo, la integración de la disciplina. En efecto, el recurso a los principios propios de la dogmática de los títulos-valores serán frecuentemente de gran utilidad para el intérprete. Teniendo en cuenta la finalidad y los objetivos perseguidos por la disciplina de los títulos se podrá llegar a completar, en algunas ocasiones, los escasos preceptos dictados por la LMV y, en buen número de casos, a precisar y matizar su alcance.

b) Los registros contables: organización y carácter

27. Como es sabido, el artículo 7.5 LMV remite a disposiciones de rango reglamentario la regulación específica de la organización y funcio-

(51) Por ejemplo, al establecer el artículo 9.1 LMV que la inscripción de la transmisión producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos habrá que entender que la inscripción equivale a la tradición de los títulos al portador y a la tradición unida al endoso u otras declaraciones de cesión en el caso de los títulos a la orden y nominativos directos, respectivamente.

namiento de los registros de valores representados mediante anotaciones en cuenta. No obstante, la LMV no deja de señalar los rasgos básicos de esta organización, que son los que intentaremos exponer a continuación. Para ello hay que empezar por distinguir si los valores se encuentran o no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial y, en caso afirmativo, en cuál de ellos.

28. Así, cuando se trate de valores admitidos a negociación en las Bolsas de Valores, es posible que el Gobierno establezca que la llevanza de los registros contables habrá de ser encomendada exclusivamente al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (art. 7.3 LMV). El SCLV es una sociedad anónima especial en cuyo capital participan, en los términos y proporciones que determine el Gobierno, las entidades financieras directamente implicadas en los procesos de liquidación y compensación de valores (art. 54.4 LMV). Sus funciones son dos: de un lado, gestionar en exclusiva la compensación de valores y de efectivo derivada de la negociación en las Bolsas de Valores. De otro, llevar —en los términos previstos en el cap. II del tít. I de la LMV— el registro de valores anotados (art. 54.1 LMV).

Parece, sin embargo, que la opción que goza con más posibilidades es la de encomendar la llevanza de los registros contables al SCLV pero no de forma exclusiva, sino en conjunto con las entidades adheridas, teniendo entonces aquél el carácter de registro central (arts. 7.3 y 54 *in fine* de la LMV). En efecto, el sistema de registro único tiene el grave inconveniente de su enorme complejidad y elevado coste, ya que habría un altísimo número de titulares de valores —y, por tanto, de cuentas— y habría que atender a un volumen inmenso de negociación, sin olvidar los problemas de gestión como el cobro de intereses, dividendos, emisión y retirada de certificaciones, etc. Un sistema combinado o mixto con existencia de un registro central y de otros conectados con él parece, desde el punto de vista de la eficacia, más adecuado (52).

Así, titulares directos de cuentas de valores en el SCLV serán sólo determinadas entidades adheridas —posiblemente entidades de crédito, sociedades y agencias de valores— que llevarán a su vez, de modo individualizado, las cuentas de todos los no autorizados a operar directamente a través del SCLV. Este, por su parte, llevará sólo las cuentas de las entidades adheridas y de las autorizadas para operar directamente en él, distinguiendo las cuentas a nombre propio de las cuentas de terceros, que serán llevadas de forma global. El saldo de estas últimas ha de coincidir (para cada entidad) con la suma de los saldos de todas las cuentas abiertas

(52) Acerca de las ventajas de un sistema sobre el otro, *vid.* ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: "El sistema español de anotaciones en cuenta...", *cit.*, págs. 99-100.

por la entidad adherida a otros sujetos no autorizados a operar directamente en el SCLV. Esta “descentralización” de las tareas aumentará la eficacia y reducirá los costes de la llevanza de los registros (53).

29. En relación con los valores admitidos a negociación en el mercado de Deuda Pública, el sistema será análogo al establecido en 1987 por el Real Decreto de 3 de abril. Existirá un registro central llevado por la Central de Anotaciones (CA) en conexión con los llevados por las entidades gestoras. La CA llevará las cuentas de forma individualizada en el caso de sujetos autorizados a operar directamente con ella, y de forma global en el caso de las cuentas de terceros de las entidades gestoras. Estas llevarán las cuentas de quienes no estén autorizados a operar directamente en la CA y mantendrán en ésta una cuenta global que constituirá la contrapartida exacta de los saldos de terceros (cfr. arts. 56 y 58 LMV) (54).

30. Por último, con respecto a los valores no admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales, la ley opta por un sistema de pluralidad de registros, en el que la designación de la entidad encargada de cada uno de ellos la hará la entidad emisora entre las sociedades y agencias de valores (art. 7.2 LMV). El artículo 7.1 LMV, por su parte, introduce un importante elemento simplificador al establecer que el registro contable de los valores de una emisión será llevado por una única entidad. Con ello, sin embargo, no se consigue una absoluta identificación entre clase de valor y entidad encargada del registro. En efecto, por un lado, una misma sociedad o agencia puede llevar cuentas correspondientes a más de un valor (y es probable que así suceda). Por otro, puede haber diferentes emisiones de valores idénticos —aumentos de capital, sucesivas emisiones de obligaciones...— cuya contabilidad puede venir encomendada a diferentes entidades —una para cada emisión—.

31. Hasta aquí la descripción, en sus líneas generales, de la organización del sistema del registro de valores representados por medio de anotaciones en cuenta. La pregunta, llegados a este punto, debe ser: ¿cuál es el carácter o naturaleza de estos registros?

Desde mi punto de vista, no se trata de simples registros de naturaleza administrativa. En efecto, abstracción hecha de la naturaleza jurídico-

(53) Todo ello sin perjuicio de que, respecto a los valores admitidos a negociación en una única Bolsa de Valores, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia dispongan la creación, por la Sociedad Rectora de la Bolsa donde se negocie ese valor, de un servicio propio de llevanza del registro contable (art. 54.2 LMV).

(54) Una clara descripción del funcionamiento de la Central de Anotaciones según el sistema establecido por el Real Decreto 505/1987 es ofrecida por UBIRIA ZUBIZARRETA: “La Central de Anotaciones y su operativa”, en *Anotaciones en cuenta de Deuda del Estado*, cit., págs. 135-148.

privada de las entidades gestoras o adheridas, lo cierto es que sus “libros” —esto es, los registros contables, sea cual sea el soporte en que conste la información— no constituyen un mero archivo de datos que sirven para una más eficaz actuación de la Administración Pública (55). Muy por el contrario, parece indudable que el contenido de los registros tiene una clara eficacia material o sustantiva. Nótese, en primer término, que el artículo 11.1 LMV afirma, en beneficio del titular inscrito, la exactitud de los asientos contables salvo prueba en contrario, lo que trae como consecuencia —según aclara la propia ley— que aquel a cuyo favor figuren inscritos los valores podrá exigir de la entidad emisora las prestaciones a que dé derecho el valor representado mediante anotaciones en cuenta. La inscripción registral tiene así un efecto legitimador —como la posesión en los títulos-valores— que confiere al favorecido por ella la posibilidad de exigir la prestación sin otra prueba de su derecho. Por otra parte, también puede desplegar sus efectos frente a los terceros que intenten hacer valer sus pretensiones sobre los valores o contra los cuales se pretenda hacer valer esos derechos. El que aparezca como titular según los registros tiene a su favor una presunción de titularidad que debe regir en todos los terrenos y no sólo para el ejercicio de los derechos.

32. Incluso el principio de “fe pública” se encuentra claramente consagrado en el artículo 9.3 LMV, de claras resonancias hipotecaristas. En efecto, quien adquiere los valores anotados —para lo que ha de inscribirse la transmisión a su favor— tiene la plena seguridad de que será mantenido en su adquisición aunque luego resultara que su *auctor* no era titular de los mismos, siempre que no hubiera actuado con mala fe o culpa grave. Es fácil encontrar normas de *ratio* análoga en el campo de los títulos-valores: piénsese en los artículos 545 CCo y 19 LCCh.

La afirmación de esta eficacia material o sustantiva de la inscripción tanto *inter partes* como frente a terceros permite encuadrar los registros contables de anotaciones en cuenta entre los registros de seguridad jurídica. No obstante, existe un dato especialmente significativo que hay que tener en cuenta: la absoluta ausencia de un sistema de *publicidad formal*. La ley, en efecto, no formula previsión alguna para hacer público el contenido de los registros a quienes tengan interés legítimo en conocerlo. No existe la posibilidad de que el público acceda al contenido de los asientos contables. Conviene aclarar inmediatamente, por lo demás, que

(55) Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO “Un nuevo registro jurídico de bienes el sistema de anotaciones en cuenta de valores”, *RCDI*, 1989, pág. 1219. Sobre la distinción entre registros administrativos y registros jurídicos, *vid.* AMORÓS GUARDIOLA “Los registros jurídicos de bienes en Derecho español”, *II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1973, págs. 759-760.

los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables son muy diferentes, en cuanto a su función, de las certificaciones libradas por otros Registros —por ejemplo, el de la Propiedad—. Aquéllos, en efecto, se emiten para que los titulares de valores anotados puedan acreditar su legitimación y hacer valer sus derechos; éstas, que se emiten a petición de cualquier interesado, son traslados del contenido del registro y hacen efectiva la “publicidad formal” (56).

33. Los registros de valores anotados no son, en consecuencia, registros públicos. Y esta característica no deja de provocar una situación hasta cierto punto paradójica: los asientos contables tienen efectos importantes frente a terceros y, sin embargo, los terceros no tienen acceso al registro, no pueden conocer su contenido. Se producen, en otras palabras, los efectos propios de la publicidad material sin que exista publicidad formal.

A este respecto es especialmente significativa la norma del artículo 9.3 LMV, sobre la que nos detendremos un momento por su interés para explicar el funcionamiento de los efectos “ofensivos” de la inscripción. El precepto citado consagra la posibilidad de adquirir *a non domino* valores representados por medio de anotaciones en cuenta; pertenece sin duda a la misma “familia” que el artículo 34 LH, el 545 CCo, el 464 CC, el 85 CCO y el 19.2 LCCh. todos ellos tienen una finalidad protectora de quien, de buena fe, ha confiado en la apariencia derivada de un sistema de publicidad —registral o posesorio—. Sin embargo, *prima facie*, el artículo 9.3 LMV no parece poder fundarse exactamente en el mismo principio. Si no hay publicidad formal, se puede pensar, no hay apariencia y, sin ésta, no tiene sentido proteger a los terceros. La norma, se podría argumentar, es arbitraria: protege a quien adquiere del titular registral independiente-

(56) Una consecuencia de la inexistencia de cualquier tipo de publicidad del contenido de los registros de valores anotados se enuncia en el artículo 6 LMV. Este precepto establece en su párrafo primero que la representación de valores mediante anotaciones en cuenta requiere el otorgamiento de escritura pública en la cual se harán constar, entre otros extremos, las condiciones y características de los valores integrados en la emisión. Como, por otra parte, el contenido de la escritura puede fundamentar excepciones oponibles frente a terceros adquirentes de los valores (art. 9.3 LMV), la Ley ha debido poner los medios necesarios para que los terceros puedan tener conocimiento del contenido de la escritura. Por ello, el artículo 6.2 LMV dispone que una copia de la escritura será presentada ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores que la incorporará a un Registro público al cual —la ley, sintomáticamente, se ocupa de precisarlo— “el público tendrá libre acceso” (art. 92 LMV). Por idénticas consideraciones impone a la entidad emisora y a la encargada de los registros contables la obligación de tener a disposición del público copia de la referida escritura (art. 6.3 LMV). Naturalmente, en el caso de Deuda del Estado y de las Comunidades Autónomas, la publicidad queda asegurada con la publicación en el Boletín Oficial correspondiente de las características de la emisión (art. 6.4 LMV).

mente de toda consideración a la existencia en el tráfico de situaciones de confianza en la apariencia merecedoras de tutela.

34. Naturalmente, la norma —entendida de este modo— es ilógica y no parece casar demasiado bien con los principios que rigen en nuestro Derecho las adquisiciones *a non domino*. Por ello es preciso plantear el problema adecuadamente para no dejarse llevar por impresiones erróneas. La clave está en no olvidar que el ordenamiento protege a los terceros que han completado absolutamente su propio acto adquisitivo. Esto significa, en materia de derechos reales sobre cosas muebles, que además de un título que justifique la adquisición —válido en sí mismo, aunque ineficaz a efectos traslativos— el tercero debe haber alcanzado la posesión de la cosa. En el campo de los títulos-valores juega este mismo principio, sin más, en relación con los emitidos al portador (art. 545 CCo). En cuanto a los títulos a la orden, la mera tradición no basta; el acto adquisitivo sólo se completa mediante el endoso, negocio que viene integrado por dos elementos: la declaración escrita sobre el título y la entrega del mismo al *accipiens*. Por último, para algunos títulos nominativos directos —en todo caso las acciones (art. 56.2 LSA)— el régimen de esta materia es idéntico al de los títulos a la orden (57).

Pues bien, en un sistema como el predispuerto para la transmisión de los valores anotados, el acto adquisitivo requiere, para ser completo, la inscripción de la transmisión a favor del adquirente. A su vez, ésta sólo

(57) El caso de los bienes inmuebles requiere una breve puntualización. El artículo 34 LH exige, en principio, que el adquirente inscriba su derecho. Ello podría llevar a pensar que la tradición del inmueble no es necesaria para que se produzca la adquisición *a non domino*. No se trata en absoluto de mediar en una polémica —las relaciones entre tradición e inscripción— que ha hecho correr mucha y muy autorizada tinta, pero sí de poner de manifiesto que es una cuestión que en nada afecta —en el fondo— a nuestra opinión. En efecto, existe una corriente doctrinal —minoritaria— que mantiene que en materia inmobiliaria la inscripción sustituye a la tradición, que resultaría así innecesaria. La asunción de esta idea, amén de otras consecuencias, no supondría modificar en sustancia lo dicho en el texto. Si la inscripción sirve de *modo* de adquirir, entonces el proceso adquisitivo sólo estará completo cuando ésta se produzca; luego seguirá siendo cierta la afirmación básica de que el tercero protegido es aquel que ha completado su propio proceso adquisitivo.

Si, por el contrario, endendemos que la inscripción es una formalidad independiente de la tradición, habremos de concluir que el tercero, para ser tutelado, no sólo tendrá que inscribir su derecho sino, además, recibir la posesión del inmueble. La inscripción será un requisito exigido por el artículo 34 LH *además* de la *traditio*. Lo que ocurre es que la tradición material de la finca queda suplida por la escritura pública (art. 1 462 CC) necesaria para proceder a la inscripción. Ello explicaría además el sentido del artículo 1.473 CC, que para los supuestos de doble venta parece otorgar a la inscripción en el caso de inmuebles los mismos efectos que a la tradición en el caso de bienes muebles. Para una visión general de estos problemas, *vid* LACRUZ en LACRUZ y SANCHO REBULLIDA *Derecho inmobiliario registral*, 2.^a ed., Barcelona, 1984, págs. 115-120.

puede tener lugar si el transmitente figura inscrito como titular de los valores (art. 11.3 LMV). Es decir, únicamente puede resultar protegido quien ha conseguido inscribir a su favor —recordemos que la inscripción equivale a la tradición de los títulos— y para ello es precisa la previa legitimación del *tradens*. Ocurre entonces, y creo que aquí está la clave del sistema, que el momento de la adquisición y el momento en que se crea la situación de apariencia coinciden. Tal coincidencia es inhabitual en el mundo de las cosas muebles ya que, generalmente, el *accipiens* identifica al transmitente como poseedor algún tiempo antes de la tradición. Podemos decir, por tanto, que el artículo 9.3 LMV protege al tercer adquirente que, por haber logrado que los valores se inscriban a su favor, considera su adquisición consumada. La tutela se ofrece a quien confía en la apariencia la titularidad del *non domino*; a quien confía, en otros términos, en que su titularidad es inatacable porque cree que el transmitente es titular. Y lo cree porque, al haber podido inscribir la transmisión a su favor, deduce que el *tradens* es titular inscrito.

Ello es lo que verdaderamente subyace a los sistemas de adquisición *a non domino*; los terceros, en efecto, adquieren inatacablemente porque la apariencia de titularidad de su *auctor* les hace confiar en que han adquirido eficazmente, no porque piensen que van a poder adquirir eficazmente. Sólo son tutelados, repitémoslo, cuando el proceso adquisitivo ha sido completamente actuado. De esta forma el artículo 9.3 LMV se muestra, bien analizado, como suficientemente congruente. Los registros contables no constituyen un auténtico y verdadero sistema de publicidad, pero pueden llegar a crear verdaderas apariencias en los supuestos en que su contenido se hace evidente para los terceros. Se explica así como la inscripción en un registro no público puede producir efectos materiales tan enérgicos.

35. Es fácil apreciar como el correcto funcionamiento del sistema de anotaciones en cuenta descansa en gran medida sobre la labor de las entidades encargadas de la llevanza de los registros contables. De ahí que la ley se haya ocupado de esbozar las líneas maestras de su régimen de responsabilidad. Creo que merece la pena dedicar algún espacio a este tema para cerrar con ello este somero tratamiento de la organización de los registros contables.

En principio, el papel cuasi-institucional que estas entidades juegan en la organización y funcionamiento de los mercados oficiales y no oficiales de valores bastaría para justificar que su actividad se valorara con un parámetro de diligencia muy exigente. Lo que ocurre es que la ley ha ido más allá; del artículo 7.6 LMV se deduce que la infracción de las normas legales —o de las reglamentarias que se establezcan para la llevanza de los registros— dará lugar a responsabilidad objetiva. Las entidades encarga-

das de los registros contables responderán, de acuerdo con el precepto citado, aun en el supuesto de que los incumplimientos se debieran a caso fortuito o fuerza mayor, salvo culpa exclusiva del perjudicado que, naturalmente, habrá de probarse. Por tanto, aun cuando las inexactitudes y retrasos en las inscripciones —o, en general, las infracciones de la normativa aplicable— se produzcan por causas no imputables a las entidades encargadas de los registros (cortes en el fluido eléctrico, colapso de líneas telefónicas, “virus informáticos”...), aquéllas serán responsables porque la ley les imputa esta responsabilidad en función del criterio objetivo del riesgo profesional, independientemente, por tanto, de su actuar diligente o negligente.

En cuanto a la manera de hacer efectiva la responsabilidad, el artículo 7.6 LMV dicta, en su último inciso, una norma que me parece acertada: la responsabilidad habrá de hacerse efectiva en especie, en la medida de lo posible. El perjudicado podrá, por tanto, requerir a la entidad infractora para que repare las consecuencias de su actuación con una cantidad equivalente de valores de la misma clase. La norma es lógica si tenemos en cuenta que en muchos casos esos valores podrán ser adquiridos con facilidad en los mercados secundarios (58) y podrá satisfacerse con ellos el interés del perjudicado. Claro que quizá la norma descubra su mayor virtualidad protectora precisamente cuando los valores sean difíciles de obtener para el inversor medio o pequeño y puedan ser adquiridos, sin embargo, por entidades especializadas en operar en los mercados de valores. Desde mi punto de vista, además, el hecho de que la responsabilidad deba hacerse efectiva en especie —si es posible— no impide que pueda al mismo tiempo reclamarse una indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios sufridos durante el período en el que el perjudicado se vio privado de la disposición de los valores. Por último, si no fuera posible adquirir los valores, la responsabilidad debería cubrir no sólo el valor teórico o contable, sino los daños producidos por la imposibilidad de disponer de los valores, que pueden ser muy importantes si está en juego, por ejemplo, el ejercicio de derechos políticos y la posibilidad de controlar una determinada sociedad. Claro está que el problema que se plantea en estos casos es el de determinar y probar el *quantum* de los daños y perjuicios sufridos y, por consiguiente, de la indemnización debida.

Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de las sanciones administrativas que pudieran eventualmente recaer de acuerdo con el artículo 99.f LMV, que califica como infracción muy grave la llevanza de los registros contables con retraso, inexactitud u otras irregularidades sustanciales.

(58) Cfr. BERCOVITZ “El derecho del mercado de capitales”, *cit.*, pág. 89.

III. LA PRENDA DE VALORES ANOTADOS

III.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

36. Después de estas notas acerca del significado y concepto de los valores anotados podemos ya entrar en el estudio de la disciplina específica de la prenda de anotaciones en cuenta. Para ello es preciso formular, con carácter previo, unas consideraciones generales sobre la institución.

37. PRIMERA: La disciplina de la prenda —según la concepción clásica presente en el Código Civil (59)— presupone la entrega al acreedor de una cosa mueble que éste retiene hasta el cumplimiento de la obligación garantizada. La prenda de cosas incorpóreas se encuentra, por lo tanto, huérfana de toda regulación específica en nuestro Derecho. No obstante, la doctrina no ha dudado en reconocer la pignorabilidad de los derechos, incluso la de los derechos de crédito (60), aunque la doctrina del Tribunal Supremo parece ser más bien restrictiva en este punto. En efecto, las Sentencias de 27 de diciembre de 1985 y de 18 de julio de 1989 parecen negar toda eficacia frente a terceros a la prenda de créditos, lo que viene a equivaler a negar que se trate de una verdadera prenda (61). Ante esta

(59) Recordemos a este respecto que la Ley de 5 de diciembre de 1941 dividió el capítulo II del título XV del libro IV del Código Civil en dos secciones, la segunda de las cuales —que comprendía los arts. 1.863 bis a 1.873 bis— regulaba la prenda sin desplazamiento de la posesión. Estos preceptos fueron expresamente derogados por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. No siempre, por tanto, el Código se ocupó exclusivamente de la prenda posesoria.

(60) Cfr. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, 2.^a ed., I, 1949 (edición facsímil de 1984), págs. 598-599; PANTALEÓN PRIETO “Cesión de créditos”, *ADC*, 1988, págs. 1.043 y sigs.; GUILARTE ZAPATERO, en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XXIII, Madrid, 1979, págs. 414 y sigs.; Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS *Sistema de Derecho civil*, III, 2.^a ed., Madrid, 1981, pág. 612; ALBALADEJO *Derecho civil*, III, vol. 2.^o, 6.^a ed. (revisada por González Porras), Barcelona, 1989, pág. 266; SANCHO REBULLIDA, en los *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ, III, vol. 2.^o, Barcelona, 1980, pág. 155; SÁNCHEZ GUILARTE “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, cit., pág. 654.

(61) La STS de 27 de diciembre de 1985 ha sido comentada por BARBA DE VEGA (*CCJC*, 1986, núm. 10, págs. 3363 y sigs.), EIZAGUIRRE (“Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores”, *RDBB*, núm. 25, 1987, págs. 179 y sigs.) y MANZANARES SECADES (“Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985” *ADC*, 1986, págs. 1293 y sigs.). Los dos primeros autores coinciden en afirmar que si se priva a la prenda sobre créditos —en el caso concreto se trataba de prendas sobre imposiciones a plazo— de la preferencia sobre los demás acreedores del pignorante, la calificación de dicha figura como “prenda” pierde todo su sentido y fundamento (EIZAGUIRRE, pág. 205; BARBA DE VEGA, pág. 3373). Por su parte, SÁNCHEZ GUILARTE (*op. cit.*, pág. 664) califica de “traumática” la conclusión del Tribunal Supremo.

tendencia jurisprudencial, seguramente vinculada con la idea de la especialidad de los privilegios y la consecuente conveniencia de interpretarlos restrictivamente, adquiere especial importancia el hecho de que la LMV haya previsto expresamente la posibilidad de constituir un derecho de prenda sobre los valores anotados (62). La mención explícita de esta figura y el contenido del precepto han eliminado, como veremos posteriormente, toda posible discusión acerca de la admisibilidad y posible eficacia frente a terceros de este derecho. La doctrina del TS sobre la prenda de créditos resultará inaplicable a la prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta. Cuestión distinta es que la inmaterialidad del objeto sobre el que recae el derecho de prenda haga que éste presente evidentes singularidades.

38. SEGUNDA: La LMV no dicta, ni mucho menos, una regulación completa de la prenda de valores anotados. El artículo 10 LMV apenas ofrece los principios o líneas básicas de la institución, insuficientes por sí mismos para caracterizarla y definirla totalmente. Se hace preciso, en consecuencia, determinar cuál será la disciplina a la que habrá que acudir al objeto de completar la normativa de la LMV. Para ello, en mi opinión, hay que tener en cuenta dos órdenes de consideraciones de sentido, en cierto modo, contrapuesto.

En primer lugar, no podemos olvidar que la Ley dispone que “la inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título”. Esta norma parece actuar como una remisión a la disciplina del Código Civil sobre la prenda posesoria; se trataría de un índice proporcionado por el propio legislador que señalaría el lugar donde el intérprete debe buscar las normas y principios aplicables a la prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta. Pero, en segundo término, debemos recordar —por muy obvio que resulte— que, realmente, el acreedor pignoraticio no ostenta la posesión de los valores que son, por naturaleza, cosas no poseíbles. No existe un verdadero traspaso posesorio. En este sentido, la prenda de valores anotados es una prenda registral, que se constituye y vive en “tablas” o libros. En consecuencia, y de acuerdo con esta observación, para encontrar las normas aplicables habría que dirigirse a la regulación de la hipoteca inmobiliaria y, fundamentalmente, a la de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión contenida en la Ley de 16 de diciembre de 1954.

Siendo así las cosas, creo que la solución pasa por adoptar una interpretación capaz de armonizar e integrar ambas ideas. Para ello es preciso analizar cuidadosamente los diferentes supuestos y determinar, a la luz de

(62) Cfr. MADRID PARRA “La circulación de valores al portador y de los anotados en cuenta”, *cit.*, pág. 90.

las observaciones anteriores, qué principios serán los aplicables preferentemente para resolver cada cuestión concreta. En líneas generales podemos formular las siguientes afirmaciones: de un lado, la equiparación legal entre la inscripción y el desplazamiento posesorio no puede ser en absoluto ignorada. Desde mi punto de vista la ley quiere indicar con esta fórmula que la inscripción de la prenda cumple con respecto a los valores anotados idéntica función a la que cumple la entrega en relación con la prenda posesoria. En este sentido me parece fuera de duda que buena parte de la disciplina aplicable a la prenda de valores representados en anotaciones se encuentra en las normas del Código Civil. Así, si la entrega de la cosa tiene la función de constituir el derecho real o la de permitir al acreedor el ejercicio del derecho de retención frente al dueño o frente a los acreedores personales de éste, análogos efectos deben reconocerse a la inscripción de la garantía. Lo que ocurre es que, naturalmente, la especial naturaleza de los valores anotados obliga a interpretar las normas de manera que se adapten a ella. En otras palabras, atendiendo al objetivo perseguido por las normas civiles al establecer sus mandatos se debe deducir cuál sería el precepto funcionalmente equivalente en el ámbito de los valores anotados. Analizando la función y finalidad cumplidas por la entrega material de la cosa en la disciplina de la prenda posesoria, se puede alcanzar a integrar en buen número de puntos la regulación de la prenda de anotaciones.

Ahora bien, esta remisión a la disciplina de la prenda con desplazamiento de la posesión —que me parece el principio general— no puede conducirnos a ignorar la evidencia de que el acreedor pignoraticio no ostenta la posesión de los valores anotados. De tal manera que las normas sobre la prenda posesoria que partan del supuesto de que el acreedor tiene en su poder una cosa mueble no serán aplicables a la prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta. Se trata de preceptos que imponen determinadas consecuencias jurídicas que sólo tienen sentido si (y en la medida en que) el supuesto de hecho incluya la posesión de la cosa por el acreedor. En tales normas, el desplazamiento posesorio no es tomado en consideración como un instrumento que cumple una determinada función —trascendental— en el desenvolvimiento de la institución; parte, por el contrario, de que las cosas empeñadas se encuentran en poder del acreedor y tratan de regular algunas cuestiones derivadas de tal situación. El ejemplo más claro lo ofrece el artículo 1.867 CC, en cuanto impone al acreedor pignoraticio la obligación de cuidar las cosas con diligencia; difícilmente será aplicable este principio en relación con los valores anotados.

En estos aspectos en los que la disciplina de la prenda posesoria no es suficiente, o no es apropiada para resolver los problemas planteados por

la prenda de valores anotados, conviene recurrir a principios propios de otras instituciones o figuras. Así, en los temas registrales y en aquellas cuestiones derivadas de la peculiaridad de la situación de un acreedor pignoraticio sin posesión de las cosas empeñadas, quizá sea útil seguir los principios que rigen la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión. En bastantes ocasiones, la disciplina de estas dos figuras arrojará más luz sobre los problemas que la propia de la prenda posesoria (63).

39. TERCERA: De cualquier modo, lo que debe quedar claro es que la referencia a la prenda obliga —sea cual sea el resto de facultades y condiciones que se consideren implícitas en la figura— a atribuir al acreedor la facultad de hacer enajenar los valores para satisfacer su derecho con lo obtenido si la obligación garantizada resulta incumplida. El *ius distrahendi*, en cuanto contenido esencial de los derechos de garantía (art. 1.858 CC), no puede faltar en la prenda y, desde luego, no puede ser excluido por pacto sin desnaturalizar el derecho del acreedor. La calificación de prenda otorgada por la LMV a la garantía constituida sobre los valores por voluntad de las partes conlleva el reconocimiento al acreedor de un derecho de realización de los mismos.

40. CUARTA: Hemos dicho que el artículo 10 LMV funciona, en cierta medida, como norma de remisión a la disciplina del Código Civil. Ahora bien, es preciso recordar que el Código de Comercio dicta también normas —en número escaso, ciertamente— sobre la prenda de valores cotizables. En efecto, los artículos 320-324 CCo no regulan propiamente el préstamo con garantía de valores —a pesar de que ésta es la rúbrica de la sección—, sino la prenda de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (64). Lo dispuesto en estos preceptos sólo

(63) *Vid.*, para un razonamiento en cierto modo análogo, el trabajo de BALLARÍN MARCIAL ("Prenda de participaciones de sociedad de responsabilidad limitada" *RDM*, 1956, págs. 299 y sigs.) en el que postula la aplicación a esta figura de las normas y principios de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (págs. 303-304).

(64) No obstante, el primer párrafo del artículo 320 no se refiere al régimen de la prenda. Lo que hace es atribuir carácter mercantil al préstamo con garantía de valores cotizables cuando se formalice en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado o en escritura pública. Precisamente este último extremo es una de las novedades introducidas con la nueva redacción dada a toda la sección 2.ª del título V del libro II del Código por la disposición adicional 4.ª de la LMV: la autorización del Notario —que, recordemos, es un profesional del Derecho y no del comercio— también es capaz de arrastrar —en concurrencia con la constitución de una prenda sobre valores cotizables— la calificación de mercantil para el contrato de préstamo, con independencia de que reúna las condiciones enunciadas en el artículo 311 CCo.

Creo que en la práctica la novedad introducida por esta norma no será de gran trascendencia. Los préstamos con garantía de valores son operaciones reservadas casi en

será, por tanto, aplicable a la prenda de valores cotizables (65), aunque, desde luego, con total independencia de la modalidad de representación adoptada para ellos.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la prenda de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial está destinada a ser, en un porcentaje muy elevado de casos, una prenda de anotaciones en cuenta. Nótese, en efecto que el Mercado de Deuda Pública —que es un mercado secundario oficial— tiene por objeto exclusivo la negociación de Deuda Pública representada por medio de anotaciones, así como de aquellas otras categorías de valores emitidos, bajo la misma forma de representación, por las entidades y en la condiciones precisadas en el artículo 55 LMV. Además, y de acuerdo con el párrafo 5.º de la disposición adicional primera de la LSA, las acciones y obligaciones que pretenden acceder o permanecer admitidas a cotización en un mercado secundario oficial, habrán de representarse necesariamente por medio de anotaciones en cuenta. Por último, los eventuales mercados secundarios oficiales de ámbito estatal creados por el Gobierno de acuerdo con el artículo 59 LMV sólo pueden hacer referencia a valores anotados (art. 31 LMV). En otras palabras, la prenda de valores cotizables sólo podrá ser una prenda de títulos-valores cuando no se trate ni de acciones ni de obligaciones ni de Deuda Pública. Y, aun en tal caso, *podría* recaer sobre anotaciones en cuenta.

exclusiva al tráfico bancario y es sabido que la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia consideran los contratos bancarios como mercantiles en sí mismos, esto es, aunque no concurren las notas mencionadas en los preceptos que, para cada contrato particular, determinan cuando un acto es mercantil (cfr., entre otros, SÁNCHEZ CALERO *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pág. 475; URÍA *Derecho mercantil*, 16.ª ed., Madrid, 1989, págs. 685-686, GARRIGUES *Contratos bancarios*, 2.ª ed., Madrid, 1975, págs. 223-224. En contra, expresamente, VICENT CHULIA *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3.ª ed., Barcelona, 1990, págs. 249-252. *Vid.* igualmente la STS de 9 de mayo de 1944 y la RDGRN de 1 de febrero de 1980). En relación con los préstamos de las Cajas de Ahorros, *vid.* GARCÍA VILLAVARDE: "La mercantilidad de los préstamos de las Cajas de Ahorros", *Rev. Fac. Der. Univ. Compl. de Madrid*, núm. 72, págs. 255 y sigs. Lo que sí es claro, en todo caso, es que la norma del artículo 320.1 es sistemática; seguramente su ubicación correcta fuera del artículo 311 CCo.

(65) Atendiendo a lo que era práctica habitual se han incluido en la regulación de los artículos 320-324 los valores "privados". En realidad, ya en alguna ocasión la jurisprudencia había declarado aplicables por analogía dichos artículos a los valores emitidos por entidades de Derecho privado (STS 27 diciembre 1985). A veces había llegado a admitir su aplicación a valores sin cotización bursátil (STS 8 mayo 1957) con el argumento de que podían ser cotizables en el mercado extrabursátil. Tal interpretación, de corrección dudosa mientras estuvo en vigor la anterior redacción de los preceptos, es hoy inviable, ya que el artículo 320 se refiere expresamente a valores admitidos a negociación en un mercado secundario *oficial*, esto es, en alguno de los mencionados en el artículo 31 LMV.

III.2. LA CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA

41. El artículo 10 LMV dispone:

“La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta correspondiente. La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título.

La constitución del gravamen será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la correspondiente inscripción” (66).

A continuación procederemos a analizar el contenido de este precepto tratando de estudiar separadamente los diferentes aspectos referentes a la constitución de la prenda.

42. Para la constitución de la prenda es precisa su inscripción en la cuenta de los valores empeñados. Ello se deduce del segundo inciso del primer párrafo del artículo 10 LMV, que al hacer equivalente la inscripción de la garantía y el desplazamiento posesorio del título aclara que aquélla es el *modo* de adquirir. La formulación del artículo 10 no es, por lo demás, sino aplicación del principio enunciado en el artículo 9.1 LMV que equipara la inscripción de la transmisión a la tradición de los títulos. No nos encontramos lejos, por tanto, del tradicional esquema del título y el modo, si bien con la sustitución de la *traditio* por la anotación contable (67). Parafraseando el artículo 609 CC podríamos decir que la titularidad y los demás derechos sobre los valores anotados se adquieren y se transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la inscripción. La anotación de la prenda forma parte, por tanto, del supuesto de hecho constitutivo del derecho.

Adviértase que la ley podría haber establecido para la constitución y transmisión de derechos sobre los valores un sistema totalmente distinto al vigente para los títulos-valores y, en general, para las cosas muebles. Podría, por ejemplo, haber declarado transmitido o constituido el derecho por el mero convenio entre las partes. La disciplina dictada, sin embargo, responde a la idea de mantener conceptualmente vinculados los valores representados por medio de títulos y los representados en anotaciones en cuenta. La inscripción cumple respecto a éstos idéntica función que la tradición respecto a aquéllos.

(66) La redacción del inciso final del precepto debería haber sido “...desde el momento en que se haya practicado la correspondiente inscripción”. El artículo 10 no ha sido, sin embargo, afectado por la corrección de errores de la LMV

(67) Vid MADRID PARRA “La circulación de valores al portador y de los anotados en cuenta”, *cit.*, pág. 88.

Todo ello permite eliminar cualquier posibilidad de interpretar el inciso inicial del artículo 10.1 LMV en el sentido de atribuir a la inscripción carácter obligatorio pero no constitutivo. En efecto, en aquel lugar se establece que “la constitución de derechos reales limitados (...) deberá inscribirse en la cuenta correspondiente”. A pesar de su tenor hay que desterrar cualquier lectura del precepto que conduzca a entender constituida la garantía con anterioridad a la inscripción. La prenda no nace como derecho, ni siquiera *inter partes*, hasta la inscripción; por tanto, tampoco existe hasta ese momento afección o vinculación especial de los valores al cumplimiento de obligación alguna.

43. Hemos dicho que la inscripción, en cuanto equivalente al desplazamiento posesorio, funciona como modo de adquirir. Pero es que, además, en relación con la prenda la tradición tiene otro efecto fundamental: la puesta en posesión del acreedor es necesaria para la perfección —obsérvese bien, no para la ejecución— del contrato de prenda. Estamos ante uno de los contratos llamados reales *quoad constitutionem*, esto es, contratos en los que la *datio rei* es condición indispensable para su perfección (art. 1.863 CC). Y, lógicamente, la inscripción debe equivaler al desplazamiento posesorio tanto a los efectos del nacimiento del derecho de prenda como a los de la perfección del contrato. Ello quiere decir que mientras la prenda de valores no se anote en la cuenta correspondiente el contrato de prenda no se perfeccionará. Nótese entonces que la inscripción es una forma necesaria para la perfección del contrato de prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta.

44. De todas formas, la vigencia en nuestro Derecho de la categoría de los contratos reales ha sido puesta en discusión por un autorizado sector de la doctrina civilista. Según esta línea de pensamiento, la calificación de reales de ciertos contratos —entre ellos la prenda— se explica como un mero residuo histórico; hoy día, en consecuencia, la mención de la entrega en las definiciones positivas de los contratos reales habría de ser entendida como un reconocimiento legal de la hipótesis normal o más frecuente: que la entrega sea simultánea a la misma perfección del contrato (68). Ello vendría a suponer, en definitiva, negar la tradicional categoría de los contratos reales y considerar que la perfección del depósito, del comodato, del mutuo o de la prenda se produciría por el mero consentimiento, de acuerdo con las reglas generales de nuestro ordenamiento.

En mi opinión, tanto si se admite esta tesis —que lleva a la disolución de la categoría de los contratos reales— como si se piensa —más matizadamente— que éstos siguen presentes en nuestro ordenamiento pero que

(68) Cfr JORDANO *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, págs. 133-136.

las partes pueden crear figura de contratos consensuales atípicos correspondientes a los previstos como reales (69), es preciso aceptar la validez de un contrato consensual que obligue a una de las partes a constituir la prenda. En el bien entendido, naturalmente, de que la prenda en cuanto tal no nace sino con la entrega de la cosa. La promesa de constituir prenda, en efecto, tiene plena validez, de acuerdo con el artículo 1.862 CC y produce acción personal entre los contratantes (70). Consecuentemente, y con referencia a los valores anotados, la inscripción sería un acto de ejecución de este contrato consensual (*datio solvendi causa*), antes de la cual no surgiría derecho o afección alguna sobre los valores; el único efecto del contrato consensual consistiría —como es regla general en nuestro Derecho, donde los contratos producen efectos obligacionales y no tienen, por sí mismos, eficacia real— en el nacimiento de la obligación, para quien prometió constituir la prenda, de hacer inscribir la garantía sobre los valores cuya afección se hubiera pactado (71).

45. La inscripción de la prenda en la cuenta correspondiente es la única condición para el nacimiento del derecho real con eficacia *erga omnes*. En ningún caso es posible entender que será necesaria, además, la

(69) Sobre esta tesis, *vid.* las referencias de JORDANO *La categoría de los contratos reales*, cit., págs. 112-114

(70) A pesar de las dudas manifestadas por algunos autores (ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., pág. 258; GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 384), creo que el artículo 1.862 CC hace referencia a un contrato consensual definitivo, ya que de él surgirán obligaciones y derechos válidos y eficaces, y no a un precontrato de contrato real. En efecto, siguiendo a DE CASTRO ("La promesa de contrato", *ADC*, 1950, págs. 1168-1170) podemos definir el precontrato como un convenio que otorga a una de las partes, o a las dos, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado. De la promesa de contrato, en efecto, nace el derecho de poner en actual funcionamiento (imponer la plena eficacia de) el proyectado contrato. Naturalmente, este esquema es incompatible con el contrato de prenda, ya que la exigencia del cumplimiento de la promesa de prenda no es hábil, por sí sola, para hacer vigente o perfeccionar un contrato real de prenda que, por hipótesis, requiere la *datio* (art. 1.863 CC). La exigencia de la entrega de la cosa en prenda es manifestación, sencillamente, del vínculo obligacional derivado de un contrato consensual y atípico por el que una de las partes se compromete a constituir, en favor de la otra, un derecho real de prenda. Pero, nótese bien, tal derecho en ningún caso llegará a surgir antes de la inscripción de la garantía (cfr. DE CASTRO "La promesa de contrato", *cit.*, pág. 1172; en la misma órbita parece moverse DÍAZ PICAZO *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 1, 2.ª ed., Madrid, 1983, pág. 224).

(71) Precisamente, en relación con los efectos obligatorios del contrato de prenda se plantea una cuestión que debe ser aclarada. La obligación contraída por quien prometió constituir la garantía —sea el deudor o un tercero— es, desde el punto de vista del contenido material o físico de la conducta exigible, una obligación de hacer. Sin embargo, jurídicamente debe ser tratada como una obligación de dar. Naturalmente, no se entregará nada material, pero la obligación de procurar la inscripción a favor del acreedor es equivalente a la obligación de entregar el título, es decir, a la de dar en prenda una cosa mueble.

notificación de la constitución de la prenda a la entidad emisora. La prenda de valores anotados no funciona como una prenda de créditos en la que la notificación al deudor del crédito pignorado es necesaria para la constitución de la garantía. Dicha notificación tiene el efecto de advertir al deudor para que se abstenga de pagar al pignorante del crédito, creando así una situación de indisponibilidad semejante a la que se consigue con la entrega al acreedor de la posesión en el caso de la prenda con desplazamiento (72). Hay autores, por el contrario, que entienden que la notificación al deudor no es requisito constitutivo de la prenda de créditos: la *denuntiatio* no sería precisa para que la prenda naciera *inter partes*, del mismo modo que no lo es para la cesión plena del crédito (73). Pero, sea como sea, lo cierto es que el efecto de la indisponibilidad se consigue, en cuanto a la prenda de valores anotados, mediante su inscripción en la cuenta correspondiente. La equiparación entre la inscripción de la garantía y el desplazamiento posesorio del título permite deducir que la entidad emisora no puede desconocer la prenda constituida argumentando que no le ha sido notificada. Y en ningún caso es necesaria notificación o comunicación alguna para el nacimiento del derecho.

46. Para proceder a la inscripción de la prenda será preciso que el disponente se dirija a la entidad encargada del registro ordenando que se dé curso a la anotación —y, con ello, a la constitución— del gravamen. A tal efecto deberá, según indica el artículo 12.4 LMV, restituir previamente los certificados que hubiera expedido la entidad encargada de la llevanza de los registros contables. Esta habrá de limitarse, en consecuencia, a exigir del disponente la restitución del certificado y a comprobar que los valores figuran inscritos a su nombre (74). Obsérvese que se trata de

(72) Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 415; EIZAGUIRRE "Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia..", *cit.*, págs. 201-202; DE CASTRO *Derecho civil de España*, *cit.*, págs. 598-599; CAPO BONNAFOUS "Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos", *RCDI*, 1931, pág. 293; ROSENDE HONRUBIA "La prenda de créditos", *RCDI*, 1927, págs. 660-661; DÍEZ PASTOR "Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca", *RCDI*, 1930, pág. 452.

(73) Cfr. PANTALEÓN PRIETO "Cesión de créditos", *op. cit.*, pág. 1044; VON THUR *Tratado de las obligaciones* (traducido por W. ROCES), II, Madrid, 1934, págs. 327-328.

(74) Es lo que se deduce de los artículos 12.4 y 11.3 LMV. Aunque la legitimación para la transmisión de los derechos derivados de los valores anotados se puede acreditar mediante la exhibición de los certificados (art. 12.1) no es admisible que la propia entidad registradora pueda escudarse en este hecho sin consultar sus propios "libros". En realidad, al tratarse de un sistema registral parece que debe regir un principio análogo al que en materia inmobiliaria se denomina de "tracto sucesivo" (art. 20 LH) y que se encontraría formulado, a mi juicio, por el artículo 11.3 LMV: sin titularidad contable no es posible inscribir la transmisión o el gravamen. La diferencia con el sistema inmobiliario registral viene dada porque en este último el tracto sucesivo es necesario para la inscripción del acto dispositivo otorgado, mientras respecto a los valores anotados es requisito necesario para el ejercicio de la facultad dispositiva, dado

comprobaciones estrictamente formales que nada tienen que ver con lo dispuesto en el artículo 1.857 CC. La entidad encargada de los registros no tiene que investigar si el disponente es verdadero titular de los valores, o si su derecho es resoluble o anulable. Su deber de diligencia no va más allá de la comprobación de su titularidad formal, de su legitimación de acuerdo con el artículo 11 LMV. Si el disponente restituye el certificado —o si éste hubiera quedado privado de valor— y figura inscrito como titular en los registros, la entidad que los lleva dará curso a la orden e inscribirá la transmisión o, como en este caso, la prenda (75). Si luego resultase que el constituyente no era el verdadero titular de los valores —por ejemplo, porque el título de adquisición fue nulo, anulable, se resolvió o rescindió— nos encontramos con un problema de terceros que podría dar lugar a una adquisición *a non domino* —incluso de un derecho limitado— de acuerdo con el artículo 9.3 LMV. Pero la entidad encargada de la contabilidad de los valores no incurrirá en responsabilidad en tales supuestos, siempre que se hubiera conducido del modo descrito (76).

que la inscripción es imprescindible para la transmisión del derecho (art. 9.1 LMV). Quizá el caso de la hipoteca, en el que la inscripción es constitutiva sea precisamente el más parecido al de la prenda de valores anotados.

(75) Problema distinto es el de la constitución de la prenda por acto unilateral. Independientemente de que la orden haya de emitirse por el constituyente de la garantía, lo normal es que para la constitución de la prenda exista un acuerdo de voluntades. La cuestión entonces es. ¿sería posible constituir la prenda sin contar con la voluntad del favorecido por la garantía? En relación con la prenda posesoria parece preferible la opinión negativa (cfr. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 392); la tradición de la cosa al acreedor requiere su cooperación y si se pone en poder de un tercero su designación ha de hacerse de mutuo acuerdo. No obstante, la admisibilidad de la constitución de hipoteca por acto unilateral (art. 141 LH) permite plantearse la misma posibilidad con respecto a la prenda de valores anotados, ya que se trata también de un sistema tabular o registral.

Desde mi punto de vista, la entidad encargada del registro debe dar curso a la orden de inscripción de la prenda emitida por quien, apareciendo como titular según su contabilidad, restituye al mismo tiempo el certificado que se hubiera expedido. Que tales instrucciones vengan precedidas (o sean incluso simultáneas) de un acuerdo con el acreedor o deriven de la voluntad exclusiva del constituyente es algo que no debe influir sobre la actuación de dichas entidades. Lo que ocurre es, a mi juicio, que en este segundo caso el disponente podría establecer un plazo para que el beneficiario aceptase la prenda, siendo revocable la inscripción transcurrido dicho plazo sin haberse producido manifestación en tal sentido.

(76) Otra de las cuestiones que suscita la constitución de la prenda es la de la comprobación, por parte de la entidad encargada de la llevanza de los registros, de la autenticidad de las órdenes de inscripción de las garantías. Dichas entidades habrán de desplegar en esta actividad un mínimo de diligencia; así, deberían confrontar la firma del documento en que se ordene la transferencia o constitución del gravamen con la registrada del titular de la cuenta. En todo caso, no me parece que les sea atribuible una función calificadora y de control de legalidad semejante a la que corresponde a los registradores de la propiedad y mercantiles.

47. Lo que está en todo caso vedado por la ley es la constitución de prendas sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta mediante la entrega del certificado que se hubiera expedido de acuerdo con el artículo 12.1 LMV. Los certificados mencionados no son, ni mucho menos, títulos representativos de los valores que puedan ser empeñados por el titular de los mismos. Hay que tener en cuenta, en efecto, que los actos de disposición que tengan por objeto los certificados son nulos (art. 12.2 LMV), sanción que afecta, desde luego, no sólo a los actos de enajenación, sino también a la constitución de gravámenes (77). Los certificados tienen por única función acreditar la legitimación (art. 12.1 LMV) que deriva, *exclusivamente*, de la inscripción en los registros contables. Son documentos de legitimación “de segundo grado”, ya que su fuerza legitimadora se basa en que se corresponden —o deben corresponderse— con el contenido de los asientos registrales. Valen en cuanto acreditan y ponen de manifiesto el contenido de los asientos contables.

No obstante, se podría argumentar, la entrega del certificado al acreedor tendría, de hecho, efectos similares a la inscripción de la prenda, en cuanto provocaría una situación de indisponibilidad: el “transmitente” del documento, al no estar en condiciones de restituirlo, no podría ordenar la transferencia de los valores. Lo cierto es, sin embargo, que la situación del mero poseedor del certificado en poco o nada se parecería a la de un acreedor pignoraticio; no gozaría, en caso de incumplimiento, del *ius distrahendi*, ni ostentaría, por supuesto, preferencia alguna sobre los demás acreedores del deudor.

En cuanto a la pretendida situación fáctica de indisponibilidad que se crearía y que actuaría como medio de retorsión del deudor para que cumpliera sus obligaciones, me parece que no pasa de ser una mera entelequia. Es cierto, de un lado, que el artículo 12.4 LMV ordena a las entidades encargadas del registro que no se practiquen las inscripciones de transmisiones o gravámenes en tanto el disponente no haya restituido los certificados expedidos, salvo que hayan quedado privados de valor. Es también verdad que la ley prohíbe emitir —para los mismos valores y para el ejercicio de los mismos derechos— más de un certificado. Pero ello no nos puede conducir a aceptar la idea de que el sujeto que se hubiese desprendido del certificado emitido a su favor quedaría imposibilitado para disponer de los valores de los que es titular. En efecto, el titular que haya perdido o al que le hayan sustraído su certificado podrá solicitar la expedición de otro porque, recordemos, la legitimación deriva de los asien-

(77) En contra, expresamente, FERNÁNDEZ DEL POZO “Un nuevo registro jurídico de ‘bienes’: el sistema de anotaciones en cuenta de valores”, *op. cit.*, pág. 1221.

tos contables (78). El certificado, en efecto, es un documento probatorio o acreditativo del contenido de los registros, pero no “incorpora” el valor. En estos casos la precaución que habrá de tomarse será, naturalmente, la de comunicar a la entidad emisora tal circunstancia y advertirle de que el primer certificado debe ser considerado anulado. Como es lógico, no será necesario ningún procedimiento de amortización; no es preciso para reintegrar la legitimación, dado que ésta no depende de los certificados, sino de los asientos contables (79). Pues bien, idéntica vía podría seguir, sin duda, quien entregó “en prenda” (supuestamente) el certificado a su acreedor; no se requiere para ello un procedimiento público que dé opción al tercero poseedor del certificado a oponerse a la emisión de uno nuevo y a la privación de valor del que él posee porque, por imperativo legal, ningún derecho puede esgrimir él con respecto a dicho documento o a los valores a que hace referencia. Dicho en otros términos, serviría de poca garantía para un acreedor que el deudor le entregase un certificado acreditativo de la titularidad de determinados valores, puesto que ello no le privaría de su efectiva disponibilidad.

III.3. Oponibilidad de la prenda

III.3.A. *Oponibilidad frente a los acreedores del constituyente de la garantía*

48. Según dispone el artículo 10.2 LMV, la constitución de la prenda será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la correspondiente inscripción. Al contrario de lo que sucede con la prenda posesoria, donde el derecho nace *inter partes* con la tradición de la cosa pero es inoponible a terceros si no consta por instrumento público la certeza de la fecha (art. 1.865 CC) (80), en el caso de la prenda de valores

(78) Sería absurdo que en un sistema de desmaterialización de los valores volvieran a plantearse —ahora con referencia a los certificados acreditativos de la inscripción— los tradicionales problemas de la pérdida, sustracción o destrucción de los títulos-valores.

(79) Lo que sí es aconsejable es que el certificado originario —perdido o sustraído— sea privado de valor y que esta circunstancia se comunique a la entidad emisora. No para salvaguardar a ulteriores posibles adquirentes del mismo, ya que la ley deja bien claro que son nulos los actos de disposición que tengan por objeto tales certificados, sino para evitar que un tercero pudiera ejercitar los derechos —en el caso límite de que alcanzara a falsear su identidad— o que el propio titular consiguiera ejercitarlos por dos veces. Son, desde luego, supuestos prácticamente de laboratorio: es extremadamente difícil que alguien pueda llegar a ejercitar alguno de los derechos —por ejemplo, el de voto— valiéndose de un certificado no expedido a su nombre.

(80) La doctrina se muestra sustancialmente de acuerdo en este punto. Cualquiera que sea la forma, la prenda existe y adquiere validez entre las partes una vez producida

anotados la oponibilidad y el nacimiento del derecho se producen simultáneamente en virtud de la inscripción (81).

A tenor del artículo 10.2 LMV no es necesario, por tanto, que la fecha de la prenda conste en instrumento público para ser oponible a terceros. El artículo 1.865 CC resulta, así, inaplicable en su literalidad a la prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta (82). La función del artículo 1.865 CC es, en efecto, proteger a los terceros —esencialmente a los acreedores del pignorante— frente a conductas ilícitas o fraudulentas del deudor quien, simulando la existencia de prendas, puede intentar despojar a los acreedores de parte de su garantía (83). Para

la transmisión de la posesión al acreedor o un tercero. Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 417; ALBALADEJO *Derecho civil*, cit., pág. 253; Díez PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 608. El problema que se plantea es determinar si el derecho surgido en estas condiciones es o no un verdadero derecho real, asunto sobre el cual la doctrina civilista se encuentra dividida: *vid.* COSSÍO, A.: *Instituciones de Derecho civil* (revisión y puesta al día de COSSÍO, M. y LEÓN ALONSO), II, Madrid, 1988, pág. 337; GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 418.

(81) Creo que es inútil —y dogmáticamente suscita muchas perplejidades— recurrir al (pretendido) carácter de documento público de la certificación de inmovilización que expide el Banco de España para justificar la oponibilidad de la prenda *erga omnes*. *Vid.* SÁNCHEZ GUILARTE ("Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta", *op. cit.*, pág. 671), que argumenta así en relación con el sistema de llevanza de los registros de la Deuda Pública anotada, en el que interviene al menos una entidad pública: el Banco de España. Aun aceptando su corrección, esta tesis no explicaría qué mecanismo hace oponible la prenda de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, cuyos registros contables los llevan sociedades o agencias de valores, que son entidades de derecho privado.

(82) En realidad, se podría pensar que el precepto de la LMV no hace más que progresar en el sentido —señalado por algunos autores— de considerar que la prenda será también oponible a terceros cuando conste en documento privado si se dan las condiciones del artículo 1.227 CC (cfr. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 423, y ALBALADEJO *op. cit.*, pág. 253, quien considera, sin embargo, que al menos cuando se trate de prenda constituida por contrato del art. 1.227 CC no resulta aplicable). Es decir, lo verdaderamente relevante sería que la fecha fuera cierta, y no el medio de hacer constar esa certeza. En consecuencia, el artículo 10.2 LMV vendría a significar que la inscripción de la prenda en los registros contables de valores dota de certeza a la fecha, cumpliéndose así el requisito para la oponibilidad. Desde mi punto de vista, no obstante, no es ésta la interpretación adecuada. De un lado, porque los registros de valores representados mediante anotaciones no son registros públicos: ni están abiertos al público ni las entidades que los llevan son funcionarios públicos. Pero, de otro, porque la interpretación más sencilla es considerar que para los valores anotados rige, por obra del artículo 10.2 LMV, el régimen de oponibilidad propio de los derechos reales. Sobre ello, *vid.* lo dicho en el texto.

(83) Así se manifiesta, en general, la doctrina (*vid.*, por todos, GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 417) y es lo que se deduce también de los antecedentes de la norma (una disposición francesa de 25 de noviembre de 1599 tendente a evitar que el deudor fallido pudiera mejorar a algunos de sus deudores: ALVAREZ CAPEROCHIPI *Curso de Derechos reales*, II, Madrid, 1987, pág. 127) y del sentido atribuido a preceptos análogos en otros ordenamientos.

lograr este objetivo de proteger a los terceros frente a posibles perjuicios que derivarían de la simulación de garantías prendarias, el artículo 1.865 impone una inversión de la carga de la prueba y, además, tasa los medios de prueba. En efecto, según dicha norma, para hacer valer la prenda en perjuicio de los acreedores personales del pignorante, el acreedor pignoraticio habrá de probar la anterioridad de su derecho, con la particularidad de que tal prueba sólo puede darse mediante documento público o, si se admite la interpretación más amplia, mediante documento privado cuya fecha sea cierta de acuerdo con el artículo 1.227 CC.

En cambio, según los principios generales que rigen en materia de derechos reales, una vez consumado el acto de disposición de una cosa mediante su entrega, el adquirente tiene a su favor la presunción de que posee con justo título (art. 448 CC), de modo que los acreedores del transmitente no pueden ya dirigirse contra las cosas entregadas; en otros términos, el negocio y el derecho real constituido les es oponible. Para poder satisfacer su derecho sobre las cosas transmitidas habrían de probar el perjuicio sufrido y la existencia de fraude, para obtener de este modo la rescisión del contrato. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1.865 CC, los acreedores podrán dirigirse contra las cosas empeñadas si no consta por instrumento público la certeza de la fecha. Y ello aunque, de hecho, no hubiera existido fraude para su derecho y la prenda se hubiese constituido con anterioridad al embargo de los bienes del deudor. Desde este punto de vista, el artículo 10.2 LMV supone un acomodamiento a los principios generales. Si la inscripción equivale al desplazamiento posesorio, entonces es lógico que tenga idénticos efectos a la constitución de cualquier otro derecho real sobre cosa mueble.

49. Que la prenda es oponible a terceros quiere decir que los acreedores personales del pignorante habrán de pasar por el derecho preferente del acreedor pignoraticio, que está facultado para satisfacer su crédito con el importe obtenido de la enajenación de los valores empeñados con exclusión de cualquier otro acreedor (hasta la concurrencia de su derecho, naturalmente). De este modo, en el caso de quiebra o suspensión de pagos del deudor, el acreedor con prenda de valores anotados gozará del derecho de ejecución separada y del derecho de abstención, respectivamente. En ambos casos, por tanto, los valores dados en prenda quedan al margen del procedimiento concursal y el acreedor no queda obligado a reintegrarlos en la masa activa.

En caso de quiebra, por tanto, el contenido del derecho del acreedor pignoraticio —básicamente retención y realización de la garantía— subsiste intacto a pesar del procedimiento. Se trata, como es sabido, de una verdadera reducción de la masa activa a través de un derecho de separación

absoluta (*separatio ex iure crediti*). Es cierto, sin embargo, que el artículo 918 CCo exige que la prenda conste en póliza intervenida por Agente Mediador Colegiado o en escritura pública para reconocer el derecho de ejecución separada. pero ya hemos visto anteriormente como la oponibilidad de la prenda de valores anotados no depende de la constancia por instrumento público de la certeza de la fecha; en consecuencia, el acreedor con prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta debe gozar también del derecho de ejecución separada en la quiebra. El artículo 918 CCo habrá de ser leído, de acuerdo con el nuevo régimen instaurado por la LMV, como referente a los acreedores con prenda constituida por escritura pública o póliza intervenida o “con prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta inscrita en el correspondiente registro”.

En efecto, el artículo 918 CCo —que vincula el derecho de ejecución separada con la constitución de la prenda en escritura pública o en póliza intervenida— se encuentra en relación con el artículo 1.865 CC, relativo a la oponibilidad de la garantía frente a terceros. Con respecto a los valores anotados, sin embargo, no juega —como hemos visto— el precepto civil, sino que existe precepto específico: sin limitación alguna, la prenda de valores anotados es oponible desde la inscripción o, lo que es lo mismo, desde su constitución. Y, en mi opinión, esa oponibilidad debe alcanzar sin duda a la masa de acreedores, que habrá de aceptar que el acreedor con prenda de valores anotados ejercite su derecho de ejecución separada aunque la prenda no conste en escritura pública o póliza. El artículo 918 CCo no pudo, en su momento, prever que llegaría a existir en el ordenamiento un tipo especial de prenda cuya oponibilidad no iba a depender de la constancia en instrumento público (84).

En este mismo orden de cosas conviene advertir (como, exactamente a mi juicio, se ha venido considerando) que la preferencia concedida por el artículo 1.922.2.º CC al acreedor pignoraticio sólo es efectiva cuando se respeta el artículo 1.865 CC, a pesar de que aquel precepto no menciona para nada la exigencia de que conste por instrumento público la certeza de

(84) Tampoco me parece argumento suficiente afirmar que si el legislador hubiera querido esta conclusión —derecho de separación para el acreedor con prenda de valores anotados independientemente de la constancia o no en documento público— lo hubiera dicho así expresamente mediante una reforma del artículo 918. A este respecto hay que reconocer que sí se ha dado nueva redacción a los artículos 320 a 324 del CCo para adaptarlos a las modificaciones introducidas por la LMV. Pero el legislador no se ha planteado, ni siquiera —en un lamentable olvido— reformar en lo más elemental las normas sobre la quiebra para adaptarlas *expresamente* a la nueva disciplina de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta. ¡Si ni siquiera se ha modificado la remisión al artículo 323 CCo contenida en el artículo 918 CCo, que debería actualmente venir referida al artículo 322 CCo!

la fecha (85). Siguiendo la misma lógica habrá que entender, a partir de ahora, que la preferencia la ostentan también los créditos garantizados con prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta.

La inscripción de la prenda ha venido a sustituir, de esta forma, la exigencia de fecha cierta del artículo 1.865 CC. En materia de valores representados por medio de anotaciones este precepto resulta inaplicable. El artículo 918 CCo, en cuanto consagra al derecho del acreedor pignoraticio a la ejecución separada de las cosas empeñadas, debe ser de aplicación en el supuesto de que la prenda sea de valores anotados aun en el caso de que no se hubiera constituido con escritura pública o póliza intervenida (86).

50. El acreedor con prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta puede oponer también su preferencia frente a los demás acreedores aun en el ámbito extraconcursal. Ello quiere decir que los acreedores del pignorante no podrán proceder al embargo y enajenación forzosa de los valores empeñados en tanto no se satisfaga íntegramente su crédito. En efecto, de acuerdo con la disciplina del Código Civil, el acreedor tiene un *ius retentionis* amparado en un derecho real (arts. 1.866 y 1.871), y esta facultad de retener es, desde luego, oponible a

(85) Vid. GUILARTE ZAPATERO *Op. cit.*, pág. 422; SANCHEZ REBULLIDA en los *Elementos de Derecho civil*, cit., pág. 152; DÍEZ PICAZO/GULLÓN BALLETEROS, *op. cit.*, pág. 611.

(86) No me parece posible argumentar, en contra de esta interpretación del artículo 918 CCo, con el vigente artículo 320 del mismo cuerpo legal. Una lectura rápida de este precepto podría llevar a pensar que el derecho de preferencia del acreedor pignoraticio sólo se contempla para el caso de que el préstamo conste en escritura pública o póliza. Resultaría así que una norma modificada por la LMV seguiría indicando la fidelidad del ordenamiento a la idea que la preferencia va vinculada a la forma pública. Estas razones no me parecen convincentes por lo siguiente: 1.º Dejaría sin sentido la norma del artículo 10.2 LMV. Una prenda oponible a terceros pero que no otorgue a su titular derecho a cobrar su crédito con preferencia sobre los demás acreedores es un sinsentido. 2.º Porque lo que el artículo 320.2 quiere decir no es que el derecho de cobro preferente dependa de que los valores se hayan pignorado en las condiciones establecidas en el primer párrafo, esto es, en documento público; el precepto, en efecto, no dice que el acreedor tendrá sobre "los valores pignorados conforme a las disposiciones de esta sección derecho a cobrar su crédito con preferencia". La expresión "conforme a las disposiciones de esta sección" va entre comas; ello significa que el acreedor tendrá derecho a cobrar su crédito preferentemente de acuerdo con las disposiciones del artículo 322 CCo. El documento público es necesario para poder acudir al especial procedimiento de ejecución previsto en la sección, no para ostentar preferencia sobre los demás acreedores. 3.º Obsérvese, además, que la redacción actual del artículo 320.2 CCo es similar a la vigente con anterioridad. Por tanto, de haberse interpretado la versión previa en el sentido de que sólo tendrían preferencia los acreedores con prenda constituida de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1.º hubiera surgido un conflicto con el artículo 918 CCo, ya que el antiguo artículo 320.1 no contemplaba los préstamos con garantía de valores formalizados en escritura pública.

terceros (87). En materia de valores anotados no puede hablarse propiamente de “retención”, pero sí de facultad de oponerse a que los acreedores dispongan de los valores.

Esta idea se ve confirmada, desde mi punto de vista, por el artículo 918 CCo. En efecto, de este precepto se deduce que ni siquiera un procedimiento de tan fuerte *vis atractiva* como la quiebra es suficiente para eliminar el derecho de ejecución separada del acreedor pignoraticio. No se trate de que conserve su derecho de preferencia —lo que no admite discusión—, sino de que está autorizado para no entregar a la masa —en definitiva, al resto de los acreedores— las cosas empeñadas. Y obsérvese que semejante facultad le asiste aunque su crédito se considere vencido por virtud de la declaración de quiebra (art. 883.1 CCo). En idéntico sentido apunta el artículo 320 CCo al establecer que los demás acreedores —y no se dice que deban actuar en el marco de un proceso de ejecución universal— “no podrán disponer de los valores a no ser satisfaciendo el crédito constituido sobre ellos”.

El artículo 320 es, en mi opinión, extremadamente significativo. En efecto, en la redacción anterior a la promulgación de la LMV especificaba que los acreedores, salvo que reintegraran el crédito garantizado, no podían *retirar del poder* del acreedor pignoraticio los valores empeñados. En su redacción actual, el artículo 320 formula el mandato diciendo que no podrán *disponer* de los valores. De esta modificación se deduce que el legislador quiso incluir en el supuesto de la norma —y, por tanto, en las

(87) Hay que hacer constar, no obstante, que la interpretación aislada del artículo 1.871 CC podría llevar a conclusiones diversas. En este sentido son paradigmáticas algunas conclusiones de la doctrina italiana que, sobre la base exclusiva del artículo 2794.1 del “Codice Civile” —equivalente a nuestro art. 1.871 CC— suele entender que el derecho de retención es esgrimible frente al deudor, pero no frente a los acreedores de éste. Se admita así, por tanto, que los acreedores del pignorante pueden promover el embargo y la ejecución de los bienes pignoralados aunque, desde luego, quedando siempre a salvo el derecho del acreedor pignoraticio de satisfacerse preferentemente con lo obtenido en la ejecución (*vid. GORLA Del pegno. Delle ipoteche*, en el *Comentario del Codice Civile* al cuidado de SCIALOJA-BRANCA, 3.^a ed., Bolonia-Roma, 1968 págs. 8-9, págs. 64-65 y pág. 88; PRATIS *Della tutela dei diritti*, en el *Comentario del Codice Civile* de la UTET, Turín, 1982, págs. 49 y sigs. y 86 y sigs.). Desde el punto de vista de los intereses en juego, no obstante, esta solución se muestra satisfactoria en el supuesto de que la obligación garantizada se encuentre vencida. En tal caso, en efecto, puede no resultar razonable dejar al arbitrio del acreedor pignoraticio la ejecución o no de la garantía ya que ello podría dañar los intereses de los demás acreedores. Menos acertada parece, sin embargo, cuando la obligación asegurada no se encuentra vencida, porque no está claro hasta qué punto respeta los intereses legítimos del acreedor una enajenación forzosa anticipada de la cosa empeñada (piénsese que esa anticipación podría llevar consigo una reducción del precio obtenido por las cosas pignoraladas en relación con el que se habría obtenido si se hubiese enajenado en otro momento, de modo que pudiera no llegar a cubrirse totalmente el importe del crédito).

consecuencias jurídicas enunciadas— los valores representados por medio de anotaciones, que no pueden, en ningún caso, ser “retiradas del poder” del acreedor (88). Por otro lado, creo que la norma del artículo 320 CCo, aunque directamente referida sólo a valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, será aplicable por analogía a toda prenda de valores, ya que existe identidad de *ratio*.

51. De los preceptos citados se desprende la idea de que el acreedor pignoraticio no ha de soportar sobre las cosas pignoradas ninguna otra ejecución —individual o en el seno de un procedimiento concursal—. Cuando se trata de una prenda de cosas corporales, el mero hecho de que no se encuentren físicamente en poder del deudor supone una dificultad añadida para que los restantes acreedores puedan proceder al embargo, aunque —desde luego— no es una posibilidad totalmente descartable. En el caso de prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta es también posible que los demás acreedores lleguen a embargarlos a pesar de la constancia registral de la prenda (89). Si tal cosa llegara a suceder, es decir, si se procede al embargo y se da inicio a la ejecución, el acreedor pignoraticio tendría abierta la vía de las tercerías. En mi opinión, el acreedor podría escoger entre interponer una tercería de mejor derecho o una “tercería de derecho real análoga a la de dominio”. Es cierto que no es dueño de los valores, pero su intervención podría producirse *ad excludendum executionem* y no meramente para hacer valer su preferencia sobre lo obtenido con la venta (como ocurre en las tercerías de mejor derecho) (90).

(88) Además, al prohibir a los acreedores *disponer* de los valores empeñados sin antes satisfacer la obligación asegurada, impide considerar factible el embargo y venta de los valores representados por medio de títulos que, por alguna razón, hubiesen salido transitoriamente del poder del acreedor pignoraticio.

(89) No es algo imposible. Recuérdese que, en relación con el Registro de la Propiedad, el artículo 38.3 LH prevé la posibilidad de que resultara embargado un bien de propiedad de otra persona e inscrito así en el Registro.

(90) En este sentido apunta, en mi opinión, el párrafo 2.º del artículo 1.869 CC. No comparto, no obstante, la idea de que dicha norma contempla un supuesto de subrogación o de cesión legal de acciones. En efecto, desde mi punto de vista el acreedor pignoraticio, en cuanto titular de un derecho de prenda, está facultado para perseguir la cosa en poder de quien se halle y recuperar la posesión si la hubiere perdido. Y estas facultades derivan, directamente, del derecho de prenda, no del derecho del dueño de la cosa empeñada (cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 259; GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, págs. 445-446; Díez PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 610). Ahora bien, lo que sí indica el artículo 1.869.2 CC es que sus acciones son análogas a las que corresponden al propietario, dentro de los límites, naturalmente, de su propio derecho. Como, desde luego, el derecho de retención está dentro del contenido del derecho de prenda, creo que el artículo 1.869.2 permite al acreedor pignoraticio —para el caso de que los valores hubiesen sido embargados— recurrir a una tercería para salvaguardar su interés. Se trataría de una tercería justificada en la titularidad de un derecho real y que, al igual que la de dominio, iría dirigida a evitar la ejecución de las cosas embargadas y a obtener

52. Por otra parte, los mismos artículos 918 y 320 CCo fundamentan la idea de que los acreedores del pignorante pueden llegar a embargar los valores pignorados y proceder a la ejecución siempre que satisfagan previamente al acreedor el importe íntegro del crédito (91). Con ello se evita el peligro de que una dilación o demora excesiva en el ejercicio del *ius distrahendi* por parte del acreedor pignoraticio pueda perjudicar los intereses de los demás acreedores si el precio de los valores es superior al importe del crédito garantizado con ellos. Como es sabido, en efecto, el exceso habría de ser devuelto al *pignus dans* y sobre él podrían satisfacerse los otros acreedores. Por ello, y para evitar que un acreedor pignoraticio pueda privar a los demás acreedores del pignorante de este exceso de valor de la garantía, se concede a éstos la facultad de disponer de la misma, previo pago del importe del crédito asegurado. En la ejecución posterior recobrarán la cantidad desembolsada y, además, podrán satisfacer parte o la totalidad de sus créditos con el exceso de valor. Por otro lado, y como es lógico, si es previsible que el precio de las cosas empeñadas no alcanzará el importe de la obligación garantizada, los restantes acreedores no tendrán ningún interés en pagar para disponer de ellas.

¿Sería posible esta actuación de los acreedores personales del pignorante si el crédito garantizado no hubiera vencido? Si se aceptara tal posibilidad podría llegarse a perjudicar seriamente los intereses del acreedor pignoraticio, por cuanto supondría un pago anticipado y él podría estar interesado en mantener su inversión durante el tiempo inicialmente previsto (92). Ante esta objeción podría argumentarse, no obstante, que ese posible perjuicio se evitaría si los demás acreedores abonaran al garantizado con prenda el importe total del crédito, sin aplicar ningún tipo de descuento, es decir, incluyendo los intereses pactados hasta el vencimiento.

su restitución. En este sentido, sería una "tercería de derecho real análoga a la de dominio" Lo que sucede es que la LEC, al regular las tercerías que tienden a paralizar la ejecución sólo se refiere expresamente a la intervención del dueño. Creo que, a pesar de esta formulación tan restrictiva, debe admitirse la posibilidad de que —con los mismos objetivos, esto es, *ad excludendum executionem*— pueda interponer tercería el acreedor pignoraticio, máximo si se toma en consideración el sentido del artículo 1.869.2 CC. En situación similar se encontraría, a mi juicio, el acreedor con prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta Cfr. EIZAGUIRRE "Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia...", *cit.*, pág. 180, en nota, quien —en un supuesto de prenda de crédito— se pronuncia por la tesis de que sería la tercería de dominio —en realidad una tercería análoga, basada en la titularidad del derecho de prenda— la procedente si se hacen valer los derechos de acreedor pignoraticio.

(91) El artículo 918 CCo dispone que la representación de la quiebra habrá de satisfacer "íntegramente" el crédito para recobrar las cosas empeñadas; *vid.*, sin embargo, como regla general en la quiebra, el artículo 883.2 CCo.

(92) Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, págs. 426-427.

De todas maneras, esta primera aproximación al problema resulta insatisfactoria porque la cuestión es extremadamente compleja. Piénsese, en efecto, en los casos en que el acreedor pignoraticio ostente determinados derechos —por ejemplo, el de voto— por haberlo convenido así con el pignorante. Dejando al margen los problemas de legitimación frente a la entidad emisora, la pregunta es: ¿sería compatible con la necesaria protección de los intereses del acreedor prendario la posibilidad de que los demás acreedores dispongan de los valores en cualquier momento, incluso antes del vencimiento de la obligación garantizada? Aunque una respuesta detallada requeriría posiblemente un estudio más profundo que no concuerda con los límites y objetivos de este trabajo, es posible aventurar, siempre en un plano muy general, algunas ideas.

En nuestro Derecho la regla es que el plazo en las obligaciones se entiende establecido tanto en beneficio del deudor como del acreedor (art. 1.127 CC). Ello supone que, en principio, el acreedor no puede exigir la prestación antes del transcurso del tiempo fijado ni puede ser obligado a aceptar un cumplimiento anticipado. Sólo si del tenor de la obligación o de otras circunstancias puede llegar a deducirse que el plazo fue puesto en beneficio exclusivo del deudor tendrá éste la facultad de liberarse anticipadamente. La cuestión estriba entonces en decidir si quedando a salvo el interés del acreedor —en cuya función se estableció el plazo— sería posible reconocer al deudor la posibilidad de liberarse antes de la expiración del tiempo marcado para el cumplimiento. Un acreedor que se opusiera a ello en tales condiciones, ¿no estaría quizá abusando de su derecho? Aunque el asunto es espinoso podría aceptarse que, resultando satisfecho el interés protegible del acreedor (por ejemplo, mediante un pago íntegro de la obligación, sin descuento alguno) no habría razón para no permitir al deudor su liberación anticipada (apréciese, no obstante, la dificultad de probar tales extremos). Lo que sucede es que en el supuesto que nosotros planteamos —ejercicio de los derechos atribuidos por los valores— el interés del acreedor no se ve satisfecho por un mero pago de la obligación garantizada, aunque sea íntegro. En la hipótesis propuesta el plazo jugaría en interés del acreedor no sólo por garantizarle unos rendimientos previstos de su inversión, sino por atribuirle determinados derechos durante cierto tiempo. En tales condiciones no parece posible compeler al acreedor pignoraticio para que acepte la prestación anticipada y restituya las cosas empeñadas.

A la luz de las consideraciones anteriores podemos decir que el principio general indica que los acreedores personales del pignorante no tienen derecho a disponer de los objetos dados en garantía en tanto el crédito asegurado no venza, ni siquiera aunque pagaran el importe íntegro del

crédito. Sólo en el muy excepcional supuesto de que pudiera demostrarse que el interés del acreedor pignoraticio resulta perfectamente respetado *en todos sus aspectos* sería admisible tal pago anticipado.

III.3.B. *Oponibilidad frente a terceros adquirentes de los valores*

53. El problema que tratamos de resolver bajo este epígrafe es, en realidad, doble. Se trata de determinar, en primer término, si es posible la transmisión del dominio de los valores empeñados y en qué condiciones y, en segundo lugar, si producida esta transmisión el derecho de garantía será oponible al tercer adquirente. Para responder a estas preguntas analizaremos primero la cuestión con referencia a otras figuras.

54. En cuanto a la prenda con desplazamiento posesorio, parece posible, en efecto, la transmisión del objeto pignorado. En primer lugar, puede suceder que el propio pignorante recupere la posesión de las cosas empeñadas —por ejemplo, porque el acreedor se la ha entregado para una reparación o porque haya sido despojado de ella— y que la transmita a un tercero sin poner en su conocimiento que sobre ella pesa un derecho de prenda. En este caso, supuesta la concurrencia de las condiciones de la irreivindicabilidad mobiliaria, el tercero habrá adquirido la cosa como libre de cargas y no le será oponible ni el derecho de retención ni el de realización del valor: “meubles n’ont pas de suite par hypothèque” (93).

Hay que aclarar que tal efecto no queda enervado por el juego del artículo 1.865 CC. El hecho de que la fecha de la prenda sea cierta por constar en instrumento público afectará a los acreedores personales del pignorante —que se verán postergados— pero no a los terceros adquirentes. La norma del artículo 1.865 CC no opera sobre el terreno de la publicidad, sino sobre el de la prueba, como tuvimos ocasión de aclarar anteriormente. Por tanto, el documento público no es capaz de desvirtuar la apariencia creada por la posesión del pignorante (publicidad posesoria). Recordemos, en efecto, que, en la prenda, el desplazamiento de la posesión tiene por objeto no tanto dotar de publicidad a la garantía pignoratícia —la posesión no es índice de los derechos reales de garantía— como

(93) Cfr. GULLÓN BALLESTEROS *La prelación de créditos en el Código Civil*, Barcelona, 1962, pág. 49; Díez PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 610, en nota; GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 447; ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 278, y, especialmente, el magnífico estudio de DE LA CÁMARA. *La adquisición “a non domino” de bienes muebles (nuevo estudio sobre el art. 464.1 del Código Civil)*, Madrid, 1982, págs. 13 y sigs. También admite la vigencia del principio en nuestro Derecho, VALLET: “De nuevo sobre la posesión de bienes muebles. Tres estudios en torno al artículo 464.1 del Código Civil”, *ADC*, XXXIII, 1980, págs. 264 y sigs.

incidir en la situación posesoria del dueño creando una situación de indisponibilidad. En consecuencia, si la prenda no es detectable por haber vuelto la cosa empeñada al poder del pignorante, no será oponible al tercer adquirente de buena fe (94). Y ello es lógico porque, en realidad, ¿qué publicidad constituye una escritura pública o una póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado? La verdad es que ninguna. De hecho, la constancia en documento público no evita el juego de los efectos de la buena fe en la adquisición *a non domino* de bienes muebles ni, por supuesto, su inexistencia puede ser alegada en su beneficio por el tercero de mala fe.

Se explica así por qué en el régimen de esta figura tiene especial trascendencia que el acreedor pignoraticio posea la cosa empeñada. De este modo se crea, en efecto, un estado de indisponibilidad, que impide que el dueño pueda transmitir la propiedad de las cosas dadas en garantía. Todo ello es perfectamente congruente con los intereses del acreedor pignoraticio. Si el constituyente de la garantía mantuviese en su poder las cosas dadas en prenda, el derecho del acreedor podría verse fácilmente burlado; el *pignus dans* podría disponer de la cosa en favor de un tercero adquirente de buena fe que podría resultar protegido por los artículos 85 CCo y 464 CC, de modo que adquiriría la cosa libre de cargas. El acreedor no podría entonces oponer su derecho de prenda a ese tercer adquirente, esto es, no podría proceder a la enajenación forzosa de la garantía en su perjuicio. Y las posibles acciones indemnizatorias contra el dueño de la cosa son un remedio que no siempre alcanzará a dar al acreedor absoluta satisfacción.

Por otra parte, es también posible la transmisión del objeto empeñado en la medida en que medie el consentimiento y colaboración del acreedor pignoraticio (95). En estas circunstancias, el acreedor puede —y debe hacerlo en defensa de sus intereses— ocuparse de que el tercero conozca la existencia del gravamen con el objeto de que la prenda le sea oponible.

55. La cuestión cambia de tono si la referimos a la prenda de créditos no incorporados a títulos-valores. En este caso, la no necesidad de tradición supone que se pueda transmitir el crédito pignorado sin ninguna restricción; claro está que el no existir en este terreno normas de protección de la confianza en la apariencia —no existe ningún sistema de publicidad—

(94) Cfr. DE LA CÁMARA *La adquisición "a non domino" de bienes muebles...*, cit., pág. 80

(95) Tanto si la cosa está en poder de un tercero como del acreedor, su enajenación requiere que éste se desprenda transitoriamente de la posesión para que pueda consumarse la adquisición del tercero o bien que consienta él mismo en poseer —o en que el tercero depositario posea— en nombre del adquirente.

el adquirente deberá soportar siempre la prenda, que podrá ser hecha valer frente a él (96).

56. Con respecto a la prenda sin desplazamiento y a la hipoteca mobiliaria lo primero que hay que recordar es que existe un registro de gravámenes que da publicidad a los mencionados derechos. Y lo segundo, la presencia en la ley de la prohibición de enajenar los bienes dados en prenda o hipotecados sin consentimiento del acreedor. Con estas premisas la cuestión planteada es: ¿puede el acreedor hacer valer frente a terceros su derecho de preferencia y de realización del valor o, por el contrario, pueden éstos ampararse en los artículos 464 CC y 85 CCo para adquirir la cosa como libre de cargas? Aunque la doctrina civilista se muestra algo vacilante, creo que la tesis más aceptable es la que comienza por distinguir la hipoteca mobiliaria de la prenda sin desplazamiento. En cuanto a la primera, su oponibilidad *erga omnes* viene proclamada por el artículo 16 de la Ley de 16 de diciembre de 1954. Al igual que ocurre con la hipoteca inmobiliaria y dada la identificabilidad propia de los bienes susceptibles de este derecho, el registro se considera mecanismo de publicidad suficiente para desvirtuar los efectos de la publicidad posesoria. Con respecto a la prenda sin desplazamiento el problema es más complejo; me inclino por considerar que la ley no ha querido dotar a la PSD de la misma eficacia que a la hipoteca mobiliaria, básicamente porque las cosas sobre las que puede recaer son de mucho más difícil identificación registral (97). Al adquirente le puede resultar extremadamente difícil —por tanto— conocer cuál es la situación jurídica de los bienes gravados con prenda sin desplazamiento, especialmente si las cosas han salido del lugar donde se entienden depositadas. Por ello, la inscripción en el registro de la prenda sin desplazamiento no es apta para impedir que entren en juego los artículos 85 CCo. y 464 CC (98).

(96) Cfr. EIZAGUIRRE "Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia...", *cit.*, pág. 202; PANTALEÓN PRIETO "Cesión de créditos", *cit.*, pág. 1046. Como apunta el primero de estos autores, esta conclusión no contradice la idea de que es esencial a la prenda un estado de *indisponibilidad*. En relación con la prenda de créditos, en efecto, la indisponibilidad debe entenderse referida a la imposibilidad del cobro del crédito por el *pignus dans*.

(97) Obsérvese, en este sentido, que en el caso de hipoteca mobiliaria que se hubiera extendido mediante pacto a las materias primas y mercaderías destinadas a la explotación propia del establecimiento, el artículo 16 LHM ha de ceder ante el artículo 85 CCo —y, en su caso, ante el art. 464 CC—, de acuerdo con el artículo 22.2 LHM. Y ello, precisamente, porque se trata de cosas de muy difícil identificación.

(98) Cfr., entre otros muchos, los siguientes trabajos, con opiniones no siempre coincidentes, aunque a veces distintas sólo en cuestiones de matiz: GULLÓN BALLESTEROS "La prelación de créditos en el Código Civil", *cit.*, págs. 51-52; VALLET "Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión", en *Estudios sobre*

57. Una vez recordadas las características de estas figuras de garantía en relación con su oponibilidad a terceros podemos ya abordar el estudio específico del problema propuesto.

El primer dato a tener en cuenta es la equivalencia entre la inscripción de la prenda sobre valores anotados y el desplazamiento posesorio del título (art. 10.1 LMV). Es necesario precisar cuál es el alcance de tal equiparación, ya que partiendo de esta idea podría llegar a concluirse que la inscripción da lugar a una situación de indisponibilidad análoga a la que se produce en la prenda con desplazamiento de la posesión. Esta situación de indisponibilidad vendría a significar que el pignorante de los valores no podría ordenar la transferencia de aquellos que figuraran inscritos a su nombre. La inscripción de la prenda produciría así el bloqueo de los valores pignorados, de modo que la entidad encargada del registro habría de negarse a dar curso a cualquier orden del titular de los valores dirigida a transmitirlos a un tercero. En otros términos, la constitución de la prenda mediante su inscripción en la cuenta correspondiente provocaría una inmovilización de los saldos de valores afectos al cumplimiento de la obligación asegurada (99).

La analogía entre la prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta y la prenda posesoria encontraría justificación en la coincidencia existente en un punto fundamental: en la disciplina de la prenda ordinaria la desposesión del pignorante se presenta —ante la falta de publicidad de la garantía— como un instrumento destinado a asegurar la efectividad del derecho del acreedor. En el caso de la prenda de valores anotados la inscripción tampoco supone ninguna publicidad; la mera inscripción del gravamen en la cuenta de valores no lo hace público, “visible”, ya que la ley no ha llegado a prever la organización de un sistema de publicidad formal. En consecuencia, podría considerarse la intransmisibilidad de los valores empeñados como un mecanismo imprescindible, tal y como la del sistema aparece diseñado en la ley, para proteger los intereses del acreedor pignoraticio. En efecto, se podría sostener que si el dueño de los valores pudiera disponer libremente de ellos, un tercero de buena fe podría adquirirlos libres de cargas, es decir, de modo que la prenda no le fuera oponible. En otras palabras, a los valores anotados les sería aplicable el principio enunciado en el famoso aforismo “meubles n’ont pas de suite

garantías reales, 2ª ed., Madrid, 1984, págs. 519 y sigs., ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 278-279; DE LA CÁMARA, *La adquisición “a non domino” de bienes muebles*, cit., págs. 82-84; AMORÓS GUARDIOLA “Los registros jurídicos de bienes y sus principios inspiradores”, *III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1977, págs. 17-21.

(99) Respecto a la equivalencia funcional entre el concepto de “indisponibilidad” y el de “inmovilización” de saldos de valores anotados, cfr. SÁNCHEZ GUILARTE “Pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, *cit.*, pág. 669.

par hypotheque”, que tiene su fundamento, como es sabido, en la “invisibilidad” de los gravámenes mobiliarios.

Siguiendo este razonamiento llegaríamos a establecer un total paralelismo entre el significado de la inscripción de la prenda de valores anotados y el desplazamiento posesorio en la “ordinaria” prenda de cosas muebles: la inscripción de la garantía no puede tener efectos de publicidad —los terceros no pueden conocer por los registros contables si existen o no cargas o gravámenes— pero sí crearía una situación de indisponibilidad impidiendo al pignorante transmitir los valores en perjuicio del acreedor. El artículo 10.2 LMV se entendería referido, en consecuencia, a la oponibilidad a terceros acreedores del dueño de los valores, no a terceros adquirentes de los mismos. Al no operar sobre el plano de la publicidad no podría, por tanto, evitar el juego del artículo 9.3 LMV, que permitiría la adquisición de los valores por un tercero de buena fe en el caso de que el propietario lograra que se diera curso a su orden de transferencia y se anotase la transmisión en la cuenta del tercero. Y, desde luego, sentadas tales premisas, sería preciso aceptar que la prenda de valores habría de provocar la indisponibilidad de los mismos. Si no fuera así, ¿qué entidad de crédito tomaría como garantía pignoratícia unos valores de los que el pignorante pudiera disponer libremente cuando, además, no podría hacer valer su derecho frente a terceros adquirentes de buena fe? La prenda de valores perdería gran parte de su virtualidad práctica si no existiera, para las entidades encargadas de la llevanza de los registros, el deber de no atender órdenes de transferencia sobre valores pignoralados (100).

58. La idea de que la prenda de valores anotados conlleva la indisponibilidad de los mismos por parte de su dueño presenta la ventaja de su sencilla instrumentación técnica —bastaría con inmovilizar los saldos de

(100) Sea como fuere, y creo que esta tesis no es acertada (vid. *infra* en el texto), siempre habría de quedar a salvo la posibilidad de que el acreedor consienta en la transmisión de los valores empeñados. En efecto, la inmovilización de los saldos de valores afectados al cumplimiento de la obligación garantizada jugaría en beneficio del acreedor pignoraticio; siendo así no parece hacer obstáculo para que el favorecido por el bloqueo de los valores renuncie válidamente a esta facultad —que sería equivalente al *ius retentionis* en la prenda ordinaria— y acepte que puedan transmitirse los valores representados por medio de anotaciones en cuenta. En estas condiciones y constatada la efectiva voluntad del acreedor, no existiría inconveniente para que la entidad encargada de los registros diera curso a la orden de transferencia emitida por el dueño de los valores. Sería cuestión que afectaría al acreedor pignoraticio poner en conocimiento del adquirente la existencia de una prenda sobre los valores al objeto de hacerla, así, oponible frente a él. En realidad, por tanto, no se trata de considerar intransmisibles los valores empeñados, sino de crear, en defensa de los intereses del acreedor, un estado de indisponibilidad que puede ser levantado por su voluntad. La situación sería así similar a la que expusimos en su momento con referencia a la prenda posesoria: se requerirá la colaboración del titular del derecho de prenda para que se pueda consumir la transmisión a terceros de los valores.

valores empeñados— y puede ser, creo, defendida dentro de las coordenadas ofrecidas por los artículos 5 a 12 de la LMV, sobre todo dado el tenor del artículo 10.1. Se trata, a mi juicio, de una tesis que no puede ser rechazada recurriendo simplemente a los argumentos derivados de la ley. Lo que no me parece acertado es fundamentar esta inmovilización en la necesidad de tutelar los intereses del acreedor pignoraticio; en este sentido, la argumentación que, en tono hipotético, hemos desarrollado en el párrafo anterior no resulta del todo convincente.

En efecto, la tesis de la indisponibilidad de los valores pignorados asume como premisa la posibilidad de que un tercero alcance a adquirirlos con desconocimiento del gravamen que pese sobre ellos y que, al hacerlo así, los adquiera libres de cargas, como puede suceder en la prenda posesoria o en la prenda sin desplazamiento de la posesión (*vid.* párrafo 56). Resultaría así que la prenda no sería oponible, lo que haría necesario —en interés del acreedor— vetar la posibilidad de que el dueño transmita los valores una vez empeñados. Pues bien, en mi opinión el razonamiento no es válido porque se apoya en una premisa a mi juicio errónea. Un tercero de buena fe no puede adquirir los valores empeñados como libres de cargas *precisamente por la ausencia de un sistema de publicidad*. En el caso de la prenda ordinaria el tercero adquiere en esas condiciones porque *confía en una situación objetiva de apariencia*: la posesión del transmitente. Frente a ella nada puede la existencia de una prenda, ya que este gravamen es invisible, no está “publicado”. Pero esto no sucede con los valores representados por medio de anotaciones en cuenta; el tercero que los adquiere puede estar seguro de que será protegido en cuanto titular de los valores (art. 9.3) porque, como vimos anteriormente (*supra*, parág. 34), si se produce la transferencia contable a su favor se crea una situación en la que el transmitente aparece como verdadero titular. Pero, en relación con la existencia de gravámenes, nada de esto ocurre con el tercero que adquiere valores empeñados; nada le indica que los valores no se encuentran pignorados —no hay ningún índice que manifieste que los valores estén libres de cargas (101)— por lo que no se genera ninguna confianza que merezca protección. Para que un derecho limitado de garantía no sea oponible a terceros es preciso que exista una situación de apariencia que justifique la confianza del tercero en la inexistencia del gravamen. No siendo así, la carga le será siempre oponible.

(101) Sería una evidente petición de principio afirmar que si los valores pueden inscribirse a favor de un tercero es porque se encuentran libres de cargas, de modo que se generaría una situación de apariencia que obligaría a considerar el gravamen como inoponible. Precisamente lo que se discute es si son o no transmisibles los valores mientras se encuentren empeñados.

59. El argumento decisivo para apoyar la tesis de la intransmisibilidad de los valores empeñados no se encuentra, por tanto, ni en la equiparación legal entre inscripción y desplazamiento posesorio ni en la consideración de dicha indisponibilidad como instrumento imprescindible para la tutela de los acreedores. El dato a tener en cuenta es, sencillamente, el de la inexistencia de un sistema de publicidad formal. En efecto, mientras no se arbitre —reglamentariamente o a iniciativa de las entidades encargadas de la llevanza de los registros contables— un sistema que permita a los terceros conocer si los valores que están en trance de adquirir se encuentran o no pignorados, la efectividad del sistema depende de que el titular no pueda transmitir los valores una vez empeñados. En efecto, ¿quién adquiriría valores sin saber si están o no gravados con prenda u otro derecho real limitado? La única posibilidad de que el sistema funcione pasa, indudablemente, por aceptar la idea de la intransmisibilidad de los valores dados en prenda; los terceros tendrían así la seguridad de que los valores adquiridos se encuentran libres de cargas (salvo que, por error, la entidad encargada de los registros hubiera dado curso, indebidamente, a la orden de transmisión).

60. Ahora bien, la ley no prohíbe que se instauren mecanismos capaces de hacer efectiva la publicidad formal. Si esto llegara a suceder no habría necesidad de formular el principio de la indisponibilidad de los valores empeñados. Como ya hemos manifestado, la equiparación legal entre inscripción de la prenda y desplazamiento posesorio no parece, por sí misma, suficiente para impulsarnos a afirmar que el dueño de los valores no puede disponer de ellos.

En mi opinión, la postura preferible pasa por considerar transmisibles los valores mientras están pignorados. Creo que es la opción menos restrictiva para las facultades del titular de los valores y, por tanto, la que debe adoptarse, si ello es posible. Y lo será en la medida en que llegue a establecerse un sistema que permita a los interesados cerciorarse de que los valores que están en trance de adquirir se encuentran libres de cargas o, en su caso, conocer los gravámenes que pesen sobre ellos (102). En estas

(102) A tal efecto podrían ser útiles los certificados a que se refiere el artículo 12.3 LMV. Estos documentos —que acreditan la legitimación para transmitir o para ejercitar los derechos— podrían incluir una mención referente a las cargas o gravámenes que pesaran sobre los valores a que se refieren. Si así fuera constituirían un instrumento informativo valioso para el buen desarrollo del tráfico. Ahora bien, los certificados emitidos por las entidades encargadas de la llevanza de los registros contables no conforman un verdadero sistema de publicidad formal; no son emitidos a petición de cualquier interesado y sólo pueden ser examinados por ellos si así lo quiere —y en la medida en que lo quiera— el titular de los valores; en realidad no son un mecanismo para hacer efectivamente público el contenido de los registros, a los cuales los terceros

circunstancias el tercer adquirente estaría seguro de que la prenda no inscrita no le será oponible —en realidad sería inexistente, ya que la inscripción es constitutiva— y el acreedor pignoraticio, por su parte, podría confiar en que, una vez inscrito su derecho, éste podrá ser hecho valer frente a cualquier adquirente. Naturalmente, ello supondría introducir en todo el sistema registral de anotaciones en cuenta un elemento o factor de complejidad nada despreciable, y puede que éste sea un argumento de peso considerable. Desde luego, de establecerse eficaces mecanismos de publicidad, la prenda de valores anotados se alejaría —al menos en este aspecto concreto— de la órbita de la prenda posesoria para pasar a girar en la de la hipoteca inmobiliaria, cuya disciplina resulta más sofisticada y compleja desde el punto de vista técnico pero también más satisfactoria en determinados aspectos.

Ahora bien, dejando de lado estas consideraciones acerca de lo que pudiera ser, mi opinión es que —tal y como está diseñado el régimen de anotaciones en cuenta en la LMV, esto es, sin previsión acerca de un auténtico sistema de publicidad— la seguridad, la certeza y, por tanto, la eficiencia del sistema, requieren considerar intransmisibles los valores empeñados.

III.4. EJERCICIO DE LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES A LOS VALORES PIGNORADOS

61. El tema del ejercicio de los derechos atribuidos por los valores es uno de los que más profundamente se verán influidos por las normas reglamentarias que han de disciplinar el funcionamiento y organización de los registros contables y, sobre todo, que han de regular las relaciones de las entidades encargadas de los mismos con los emisores y su intervención en la administración de los valores. Las relaciones entre los sujetos que intervendrán en el funcionamiento diario del sistema requieren, en efecto, una regulación mucho más detallada que la incipientemente diseñada en la LMV, sin perjuicio del campo que quede abierto a los convenios y arreglos que se alcancen entre los diferentes participantes (103). No obs-

no tienen acceso amparados simplemente en su interés; no son aptos, en consecuencia, para fundamentar una presunción de que el contenido de los registros es conocido por todos.

(103) Y, desde luego, la regulación de estas relaciones es muy necesaria dada la complejidad que, previsiblemente, alcanzará el sistema. Pensemos en el caso de los valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, que es cuando normalmente se empleará la modalidad de representación en anotaciones en cuenta. Además del titular de los valores y de la entidad emisora intervendrán, para la llevanza de los

tante, podemos ya aventurarnos a adelantar las reglas fundamentales que, probablemente, regirán el modo de ejercitar los derechos atribuidos por los valores y, especialmente, las modificaciones que supone la existencia de una prenda sobre los mismos.

62. Reparemos, en primer lugar, en la manera en que serán ejercidos los derechos de contenido económico o patrimonial: derecho al dividendo o a la percepción de intereses, derecho al reembolso del principal por amortización de los valores, derecho de suscripción preferente de acciones, derecho de conversión de obligaciones convertibles, derecho a la cuota correspondiente en caso de reducción del capital o disolución de la sociedad, etc.

Aunque la ley nada dice expresamente, lo previsible —y lo razonable— es que el ejercicio de estos derechos no se realice por el titular de los valores. Este no se dirigirá directamente a la entidad emisora para requerir el pago de los dividendos o de los intereses, ni para suscribir las acciones emitidas con ocasión de un aumento de capital o para reclamar el principal de una obligación vencida. Todas estas operaciones se realizarán a través de la entidad encargada de la administración de los valores, como se hace ahora con respecto a los títulos depositados en los Bancos. Por medio de sistemas informatizados y de interconexión electrónica se terminará por abonar en la cuenta de valores o de efectivo de los titulares los valores o dinero que hayan de recibir como consecuencia de su posición de socio, obligacionista, suscriptor de Deuda Pública...

Obsérvese que nos estamos refiriendo a derechos respecto a los cuales no es necesario determinar “cómo” han de ser ejercidos. No tienen modalidades en su ejercicio que, en algunos casos, se realizará automáticamente por parte de la entidad que administre los valores, por no requerirse para ello ninguna decisión o actuación positiva del titular: por ejemplo, cobro de intereses o dividendos, atribución gratuita de acciones con ocasión de un aumento de capital con cargo a beneficios o reservas, etc. Existen otros derechos, sin embargo, respecto a los que sí es preciso decidir su ejercicio: derecho de suscripción preferente de nuevas acciones cuando se requiera un nuevo desembolso por parte del socio, conversión de obligaciones y otros análogos. En estos supuestos, la entidad administradora de los va-

registros, el SCLV y las entidades adheridas. En las transmisiones de valores a título de compraventa deberá intervenir un miembro del mercado, que no necesariamente ha de reunir al mismo tiempo la condición de entidad adherida y, aun en el caso de que fuera así, podría no llevar la contabilidad del concreto valor transmitido. Por último, el titular de los valores podría haber designado una entidad al objeto de que administrara los valores representados mediante anotaciones en cuenta. La informática será la que permitirá que esta red de relaciones funcione y no se colapse, pero será precisa una detallada regulación de ciertos aspectos

lores habrá de solicitar del dueño instrucciones acerca de si desea ejercitar o no el derecho en cuestión; normalmente, la ausencia de cualquier manifestación en este sentido será entendida como una respuesta negativa. Así, por ejemplo, en el caso del derecho de suscripción preferente: si el titular de las acciones decide ejercitarlo, se le abonarán en cuenta los valores suscritos y deberá proceder al pago de los mismos; si no lo hace así, se venderán por su cuenta dichos derechos y se le abonará la cantidad obtenida.

63. En el caso de que los valores se encuentren empeñados, el principio general será que los resultados del ejercicio de los derechos atribuidos por ellos —consistan en valores o en dinero— se acreditarán a su titular y no al acreedor pignoraticio. Esto, desde luego, resulta claro en el caso de las acciones, ya que, salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los derechos del socio corresponde al titular de los valores (art. 72 LSA). Creo que el mismo criterio debe servir para otras clases de valores; independientemente de los pactos que pudieran existir entre acreedor y pignorante, el legitimado frente a la entidad emisora y, en su caso, frente a la administradora de los valores, será el propietario de los mismos.

64. Nos detendremos únicamente en el estudio del derecho a la percepción de prestaciones periódicas —intereses— y en el derecho al reembolso del principal en caso de amortización. En cuanto al primero, conviene dedicar algunas líneas de determinar cuál ha de ser el juego del artículo 1.868 CC en relación con los valores representados por medio de anotaciones en cuenta. Este precepto, como es sabido, dispone que “si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital”. La cuestión se centra en saber si el artículo 1.868 CC impone que los intereses pagados por la entidad emisora se abonen directamente en la cuenta del acreedor pignoraticio, a efectos de la compensación mencionada (104).

(104) En cuanto a los dividendos, la cuestión se plantea en otros términos dado el contenido del artículo 72 LSA. Esta norma, siguiendo con ello la pauta del antiguo artículo 42 LSA, atribuye al dueño de las acciones el ejercicio del derecho a percibir los dividendos pagados por la sociedad. Legitimado es únicamente el socio, salvo disposición contraria de los Estatutos. Todo ello sin perjuicio de que luego, dependiendo de la ordenación de las relaciones internas, el socio deba o no entregar al acreedor pignoraticio, en todo o en parte, lo obtenido. Sigo así la tesis que sostiene la necesidad de distinguir entre los aspectos relativos a la legitimación —concernientes a las relaciones entre acreedor pignoraticio y socio, por un lado, y sociedad, por otro— y los aspectos internos —que atañen a las relaciones entre pignorante y acreedor—. Los primeros son regulados directamente por el Derecho de sociedades y existe la posibilidad de que los estatutos se aparten del criterio legal; los segundos se rigen, en principio, por lo pactado

Desde mi punto de vista, es fundamental para resolver la cuestión no perder de vista que el artículo 1.868 CC está concebido partiendo del supuesto de que el acreedor pignoraticio es el poseedor de la cosa empeñada que produce intereses (105). El Código Civil sólo conoce la prenda con desplazamiento posesorio y, en tales circunstancias, lo lógico es que sea el acreedor quien perciba los frutos o intereses, debiendo entonces proceder a la compensación prevista en el artículo 1.868 CC. Obsérvese que este precepto no entrega al acreedor un derecho sobre los intereses, es decir, un derecho de prenda sobre ellos. Lo que impone es que si el acreedor percibe intereses —y en la medida en que los perciba— deberá compensarlos con los que se le deben; establece un mecanismo de extinción de la obligación por compensación basado en el hecho de la posesión de la cosa por el acreedor. Pero no extiende la garantía a los frutos o intereses.

Por tanto, el artículo 1.868 CC sólo es aplicable si el acreedor percibe, efectivamente, los intereses producidos por la prenda, lo que será lo normal en el caso de prenda con desplazamiento posesorio. Pero si no los percibe —por no ser el poseedor, por ejemplo— no tiene ningún derecho a reclamarlos. Y, no siendo de aplicación el artículo 1.868 CC, habrá que estar a la regla general enunciada por el artículo 1.870: el derecho del acreedor es un derecho de garantía que no atribuye la facultad de usar o disfrutar de las cosas empeñadas salvo autorización del dueño. Y es que, en definitiva, si se produce una compensación entre los intereses percibidos y los que se deben es porque, en realidad, el acreedor estaría obligado a entregar los primeros al dueño. La ley únicamente permite una compensación entre el crédito del acreedor por los intereses de la obligación garantizada y su deuda por la devolución de los intereses producidos por la prenda y percibidos por él. Consecuentemente, cuando la posesión del objeto pignorado no corresponde al acreedor pignoraticio, la compensación anticrética no es un elemento natural de la prenda —no entra un juego el artículo

y, en su defecto, por lo dispuesto en la ley. Cfr., sobre esta cuestión, RUBIO *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3.^a ed., Madrid, 1974, pág. 121; DE LA CÁMARA. “El usufructo de acciones de Sociedades anónimas en el anteproyecto argentino de la Ley General de Sociedades”, *RDM*, 1971, págs. 13-18, GARCÍA CANTERO “Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva ley de régimen jurídica de las Sociedades Anónimas”, *ADC*, 1962, pág. 1193, GIL RODRÍGUEZ *Usufructo de acciones. Aspectos civiles*, Madrid, 1981, pp. 80-98. En contra, URÍA, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, 3.^a ed., Madrid, 1976, pág. 494, para quien el artículo 42 LSA antes vigente derogaría, en este punto y caso de existir incompatibilidad entre ambas normas, el artículo 1.868 CC.

(105) Sobre la polémica cuestión de si el artículo 1.868 CC es aplicable a los frutos naturales o sólo a los intereses en sentido estricto, *vid.* GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, págs. 438-442; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ “La prenda de cosa fructífera y el artículo 1.868 del Código Civil”, *RCDI*, 1989, págs. 1096-1104.

1.868 CC— aunque puede derivarse de un pacto en tal sentido. Creo que el criterio es claro: los rendimientos —en nuestro caso intereses— del objeto pignorado no se comprenden en la garantía, sino que pertenecen al dueño de las cosas empeñadas (106). Cuando éstas se encuentran en poder del acreedor pignoraticio la ley presupone la voluntad de compensar sus frutos con los intereses debidos, dejando a salvo la posibilidad de pactar otro régimen. Cuando, por el contrario, el acreedor no es simultáneamente poseedor —como ocurre en el caso de los valores anotados— la compensación anticrética sólo opera por voluntad de las partes (107).

Dadas estas premisas, creo que la cuestión se plantea del modo siguiente. En principio, la entidad administradora de las carteras de valores habrá de abonar los intereses en la cuenta de su titular. De acuerdo con el sistema legal, que hemos expuesto hace un momento, los rendimientos de los valores no corresponden al acreedor pignoraticio, quien no tiene en su poder las cosas empeñadas según exige, implícitamente, el artículo 1.868 CC. Naturalmente, acreedor y dueño de los valores podrán convenir que los rendimientos derivados de los objetos empeñados correspondan al acreedor al objeto de compensarlos con los debidos o, en su caso, con el principal de la obligación garantizada. Tal pacto tendría eficacia *inter partes*; para hacerlo oponible a la entidad que actúe como administradora de los valores sería necesario comunicárselo, de tal manera que, en virtud de las instrucciones recibidas, pudiera distribuir los intereses de la manera pactada (108). Sólo mediando tal comunicación se abonarían los intereses al acreedor pignoraticio.

(106) A este respecto es interesante recordar el criterio seguido por el artículo 49 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión (LHM). Este precepto, al regular la hipoteca de propiedad industrial e intelectual, establece que “el acreedor que en virtud de pacto adquiera la facultad de cobrar el importe de los derechos del titular, en su totalidad o en determinada proporción, imputará las sumas percibidas al pago de intereses, y en lo que excediere, a la amortización del capital. A estos fines, el citado pacto deberá notificarse auténticamente a la Sociedad de Autores”. *Vid.* en concordancia con este precepto, el artículo 22 del Reglamento de la LHM aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 y los artículos 53 y 74 de las Leyes de Propiedad Intelectual y de Patentes, respectivamente. Sobre esta cuestión, en general, cfr. GÓMEZ-ACEBO SANTOS. “La hipoteca de propiedad intelectual y propiedad industrial”, *AAMN*, t. XI, 1961, págs. 175 y sigs.; AMORÓS GUARDIOLA. en los *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* coordinados por BERCOVITZ, R., Madrid, 1989, págs. 819-825.

(107) Obsérvese que la tesis que mantenemos es también aplicable, en cuanto a las relaciones internas acreedor/pignorante, a las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. Para las representadas por medio de títulos, aunque es un tema discutible, parece que el artículo 1.868 CC obligaría al socio a entregar al acreedor pignoraticio los dividendos percibidos, salvo que se hubiera pactado otra cosa en el título constitutivo de la prenda.

(108) También en esta dirección apunta el último inciso del artículo 49 LHM, ya conocido, al exigir que el convenio se notifique a la Sociedad de Autores a estos fines,

65. En cuanto al reembolso del principal, creo que el criterio debe ser algo diferente. En mi opinión ha de entrar en juego el mecanismo de la subrogación real: si los valores son amortizados con anterioridad a la exigibilidad de la obligación garantizada —por sorteo, por opción del titular o, simplemente, por vencimiento del plazo— la prenda se extenderá al capital devuelto por el emisor. Así pues, el importe líquido recibido como consecuencia de la amortización habrá de mantenerse bloqueado y afectado al cumplimiento de la obligación asegurada sin que, en principio, pueda ser entregado al titular de los valores. La inmovilización de los saldos de valores anotados se trasladará, así, a los saldos de efectivo provenientes de la amortización (109). En consecuencia, y siempre que la entidad administradora de los valores tenga conocimiento —como tendrá— de la constitución de la prenda, deberá abstenerse de abonar el importe de la amortización de los valores a su titular de modo que éste pueda disponer de ellos. Los fondos deberán ser depositados en una cuenta de la que no podrá disponer el deudor sin consentimiento del acreedor.

66. Naturalmente, los valores también pueden atribuir a sus titulares derechos que éstos ejercerán directamente frente a la entidad emisora. Se tratará, básicamente, de los llamados derechos políticos o administrativos, como los de asistencia y voto en Junta General, el de información, el de voto en la Asamblea general de obligacionistas, el de impugnación de acuerdos sociales, etc..

Para el ejercicio de estos derechos el titular de los valores podrá valerse de los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables. Estos certificados —que, recordemos, no representan ni incorporan el valor— son documentos probatorios que acreditan y evidencian

es decir, para la efectividad del pacto que atribuya al acreedor la facultad de cobrar lo producido por los derechos pignorados. Hay que tener en cuenta, como precisión, que la Sociedad General de Autores de España (SGAE) ejerció un monopolio de hecho en la gestión en forma colectiva de los derechos de autor hasta la promulgación de la Ley de 24 de junio de 1941, que lo convirtió en monopolio legal. La vigente Ley de Propiedad Intelectual rompe con el sistema de monopolio legal, aunque el establecimiento y funcionamiento de las entidades de gestión de los derechos de explotación u otros de carácter patrimonial de los autores siguen sometidos a un fuerte control administrativo (arts 132 a 144 LPI).

(109) Este parece ser el criterio seguido por el artículo 17 de la Orden de 19 de marzo de 1987 y por la norma sexta de la Circular del Banco de España número 16/1987, de 19 de mayo, con referencia a la Deuda Pública anotada. También se sitúan en esta línea el artículo 5 LHM y el artículo 40 LCS, que se refieren a las indemnizaciones que correspondan por razón de los bienes hipotecados o pignorados. En efecto, la idea fundamental es que el asegurador —una vez que le ha sido comunicada la existencia de la prenda— no puede pagar la indemnización al propietario de los bienes, sino que ha de depositar su importe con arreglo a lo convenido por los interesados y, no habiendo acuerdo, en la forma dispuesta por los artículos 1.176 y siguientes del CC.

el contenido de los asientos contables. Valen en cuanto se corresponden verazmente con las anotaciones registrales.

Aunque el sistema aún no es operativo, parece que lo previsible es que estas certificaciones indicarán el derecho para cuyo ejercicio se emiten y que no podrán ser utilizadas para diversos actos de ejercicio del mismo derecho. La primera idea puede encontrar apoyo en el artículo 12.3 LMV, que prohíbe expedir para los mismos valores y para el ejercicio de los mismos derechos más de un certificado. Es posible entender que la ley da por supuesto que *sí* pueden emitirse varios certificados para los mismos valores siempre que se refieran al ejercicio de derechos diferentes. A mi juicio, como digo, esto será lo normal; téngase en cuenta, por ejemplo, que puede interesar ejercitar diversos derechos simultáneamente. En cuanto a la cuestión de si los certificados pueden servir para una pluralidad de actos de ejercicio del mismo derecho, también se puede encontrar algún indicio en la ley que arroja algo de luz sobre el asunto. El inciso final del artículo 12.4 LMV, en efecto, dispone que la obligación de restituir el certificado para que se dé curso a la inscripción de transmisiones o gravámenes decae cuando aquél haya quedado privado de valor. Creo posible deducir de esta norma que la ley —sin llegar a prohibir lo contrario— considera como supuesto normal que los certificados se expidan para un concreto acto de ejercicio del derecho o/y con una vigencia temporal determinada, de modo que llegado cierto momento queden privados de valor. Las necesidades de agilidad del sistema pueden aconsejar también esta solución, en cuanto evita a los emisores la engorrosa tarea de retirar los certificados expedidos y de comprobar, antes de dar curso a las órdenes de transmisión o de constitución de gravámenes, que se han devuelto los certificados expedidos.

Pues bien, el principio general señala que si los valores se encuentran pignorados el legitimado para ejercitar los derechos administrativos es el propietario de los mismos. Ello es claro para el caso de las acciones (art. 72 LSA), pero idéntico criterio debe ser seguido para otros valores que pudieran conferir derechos de esta naturaleza. La entidad emisora admitirá a la Junta General y aceptará el voto de quien presente un certificado que lo acredite como titular de los valores (110). Y recordemos, a este respecto,

(110) En este sentido, y con expresa mención a las acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta, el artículo 104 LSA prevé la eficacia legitimadora frente a la sociedad del documento que acredite que las acciones se encontraban inscritas a nombre de su titular con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la Junta. Sin duda este documento a que hace referencia la LSA coincidirá —para el caso de los valores anotados— con los certificados acreditativos expedidos por las entidades encargadas de los registros.

Por otra parte, es también posible —y no será infrecuente— que los accionistas deleguen el voto en las entidades que administren los valores o en las que lleven los

que para que la atribución de derechos del accionista al acreedor pignoraticio surta efectos frente a la sociedad debe haberse establecido explícitamente en los Estatutos, sin que sea suficiente que se establezca en el título constitutivo de la prenda. Si ello sucediera, la sociedad no admitiría el voto del propietario de las acciones y, por tanto, socio, sino de quien presentara un certificado acreditativo de su condición de titular de un derecho de prenda sobre las mismas. Por supuesto, para el correcto funcionamiento del sistema sería aconsejable que en los certificados expedidos al titular de los valores se hagan constar los vínculos o gravámenes que pesen sobre ellos.

III.5. LA ADQUISICIÓN "A NON DOMINO" DEL DERECHO DE PRENDA

67. En mi opinión, debe entenderse que la adquisición del derecho de prenda *a non domino* es posible en los mismos términos en los que lo sea la del derecho de propiedad. En efecto, parece posible interpretar el artículo 464 CC en el sentido de que el adquirente de buena fe de la posesión de una cosa mueble —no perdida ni de la que el dueño haya sido privado ilegalmente— adquiere por ello automáticamente el derecho en cuyo concepto la recibe. Si recibe la cosa mueble como acreedor pignoraticio adquirirá, en consecuencia, el derecho real de prenda (111).

registros contables. A este hecho se refiere el artículo 107 LSA que impone una serie de garantías y requisitos para el caso de que se produzca una solicitud pública de representación, lo que se presume cuando una misma entidad ostente la de más de tres personas. No obstante, hay que advertir que las Sociedades y Agencias de Valores que lleven los registros contables por cuenta del emisor o presten servicios de administración de valores no podrán en ningún caso, "recibir la delegación de los derechos políticos de los valores afectados, ejercer éstos o solicitar su delegación a favor de terceros" (art. 72.2 LMV). La coordinación entre el contenido del artículo 72 LMV y del artículo 107 LSA es posible si se tiene en cuenta que no sólo las Sociedades y Agencias de Valores están autorizadas para asumir la administración de valores anotados (*vid.* art. 76.2 LMV en relación con el art. 71 1.ª LMV) o para participar en la llevanza de los registros contables (entidades adheridas al SCLV o entidades gestoras de Deuda Pública anotada) siempre, en este último caso, que no se trate de valores no admitidos a negociación en mercados oficiales.

(111) Cfr. ALBALADEJO *Derecho civil*, cit., pág. 255; GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, págs. 391-392; SANCHEZ REBULLIDA, en *Elementos de Derecho civil*, cit., pág. 151; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II, 2.ª, 13.ª ed. (puesta al día por MARÍN PÉREZ), Madrid, 1986, pág. 495; PEÑA "Notas sobre las adquisiciones 'a non domino' del usufructo y sobre muebles y de la prenda", *RCDI*, 1952, págs. 745-753. Este último autor se ocupa brevemente de determinar si se podría adquirir *a non domino* el derecho real de prenda en virtud del artículo 85 CCo, pronunciándose —aunque no de modo tajante— por la respuesta negativa. A mi juicio, la cuestión es de solución difícil. Es cierto que parece absurdo negar la posibilidad de adquirir un derecho real limitado en las circunstancias en que el ordenamiento admite y protege la adquisición de la plena

68. En el ámbito de los títulos-valores, por otra parte, el artículo 545 CCo parece también extensible a la transmisión del título a efectos de garantía. Será posible, por tanto, la adquisición *a non domino* de un derecho de prenda sobre títulos al portador. Me atrevería incluso a afirmar lo mismo, siguiendo el mismo cauce interpretativo, de los títulos cambiarios (*vid.* arts. 19, 96 y 127 LCCh) y de las acciones nominativas en la medida en que les es aplicable buena parte de la disciplina del endoso cambiario (art. 56.2 LSA). Idea que queda además reforzada por la existencia de una norma genuinamente mercantil que consagra la posibilidad de adquirir *a non domino* el derecho de prenda: el artículo 324 CCo consagra, en efecto, la irreivindicabilidad —mientras no sea reembolsado el acreedor pignoraticio— de los valores empeñados de acuerdo con los artículos 320 y siguientes, esto es, básicamente, cuando el préstamo o apertura de crédito de que se trate consten en póliza intervenida o escritura pública (112).

69. Hay que precisar, no obstante, que el artículo 324 CCo impide al titular desposeído reivindicar los valores empeñados “mientras no sea reembolsado al prestador”. *A contrario*, el titular desposeído podrá recu-

titularidad dominical. Pero no lo es menos que el artículo 85 CCo habla específicamente de “compra”, “comprador” y “objetos vendidos”. Por otra parte, obsérvese que en el artículo 85 CCo, es fundamental la situación de apariencia creada por la apertura de una tienda al público y nótese también como esa apariencia deriva igualmente de la existencia de rútolos o títulos en el mismo local o de la inclusión de avisos en la prensa. Es decir, la ley ampara al que compra en un establecimiento de este tipo, dedicado a la venta al público y donde se realizan constantemente estas transacciones. Los compradores pueden dar por sentado que las mercancías que allí se venden son propiedad del comerciante sin necesidad de mayores indagaciones que serían perturbadoras para el comercio. Pero no es tan claro que esta misma argumentación valga si lo que se hace es constituir una prenda; parece que de la filosofía del precepto debe deducirse que sólo quedaría protegido el acreedor pignoraticio si la prenda se constituyera en un establecimiento abierto al público y donde habitualmente se empeñaran las cosas que en él se encuentran, lo que, desde luego, no será demasiado frecuente. Creo que en el mismo sentido apunta el artículo 464.4 CC, que habla precisamente del comerciante que se dedique habitualmente al tráfico de objetos análogos. En efecto, la prescripción de derecho del artículo 85 CCo —interpretado a la luz del art. 464.4 CC, como parece obligado— no se produce sobre cualquier cosa mueble calificable de mercancía, sino sobre aquellas que entren habitualmente en la actividad del comerciante u otras análogas. Si esto es así, mucho menos se podrá adquirir el derecho de prenda sobre mercancías cuando el negocio de constitución no entre en sí mismo en el tráfico habitual del comerciante. Por su parte, MELÓN INFANTE (*La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, 1958, págs. 117-119) se pronuncia claramente por considerar que el artículo 85 CCo ampara la adquisición *a non domino* de derechos reales limitados.

(112) Cfr. GARRIGUES *Contratos bancarios*, cit., pág. 314, en nota, que consideraba el artículo 324 CCo como un caso particular de aplicación de la regla del artículo 545.3 CCo. Naturalmente, esta afirmación se formulaba a la vista de la antigua redacción de ambos preceptos, cuando el artículo 324 se refería exclusivamente a los títulos al portador.

perar las cosas haciendo valer su derecho de propiedad si previamente satisface al acreedor pignoraticio el importe de su crédito. ¿Quiere esto decir que no se produce una verdadera adquisición *a non domino* del derecho de prenda? A mi juicio, el derecho real se adquiere aunque el constituyente de la garantía no sea el verdadero dueño de las cosas. Al conceder la posibilidad de recuperar los valores empeñados previo reembolso no se está negando la existencia de un derecho de prenda a favor del acreedor sino, precisamente, enunciándose una característica de la prenda. En efecto, si el artículo 320 CCo permite a los acreedores disponer de los valores satisfaciendo el crédito por ellos asegurado, parece lógico que semejante posibilidad se reconozca al dueño desposeído que, después de todo, sigue siendo titular del dominio si bien limitado por un derecho de garantía. En el mismo sentido apunta el artículo 918 CCo cuando permite a la representación de la quiebra traer a la masa las cosas pignoradas si se satisface íntegramente el crédito a cuyo cumplimiento estuviesen afectadas. Incluso se puede mencionar, en apoyo de esta idea, el contenido del párrafo 3.º del artículo 464 CC. Esta norma reconoce al dueño —se entiende que es persona distinta a quien las pignoró— la posibilidad de obtener la restitución de las cosas empeñadas en Montes de Piedad si se reintegra la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En otras palabras, la posibilidad concedida al titular de las cosas pignoradas de recuperar la posesión y disponibilidad de las mismas librándolas del gravamen mediante el pago del crédito garantizado no es excepcional, sino que se encuadra perfectamente dentro del funcionamiento de la prenda en nuestro Derecho. Lo cual reafirma la idea de que, efectivamente, el acreedor puede adquirir un derecho de prenda *a non domino*. Si no hubiese adquirido tal derecho simplemente habría de sufrir la acción reivindicatoria del propietario (113). Precisamente el hecho de que pueda, como cualquier acreedor pignoraticio, retener la cosa en su poder mientras no le sea reembolsado el crédito demuestra su condición de titular del derecho de garantía.

(113) Como es sabido, cuando no se reúnen las condiciones para la adquisición *a non domino*, el propietario puede reivindicar las cosas allí donde se encuentren. La única salvedad a esta regla se produce cuando, a pesar de haber sido la cosa extraviada o de haber sido el dueño privado de ella ilegalmente, el tercero la adquiere en venta pública (art. 464.2 CC). En tal caso el propietario, para recuperar la cosa ha de reembolsar al adquirente el precio pagado por ella. Esta hipótesis no coincide, desde el punto de vista jurídico-formal, con la del dueño que paga al acreedor pignoraticio el importe de su crédito para recobrar las cosas que éste recibió en prenda, ya que precisamente porque se produzca el efecto dispuesto en el artículo 324 es necesario que se haya adquirido tal derecho. Ahora bien, desde la óptica de su función, ambas normas son manifestación de una decidida voluntad de proteger los intereses de los terceros.

70. Hemos de destacar, no obstante, que desde nuestro punto de vista la nueva redacción del artículo 324 CCo no ha sido capaz de hacer perfectamente compatible y congruente dicho precepto con la nueva disciplina dictada para ciertos tipos de valores. Así, la exigencia de que el préstamo o apertura de crédito conste en póliza intervenida por Corredor o en escritura pública *como condición para la irreivindicabilidad* ha de ser cuidadosamente precisada. En este sentido, hay que empezar por decir que el régimen previsto en el artículo 324 CCo no es directamente aplicable a los títulos al portador, ya que respecto a éstos la adquisición *a non domino* del derecho de prenda se efectuará en los términos del artículo 545 CCo, esto es, sin necesidad de intervención de Corredor Colegiado o autorización de Notario. Sería absurdo que la adquisición *a non domino* del dominio se produjera al obtener la posesión de buena fe y sin culpa grave y que la adquisición de la prenda requiriera mayores formalidades. La norma del artículo 545, dictada exclusivamente para los títulos al portador, es norma especial y su aplicación debe excluir la del artículo 324 en su ámbito propio y específico (114).

Tratándose de acciones nominativas tampoco será precisa la intervención de estos fedatarios públicos para asegurar la adquisición por el acreedor de un derecho real de prenda. Bastará con la existencia de una serie ininterrumpida de endosos, el último de los cuales sea en garantía, que justifique su derecho.

Por último, y además, tampoco puede ser de aplicación el artículo 324 CCo —en cuanto a los requisitos de irreivindicabilidad, repito— a los valores representados mediante anotaciones en cuenta (115). La disciplina de los valores anotados, en efecto, se encuentra en los artículos 5 a 12 LMV, muy especialmente además en lo referente a su transmisión y a la constitución de derechos reales sobre los mismos. Al igual que ocurre con los títulos al portador, la existencia de un régimen específico impide la aplicación de una norma cuyo campo de aplicación es general (aunque, como veremos más adelante, las excepciones casi han vaciado de contenido a la regla).

(114) No estará de más recordar que la disposición adicional 3.^a de la LMV ha restringido la necesidad de intervención de fedatario público en la suscripción o transmisión de valores al caso de títulos al portador transmitidos o suscritos sin participación o intervención de una Sociedad o Agencia de Valores. Respecto a la constitución de garantías reales sobre valores, su validez no estuvo nunca condicionada —ni lo está ahora— a la intervención de fedatario público, independientemente de los efectos que la constancia de la prenda en documento público podía tener a efectos de la oponibilidad de la garantía a terceros, cuestión en la que la prenda de valores no presentaba ninguna particularidad respecto a la de las demás cosas muebles.

(115) En contra, expresamente, MADRID PARRA. "La circulación de valores al portador y de los anotados en cuenta" *cit.*, págs. 100-101 y nota 215.

Conviene no olvidar, a este respecto, que el artículo 324 CCo —en su anterior redacción— se encontraba estrechamente vinculado con el antiguo artículo 545 CCo, que proclamaba la irreivindicabilidad de los títulos al portador si su transmisión se realizaba en Bolsa con intervención de Agente colegiado y, donde no lo hubiera, con intervención de Notario o Corredor (116). Y hay que ser conscientes de ello porque mientras tal condición ha desaparecido del artículo 545 CCo, el artículo 324 CCo —que ya no contempla exclusivamente los títulos al portador— ha mantenido la referencia a la necesidad de formalización pública de la prenda. Estos antecedentes explican la incongruencia actual del precepto con la disciplina vigente de los títulos al portador y, por añadidura, con la de los valores anotados. Por ello hay que considerarlo no aplicable a estas clases de valores en cuanto a las condiciones para la irreivindicabilidad. Tanto más cuando se tiene en cuenta que si el artículo 324 CCo fuera aplicable a los títulos al portador y a los valores representados por medio de anotaciones contables lo sería sólo a los admitidos a negociación oficial; resultaría entonces que sobre los que no lo estuvieran se podría adquirir *a non domino* un derecho de prenda con menores garantías que sobre los admitidos a negociación, conclusión que por carecer de justificación debe ser rechazada y, con ella, la hipótesis que sirvió de punto de partida.

71. Ahora bien, el artículo 324 CCo resulta aplicable en relación con los valores nominativos diferentes de las acciones. En principio, sería también aplicable a los valores emitidos a la orden, pero en la práctica ésta será una hipótesis muy infrecuente. La emisión a la orden es, en la vida del tráfico, prácticamente exclusiva de los efectos de comercio (117). Sin embargo, y por otra parte, sienta un principio que creo que tiene validez en todo caso: si el dueño desposeído satisface el crédito para cuya garantía se empeñaron los valores, podrá obtener la restitución de los mismos. Y este principio me parece, como digo, congruente con el resto de la disciplina de la prenda, que permite a terceros —los acreedores, involucrados o no en un procedimiento concursal— recuperar la posesión de las cosas empeña-

(116) Norma que, a decir verdad, no dejaba muy claro si la irreivindicabilidad se producía *ratione loci*, esto es, por tratarse de negociación en Bolsa, con intervención de Agente y, donde no lo hubiere (Agente y no Bolsa), con la de Corredor o Notario —y entonces la negociación extrabursátil no llevaría aparejada irreivindicabilidad aun cuando hubiera intervenido fedatario público— o por razón de la intervención de fedatario —y entonces, al no haber en ellas Agentes, el efecto de la no reivindicabilidad se produciría también en operaciones realizadas en plazas no bursátiles con intervención de Notario o Corredor—. Posiblemente la interpretación mejor aceptada fuera esta última.

(117) Tan es así que si recordamos la antigua redacción del artículo 321 CCo observaremos cómo sólo tenía presentes los títulos nominativos y los emitidos al portador. *Vid.* GARRIGUES *Contratos bancarios*, cit., págs. 310-311.

das liberándolas del vínculo de indisponibilidad que pesase sobre ellas (cfr. arts. 320 y 918 CCo). Por lo demás, el principio no se encuentra enunciado sólo en el artículo 324 CCo, sino también en el artículo 464.3 CC (118).

72. Planteada así la cuestión, podemos ahora ocuparnos de los aspectos más relevantes de la adquisición *a non domino* de la prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta. Desde mi punto de vista, la posibilidad de tal hecho debe ser admitida con los mismos límites que para la irreivindicabilidad derivan del artículo 9.3 LMV. En otras palabras, si en ciertas condiciones es posible que un tercero adquiera, de quien aparece legitimado en los registros contables, un derecho real pleno, tanto más será posible que adquiera un derecho limitado —como el de prenda— en idénticas circunstancias. El centro de nuestro análisis debe venir constituido, por tanto, por el artículo 9.3 LMV, cuyo sentido genérico y posibilidades de compatibilización con la ausencia de publicidad de los registros fue tratado anteriormente.

73. El estudio del párrafo 3.º del artículo 9 LMV pongo de manifiesto que los requisitos de la adquisición *a non domino* de un dercho de prenda sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta son las siguientes:

PRIMERO.—El adquirente debe ser un tercero; ello significa, en pocas palabras, que debe tratarse de un sujeto ajeno a los actos o contratos que determinan, condicionan o excluyen la titularidad de su transferente.

(118) Es cierto que esta disposición se refiere exclusivamente a las cosas empeñadas en los Montes de Piedad, lo que podría llevar a pensar que sienta un principio excepcional y que la norma general se traduce en la imposibilidad de recuperar la cosa de manos del acreedor, aun reembolsando el crédito. Desde luego, las interpretaciones *a contrario* son siempre peligrosas e inseguras; en concreto, podría por el mismo cauce deducirse que el artículo 464.3 supone una excepción —establecida en beneficio de los Montes de Piedad— al principio de que el derecho de prenda no puede ser adquirido *a non domino*. En realidad, me parece más seguro aceptar que el principio que sienta el párrafo 3.º del artículo 464 CC responde a los principios generales en cuanto a la posibilidad de adquirir la prenda *a non domino* y en cuanto a la posibilidad de recuperar las cosas pignoradas reintegrando la cantidad del empeño y los intereses vencidos. La excepcionalidad del artículo 464.3 CC, si existe, estriba en que se refiere a todas las cosas, esto es, incluso a las extraviadas o a aquellas otras de las cuales su dueño hubiera sido privado ilegalmente. Es decir, la norma que comentamos lo que establece es que los Montes de Piedad pueden adquirir *a non domino* el derecho de prenda incluso en los supuestos de pérdida o privación ilegal, hipótesis en las que —según el principio general— la irreivindicabilidad no se produce (cfr. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 392; PEÑA “Notas sobre las adquisiciones ‘a non domino’...”, *cit.* pág. 747-748, quien aduce, además, que esta interpretación está de acuerdo con los antecedentes de la norma: el art. 26 de los Estatutos del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid, aprobados por Real Decreto de 13 de julio de 1880).

SEGUNDO.—El acto de constitución de la garantía ha de ser, en sí mismo válido. El artículo 9.3 sana o suple la falta de titularidad del pignorante, pero no la invalidez del acto de adquisición del derecho de prenda.

TERCERO.—La prenda ha de resultar inscrita en los registros contables. En otro caso no se habría perfeccionado el proceso adquisitivo del derecho; no existirían más que relaciones personales entre pignorante y acreedor, sin relevancia real. Para que el tercero resulte protegido es preciso no sólo que concurra un título válido, sino que éste vaya acompañado de un modo transmisivo que consume la adquisición del derecho real de prenda: la inscripción de la garantía.

CUARTO.—Ha de adquirirse de la persona que, según los asientos de los registros contables, aparezca legitimada para constituir la garantía. Este requisito habrá de darse siempre que concurra el tercero, salvo error en la llevanza de los “libros” (119).

QUINTO.—El requisito de la onerosidad debe entenderse cumplido, desde luego, cuando la propia constitución de la prenda se conceptúa y configura como una condición de la operación garantizada (bien de la conclusión de la misma, bien del contenido de sus estipulaciones); es decir, cuando existe un evidente aspecto de corresponsabilidad. En la medida en que el otorgamiento de la garantía no supone una atribución patrimonial gratuita, sino *a cambio* de otra prestación u obligación, la onerosidad queda asegurada. Por el contrario, la constitución de la prenda se entenderá efectuada a título gratuito si se asegura con ella el cumplimiento de una donación o, en general, de negocios en los que no sea posible apreciar la existencia de un sacrificio económico por ambas partes (120).

(119) En tal supuesto —inscripción de la prenda sin que el pretendido pignorante fuera titular registral— no se produciría la adquisición *a non domino*, si bien sería posible exigir de la entidad encargada de los registros responsabilidades por los daños que pudiera haber causado con su negligencia.

(120) Alguna duda podría plantearse cuando la prenda se otorgue en seguridad de la obligación de restituir la cantidad prestada. En este caso, se puede aducir, el mutuante no contrae obligación alguna —el préstamo es contrato unilateral—, luego no hay contraprestación de la constitución de la prenda. La objeción sería, sin embargo, puramente formal. Dejando aparte el hecho de que la idea del préstamo como contrato real va siendo matizada progresivamente, lo cierto es que para la existencia de sinalagma no es indispensable que las obligaciones nazcan simultáneamente, existan un cierto tiempo y luego se cumplan. Lo importante es que existan prestaciones recíprocas; la del prestamista concurre a perfeccionar el contrato —según la doctrina más tradicional y el pensamiento de los Códigos Civil y de Comercio—, pero ello no quiere decir que no funcione como correspondiente de la constitución de la prenda cuando esta atribución ha sido considerada por las partes como condición para la formalización del contrato o para su conclusión en determinadas condiciones.

SEXTA.—Se deduce, por último, del artículo 9.3 LMV que el tercero, para resultar protegido, ha de haber actuado, en el momento de la adquisición, sin mala fe o culpa grave (121). Es curioso observar cómo el precepto que nos ocupa no habla de buena fe (al contrario, por ejemplo, que el art. 34 LH, el art. 464 CC o, incluso, el art. 19.2 LCCh).

Al incluir en la fórmula empleada una referencia a la culpa grave se ha querido, a mi juicio, introducir la exigencia de una conducta mínimamente racional y diligente. Es decir, se pretende que el desconocimiento o la ignorancia de la ausencia de titularidad en el pignorante sean excusables de acuerdo con un “standard” mínimo de diligencia, o sea, de acuerdo con el nivel de diligencia con el que cualquier persona se comporta (122). En este sentido, el concepto de buena fe había ya sido vinculado frecuentemente por la doctrina en otros ámbitos al desarrollo de un actuar razonablemente diligente.

Creo, por tanto, que el propietario sobre cuyos valores se haya constituido la garantía podrá “reivindicarlos” si alcanza a demostrar que el tercero conocía la falta de titularidad del transmitente (mala fe) o que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocerla (culpa grave). De todas formas, se me plantean dudas acerca de si la ausencia de mala fe equivale a buena fe o existe entre estas dos posibilidades de comportamiento un ámbito que no puede ser cubierto por ninguna de ellas. En concreto, me pregunto por el caso del tercero que se encuentre en un estado de duda sobre la titularidad del pignorante; es evidente que no se puede considerar exactamente de buena fe. Pero es también cierto que el artículo 9.3 LMV no exige buena fe, sino ausencia de mala fe. ¿Puede considerarse que obra con mala fe el que adquiere teniendo dudas acerca del derecho del transmitente? En mi opinión, el uso por la ley de la expresión mala fe en lugar de la tradicional de buena fe no puede dejar de tener algún sentido, y sería, precisamente, el que venimos apuntando. Al hablar de mala fe se reduce el nivel de exigencia ético exigible en el estado cognoscitivo del tercero; se amplía el campo de protección a todos aquellos supuestos en que no siendo pro-

(121) La norma aclara que la ausencia de mala fe o culpa grave debe darse en el momento de la adquisición, esto es, en nuestro caso, en el momento en que se inscriba la prenda en la cuenta correspondiente. Por tanto, el descubrimiento posterior de la inexactitud del registro no afectará a la solidez del derecho del tercero (*mala fides superveniens non nocet*).

(122) Creo que éste es también el sentido de la norma del artículo 545 CCo, que tutela la adquisición del tercero “de buena fe y sin culpa grave”.

piamente de buena fe tampoco se pueda demostrar que obrara con pleno conocimiento del perjuicio del verdadero titular. A esta conclusión es obligado llegar, creo, por la especial dicción del artículo 9.3 LMV, cuya referencia a la mala fe no puede ser casual, sobre todo cuando la propia LMV, al dar nueva redacción al artículo 545 CCo, utiliza la expresión “buena fe”. Así pues, la fórmula empleada reduce el canon de exigencia mínimo en el plano psicológico para ser merecedor de tutela y, sin embargo, se ocupa de precisar la necesidad de un comportamiento mínimamente diligente.

74. Por último, debemos retomar la cuestión que dejamos enunciada y casi resuelta anteriormente. ¿Es aplicable la posibilidad de recuperar los valores que contempla el artículo 324 CCo? Y, en caso de respuesta afirmativa, ¿en qué condiciones? Como ya dije en su momento, me parece que el criterio perceptible tanto en el artículo 324 CCo como en el artículo 464.3 CC indica que el propietario desposeído puede recobrar los valores empeñados por quien no era titular previa satisfacción al acreedor de la obligación garantizada. Esta solución me parece la más adecuada porque, de un lado, salvaguarda suficientemente los intereses del acreedor —su derecho de garantía se muta en la satisfacción actual del crédito— y, de otro, no resulta innecesariamente gravosa para el dueño, quien, en todo caso, conserva sus acciones contra el responsable de la privación de los valores. Quedando a salvo la protección del adquirente de buena fe es preciso elegir —entre las diferentes opciones— aquella que hace menos onerosa la posición de quien, en definitiva, es el propietario legítimo.

III.6. EJECUCIÓN DE LA PRENDA

75. La LMV no establece ningún sistema para la ejecución de la prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta, por lo que habrá que recurrir, en caso de impago, al procedimiento regulado en el Código de Comercio.

76. En primer lugar, nos detendremos en el procedimiento de ejecución establecido en el artículo 322 CCo. Este procedimiento —especialísimo— sólo puede ser utilizado por el acreedor en el caso de que se trate de valores admitidos a cotización en un mercado secundario oficial y cuando el contrato del que derive la obligación incumplida conste en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado. Estos dos requisitos se deducen no sólo de la vinculación sistemática

del artículo 322 CCo con el artículo 320, que encabeza la sección, sino del propio análisis de la disciplina del procedimiento. En efecto, el artículo 322 exige que el acreedor entregue a los organismos rectores del correspondiente mercado secundario oficial la póliza o escritura. En consecuencia, tanto la admisión a negociación como la forma pública son condiciones para enajenar los valores por el procedimiento mencionado.

La ejecución regulada en el artículo 322 CCo es extraordinariamente rápida. Vencido el plazo del préstamo, y por este mismo hecho, puede pedir el acreedor la enajenación de los valores. No es preciso requerir de pago al deudor ni que éste participe de modo alguno en la ejecución; se introduce así un factor de agilización que supone una importante diferencia con el procedimiento de ejecución de la prenda disciplinado en el artículo 1.872 CC, que expresamente ordena citar al deudor y al dueño de la prenda (123).

Para dar inicio a la ejecución, el acreedor habrá de entregar al organismo rector del mercado secundario en que se negocien los valores empeñados la escritura o póliza en que se hubiera documentado el contrato y los títulos pignorados o el certificado acreditativo de la inscripción de la garantía expedido por la entidad encargada de la llevanza de los registros contables. Como es lógico, en el caso de prenda de valores anotados lo que habrá de entregarse será, precisamente, este certificado. En todo caso, lo que queda claro gracias a la precisa redacción del Código de Comercio es que el procedimiento de ejecución es aplicable a todos los valores, estén representados por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.

Una vez hechas las oportunas comprobaciones (124), el organismo rector adoptará las medidas necesarias para enajenar los valores en el mismo día o en el siguiente. Naturalmente, de acuerdo con la LMV (art. 36), la enajenación habrá de realizarse con intervención de un miem-

(123) Desde luego, el artículo 322 CCo deja siempre a salvo el pacto en contrario. La sintaxis del primer párrafo del precepto permite concluir que el contenido de ese pacto podría ser tanto el de una renuncia del acreedor a valerse de este especial procedimiento como el de, simplemente, obligarle a requerir de pago al deudor antes de iniciarlo. Ambas cuestiones entran dentro del poder de disposición de las partes en cuanto atañen exclusivamente a la gestión de sus intereses particulares.

(124) En la antigua redacción del artículo 323 CCo, la Junta Sindical debía comprobar que la numeración de los títulos entregados fuera conforme con la expresada en la póliza del contrato. Actualmente la ley habla de "oportunas comprobaciones"; esta fórmula, sin duda más amplia, permite que el organismo rector del mercado secundario oficial se asegure de la coincidencia de los valores cuya enajenación se pretende con los mencionados en la escritura o póliza, donde deben constar los datos para su adecuada identificación (art. 321 CCo). Pero, posiblemente, también sea una comprobación oportuna —al menos con respecto a los valores anotados— entrar en contacto con la entidad encargada de los registros contables para cerciorarse de que no hay error en la emisión del certificado y de que tampoco ha sido privado de valor.

bro del correspondiente mercado secundario bajo pena de nulidad. De ahí que el artículo 322.2 CCo se ocupe de precisar este extremo. Desde luego, el plazo para hacer uso de este procedimiento ejecutivo es brevísimo: sólo durante los tres días siguientes al vencimiento de la obligación garantizada. La imposición de plazos tan breves parece deberse a la voluntad de evitar que el acreedor pueda especular con los valores. Sin embargo, para impedir este tipo de maniobras se dicta una norma que dificulta seriamente que los acreedores puedan hacer efectivo su derecho por este procedimiento, advirtiéndose cierta falta de proporcionalidad entre el fin querido por el precepto y los efectos conseguidos. Por lo demás, conviene señalar que el acreedor que deje pasar estos tres días no pierde su derecho a hacer enajenar los valores empeñados y satisfacer su crédito con lo obtenido. Lo único que sucede es que deberá hacerlo por otros procedimientos, seguramente menos expeditivos (125).

77. Dentro del estudio de este procedimiento de ejecución es preciso dedicar algunas líneas a un asunto bastante debatido y que ha tenido —y tiene— cierta importancia práctica. En efecto, el artículo 323 CCo establece que lo dispuesto en la sección 2.^a del título V del libro II del Código de Comercio “será también aplicable a las cuentas corrientes de crédito abiertas por entidades de crédito cuando se hubiera convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora”, en cuyo caso se entregará la mencionada certificación acompañada del documento fehaciente a que se refiere el artículo 1.435 LEC.

Así pues, el procedimiento de ejecución previsto en el artículo 322 será aplicable también a las obligaciones derivadas de un contrato de apertura de crédito cuando concurren las circunstancias expuestas más arriba. Resulta entonces que, en esta sede, se podrán reproducir todas las dudas surgidas acerca del contenido y alcance del documento fehaciente mencionado en el artículo 1.435.4.º LEC. Tratando de ser lo más concisos y claros posibles, expondremos a continuación la opinión que creemos más acertada acerca del “célebre” documento fehaciente y de la interpretación correcta del artículo 323 CCo.

El artículo 323 CCo contempla una serie de presupuestos o requisitos para la aplicación del expeditivo sistema de ejecución regulado en el artículo 322 CCo.

(125) Apunta SÁNCHEZ GUILARTE (“Pignoración de saldos de depósitos bancarios...”, *cit.*, pág. 672), que el reducido del plazo que se concede al acreedor va a provocar que éste, a fin de no perder la posibilidad de recurrir a este procedimiento, renuncie a negociar con el deudor incumplidor para proceder inmediatamente a la ejecución, con el consiguiente perjuicio para el dueño de los valores.

1.º En primer término, debe tratarse de “cuentas corrientes de crédito abiertas por entidades de crédito”. Por tanto, no cualquier acreedor pig-noraticio cuyo derecho derive de una cuenta corriente de crédito puede emplear este procedimiento; queda reservado para aquellos que puedan calificarse como entidades de crédito (126).

2.º Por comparación con el artículo 1.435 LEC se echa de menos en el artículo 323 CCo la mención de la necesidad de que el crédito conste en escritura pública o póliza intervenida. No obstante, como vimos anteriormente, este es un requisito exigido por el artículo 322, al que se remite el propio artículo 323 en cuanto a la documentación que debe presentarse.

3.º Es preciso el pacto expreso de que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por entidad acreedora y la entrega de tal certificación al organismo rector. En la práctica, tal convenio no faltará en los contratos de apertura de crédito con garantía de valores estipulados por las entidades de crédito, del mismo modo que no falta nunca a efectos del juicio ejecutivo.

4.º Que se acompañe el documento fehaciente a que se refiere el artículo 1.435 LEC. Dicho documento, según la norma procesal, deberá acreditar que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. Además, la práctica y la operatividad del sistema exigen que el fedatario público de fe de la coincidencia del saldo que aparece en la cuenta abierta al deudor con la cantidad especificada en la certificación expedida por la entidad de crédito. Téngase en cuenta a este respecto que, en puridad, lo que la LEC literalmente exige es que “el saldo *coincida* con el que aparece en la cuenta abierta al deudor”, no que el documento fehaciente acredite que *coincide* (127). Desde luego, ni la práctica bancaria ni la judicial han reparado en este defecto de la dicción

(126) Calificación que, según creo, deberá hacerse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, redactado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39.3 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

(127) Cfr. DE LA OLIVA “El nuevo artículo 1.345 de la LEC y la ‘liquidez’ de la cantidad que parezca adeudarse según contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o póliza intervenida”, *Revista de Derecho Procesal*, 1/1986, pág. 31. El autor explica que la “literalidad del precepto, en el que se dice ‘coincida’ y no ‘coincide’, conduce, según la gramática y la sintaxis española, a desvincular el documento que acredita y la coincidencia del saldo”. La deuda así se tendría por líquida por la concurrencia de dos elementos: el documento fehaciente acreditativo de la conformidad de la liquidación con lo pactado y la coincidencia del saldo hecho constar en la certificación con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. En un trabajo posterior, DE LA OLIVA entiende que se trata de un mero error y que el texto legal debe decir “coincide” y no “coincida” (“Nuevas consideraciones sobre el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. liquidez de los créditos bancarios en el juicio ejecutivo”, *La Ley*, 1989-3, pág. 990).

legal y no se han planteado mayores problemas: los fedatarios públicos, a la vista de los documentos relativos a la cuenta, dan fe de la coincidencia de saldos y con ello los tribunales dan por cumplida la condición impuesta por el artículo 1.435 LEC (128).

Pero, naturalmente, el punto fundamental que ha dado lugar a polémicas y discusiones —detrás de las cuales se ocultan en parte (legítimos) intereses corporativos— ha sido el de determinar exactamente que significa acreditar “haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo”. Desde nuestro punto de vista la interpretación adecuada pasa por entender que el fedatario ha de hacer constar, una vez examinada la documentación presentada por la entidad acreedora, que, a su juicio, la liquidación se ha realizado tal y como se pactó. Es decir, el fedatario al emitir esta afirmación actúa como perito, no dando fe. Lo que se requiere de él es la emisión de un dictamen tendente a revisar las operaciones de liquidación llevadas a cabo por la entidad de crédito y a comprobar que se corresponden con lo pactado por las partes. No se trata, desde luego, de realizar una verdadera *auditoría* de la cuenta, que no es lo querido por la ley, de modo que el fedatario no ha de comprobar —no está, por lo demás, a su alcance— la veracidad de los cargos y abonos y de las valoraciones. Habrá de limitarse a dictaminar sobre la regularidad formal de las operaciones, de acuerdo con su entendimiento contable y financiero. La discusión sobre la veracidad queda para el trámite de la oposición en el juicio ejecutivo. Lógicamente, actuando como perito el fedatario habrá de desarrollar las operaciones que su ciencia le indique como oportunas y suficientes para acreditar la corrección formal de las operaciones de liquidación. El soporte material de la actividad pericial consistirá en la documentación que sobre la cuenta abierta al deudor aporte la entidad acreedora (129).

(128) *Vid.*, por ejemplo, SAT de Cáceres de 10 de junio de 1986, SAT de Valencia de 15 de octubre de 1987 y SAT de Valladolid de 11 de noviembre de 1987. Por lo demás, tal modo de actuar se apoya en los precedentes del precepto: el artículo 2 de la Orden de 21 de abril de 1950 disponía que en la diligencia de intervención debía constar que “el saldo que figura en la certificación, coincide con el que aparece en la cuenta corriente abierta al deudor...”.

(129) Cfr. DURÁN BRUJAS “Notas sobre la modificación del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/ 1984, de 6 de agosto”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1458 (15 junio 1987), págs. 3 y sigs.; PÉREZ VALENZUELA “Régimen legal de la póliza tras la Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *RGD*, 1984, págs. 1907 y sigs., y 2293 y sigs.; BONARDELL LENZANO “La determinación de la liquidez de la deuda reclamable en los procedimientos ejecutivos derivados de contratos bancarios”, en *Cuadernos de Derecho y comercio*, núm. 1, 1987, págs. 135 y sigs.; RON SERRANO “La determinación de la liquidez es las pólizas bancarias a los fines de su ejecución”, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6/85, págs. 79 y sigs.; GARCÍA LUENGO “Las pólizas de cobertura de riesgos de operaciones bancarias:

Soy consciente de que esta interpretación apunta claramente a la necesidad de que el fedatario público sea perito en materias contables, no quedando clara, en consecuencia, cómo ha de desarrollarse la actividad de los Notarios. Estos, antes de la reforma de la LEC y por obra del Real Decreto 2680/1982, de 15 de octubre, estaban facultados para levantar acta fijando el saldo de la cuenta con incorporación de la certificación de la entidad acreedora, siempre que el contrato se hubiese formalizado en escritura pública. Y parece también claro que el artículo 1.435 LEC los incluye actualmente entre los sujetos que pueden acreditar que la liquidación se realizó de la forma pactada por las partes (130). Y el problema es espinoso, porque la LEC encarga a quien no es perito en contabilidad —al menos por razón de su profesión pública— la realización de un dictamen sobre la adecuación de la liquidación a lo pactado. El Notario podría salvar esta dificultad, desde mi punto de vista, actuando de una de estas dos maneras. Podría, en primer lugar, redactar el documento mencionado con la colaboración de terceras personas, cuyo informe se incorporaría al documento fehaciente, pero también podría, en segundo lugar, declarar él mismo, bajo su exclusiva responsabilidad, que la liquidación se ha realizado en la forma pactada en el contrato, posibilidad especialmente aceptable si el Notario tiene, por titulación o formación extraña a la inherente a su cargo público, conocimientos suficientes para la elaboración del informe pericial. Se cumpliría así la exigencia del artículo 1.435 LEC. Lo que no me parece en ningún caso aceptable para dar por cumplidas las exigencias

apreciaciones críticas", en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, cit., págs. 639-640, DE LA OLIVA. "El nuevo artículo 1.435...", cit., págs. 32-34, 48-49. No obstante, este último autor ha cambiado de opinión en un trabajo reciente ("Nuevas consideraciones...", cit.); entiende que entre una verdadera auditoría y un acto de contenido meramente formal que afirme llanamente que la liquidación se ha realizado en la forma pactada no hay ninguna posibilidad de actuación del fedatario: *tertium non datur* (pág. 990). En consecuencia, termina por calificar la norma como "imposible", esto es, la incluye dentro de la categoría de las normas que no se pueden cumplir ni aplicar. Opta entonces por dar por buena la postura del Consejo Superior Bancario a la que nos referiremos posteriormente (pág. 991).

Más allá va VALENTÍN CORTÉS (en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, págs. 705-706) quien llega a hablar de la realización de una auditoría aunque, en realidad, sus palabras no parecen tener un sentido tan radical, porque se limita a afirmar que la revisión ha de acreditar fielmente que la liquidación se ha hecho de acuerdo con lo pactado en la póliza o escritura.

(130) El artículo 207 del Reglamento Notarial, modificado por Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, autoriza al Notario a levantar acta "para fijar el saldo líquido exigible en los préstamos o créditos en cuenta corriente concedidos por entidades de crédito, ahorro o financiación, siempre que tales operaciones y esta modalidad de fijación haya sido pactada en escritura pública. En virtud de la documentación exhibida y de su concordancia con certificación de ésta, que se unirá a la matriz, el Notario levantará el acta en la que quede determinado el saldo de la cuenta".

del artículo 1.435 LEC es que el fedatario, Corredor o Notario, se limite a dar fe de que las condiciones en que la entidad de crédito manifiesta haber efectuado la liquidación son las pactadas en la póliza o escritura. Esto no es, al menos en mi opinión, lo que quiere la ley.

78. Frente a este modo de entender cuál es el contenido y sentido del “documento fehaciente” a que hace referencia el artículo 1.435, existe otro que circunscribe la actuación del fedatario a cerciorarse de que en el título ejecutivo se ha pactado por las partes, que la cantidad exigible en caso de ejecución será la expresada en la certificación expedida por la entidad acreedora y a dar fe de que el importe consignado como debido en la misma coincide con el saldo que aparece en la cuenta abierta al deudor (131). Es decir, acreditar que la liquidación se ha realizado en la forma pactada consistiría en dar fe de que el sujeto o sujetos que la han llevado a cabo es o son los designados para ello en el título ejecutivo. Se niega así que se deba proceder al análisis, examen o mera comprobación aritmética de las cuentas por un tercero. Esta interpretación queda resumida en la Circular número LXV/84, de 19 de octubre, del Consejo Superior Bancario, donde se manifiesta que: “El requisito establecido en el artículo 1.435 de la LEC de que el documento fehaciente acredite que la liquidación se ha realizado en la forma pactada por las partes debe entenderse se refiere exclusivamente al procedimiento a seguir para establecer el saldo final (por la entidad acreedora exclusivamente, o de mutuo acuerdo, con previa notificación, con intervención de un tercero..., etc.), puesto que el precepto alude claramente a la forma y no al contenido de la liquidación”.

Desde mi punto de vista, esta interpretación desvirtúa la finalidad del artículo 1.435; lo convierte en una regla meramente formal que limita la actividad del fedatario a constatar que en la póliza o escritura se ha convenido, efectivamente, que se tendrá por líquida la suma que certifique la entidad de crédito y que, de acuerdo con lo pactado, ésta ha realizado la liquidación. Y digo que no se corresponde con la finalidad del precepto —aunque es la tesis que se va imponiendo en la práctica— porque la norma tiene —o, al menos, quiso tener— una función de tutela de los clientes de las entidades de crédito obligando a que se llevara a cabo una

(131) Cfr. SAGUAR QUER. “La liquidez en el juicio ejecutivo de los contratos bancarios”, *RDBB*, 1988, pág. 864; LÓPEZ ANTÓN. *Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Madrid, 1985, págs. 469 y sigs.; MARTÍNEZ PARDO “La liquidez de los créditos (art. 1.435, párr. 4.º, LEC)”, *La Ley*, 1989-3, págs. 884-885. También los Tribunales parecen preferir esta interpretación, quizá más por inercia que por un meditado estudio del precepto. *Vid.* SAT de Zaragoza de 3 de julio de 1985, SAT de Cáceres de 10 de junio de 1986, SAT de Valladolid de 11 de noviembre de 1987. Más matizada es, sin embargo, la SAT de Valencia de 15 de octubre de 1987.

mínima tarea de "inspección". En efecto, la enmienda número 539 (Grupo socialista) —de la cual resultó, en lo que ahora nos interesa, el texto vigente— se justificaba en la necesidad "de reforzar la posición jurídica del deudor, evitando que la determinación del saldo quede al solo arbitrio de la entidad acreedora con dos mecanismos: la revisión por parte de fedatario y la coincidencia del saldo con la contabilidad".

Ante la insatisfacción que produce la segunda de las interpretaciones referidas, por cuanto no concurre a incrementar las garantías para el deudor con arreglo a la finalidad del precepto, resulta muy interesante, por su original orientación, la SAP (Sección 10.^a) de Madrid, de 17 de abril de 1989. En ella se dice que la certificación expedida por la entidad acreedora ha de acreditar que la liquidación se ha realizado en la forma pactada por las partes, lo que no se cumple cuando "el banco se limita a expresar en su certificación un saldo final, sin consignar adecuadamente las operaciones por la que se ha llegado al mismo (los conceptos que lo integran, los períodos de tiempo en que se han devengado tales intereses, las disposiciones y amortizaciones efectuadas por el prestatario) lo que hubiese permitido una fiable comprobación de la exactitud y legitimidad de aquel saldo final y, en su caso, que la ejecutada pudiera impugnar ese saldo, deduciendo, en su defensa, las oportunas excepciones legales como, por ejemplo, la muy elemental de pluspetición". Argumentando de esta forma, el eje de la tutela de los clientes de entidades de crédito se desplaza de la certificación fehaciente y de la actividad del fedatario a la carga de aquéllas de acompañar la documentación contable que refleje el movimiento de la cuenta, que deberá estar redactada en términos asequibles que permitan la exacta comprobación de los resultados (132). Se llega así a una conclusión paradójica: sobre la base del espíritu de la Ley 34/1984, que dicta una norma difícil de cumplir y que plantea importantes problemas en la práctica, se termina por exigir algo completamente distinto a lo introducido por la letra de la ley (133).

No obstante, y sin desconocer por ello cuales son las orientaciones de la práctica, quiero reafirmarme en mi opinión acerca de cuál debería ser la interpretación correcta del artículo 1.435.4 LEC. A mi juicio, el fedatario debería revisar la documentación presentada por las entidades de crédito para determinar si la liquidación se ha realizado correctamente, esto es, si se han aplicado los tipos de interés, las comisiones, las reglas de valoración, etc., convenidos y no otros. Esto es, además, especialmente necesario en el

(132) Postura que ha encontrado eco en algún autor; cfr. DÍAZ RUIZ "Jurisprudencia menor sobre juicios ejecutivos de pólizas bancarias", *RDBB*, núm. 37, 1990, pág. 170.

(133) Cfr. DE LA OLIVA. "Nuevas consideraciones...", *cit.*, pág. 996.

supuesto de ejecución por el procedimiento del artículo 322 CCo, en el que, salvo pacto en contra, el deudor no puede alegar el error o falsedad de la certificación expedida por la entidad acreedora.

En efecto, tanto en el juicio ejecutivo como en el procedimiento —en cierto modo paralelo al que ahora comentamos— previsto en el artículo 153 LH, el deudor tiene posibilidades de discutir la suma por la que el acreedor pretende la ejecución. La ausencia de esta facultad en el caso de ejecución de la prenda de valores por el mecanismo previsto en el artículo 322 justifica aún más la necesidad de que el fedatario proceda a una revisión o examen de los documentos presentados, al menos para comprobar la regularidad formal de la liquidación. Claro está que, por otro lado, quizá los organismos rectores debieran llevar a cabo un examen similar, dado que se trata de una “comprobación oportuna” que el artículo 322 les obliga —más que les faculta— a realizar antes de tomar las medidas para enajenar los valores pignorados (134).

79. Naturalmente, el procedimiento regulado en el artículo 322 CCo no es aplicable en todo caso. Así, no lo será cuando los valores no coticen en un mercado secundario oficial, ni tampoco cuando el acreedor haya dejado pasar más de tres días hábiles después del vencimiento o, simplemente, cuando haya renunciado a hacer efectiva la garantía por este procedimiento.

A este respecto, debemos recodar que las pólizas al uso suelen eludir cualquier mención tanto del artículo 322 CCo como del artículo 1.872 CC. Normalmente se venía pactando que la enajenación de la garantía se haría con intervención de Agente Mediador Colegiado, sin necesidad de previo requerimiento al deudor ni providencia judicial alguna y sin sometimiento a plazo de ningún tipo (135).

(134) Téngase en cuenta, por lo demás, que de acuerdo con la disposición adicional 5.^a del Real Decreto 726/1989, de 23 de junio, seguirán siendo aplicables los preceptos del Reglamento de Bolsas de 30 de junio de 1967, en la medida en que no resulten contrarios a la LMV. Ello significa que seguirá siendo de aplicación el artículo 269 del Reglamento de Bolsas, si bien con las precisiones establecidas en el párrafo 2.^o de la citada disposición adicional 5.^a: las referencias a las Juntas Sindicales, a los Agentes de Cambio y Bolsa y a los Boletines de Cotización se entenderán efectuadas a la Sociedad de Bolsa y a las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores, a los miembros de éstas y a los Boletines de Cotización contemplados en el artículo 14 del Real Decreto 726/1989, respectivamente.

(135) Cfr. GARRIGUES *Contratos bancarios*, cit, págs. 316-317. Idéntica solución establecen los Estatutos del Banco de España. Su artículo 14 dispone que el Banco podrá disponer la venta de las garantías al tercer día o cualquier otro posterior al vencimiento de la obligación y a que dichas ventas “se procederá sin necesidad de procedimiento judicial, con intervención de Agente Colegiado de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio, según los casos, o por otro medio oficial o extraoficial que se hallare establecido por el uso en las respectivas localidades”.

Desde mi punto de vista no hay obstáculo para que se pacte el recurso a un procedimiento diferente al previsto en el artículo 322 CCo, siempre que se garantice que el acreedor no se adueñará de los valores (prohibición del pacto comisorio) y que la enajenación se hará, respetando los intereses del deudor, al mejor precio posible (136).

No obstante, es necesario formular una importante precisión: sea cual sea el procedimiento de ejecución empleado, si los valores están admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, se habrá de requerir la participación de un miembro del correspondiente mercado, bajo pena de nulidad (art. 36 LMV) (137).

80. Lo razonable será, en consecuencia, que en las pólizas o escrituras se pacten procedimientos ágiles y adecuados a las necesidades del tráfico mercantil y a la nueva organización de los mercados de valores. Así, si los valores se encuentran admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, será perfectamente válido el pacto que permita al acreedor la enajenación de los mismos a través de un miembro del correspondiente mercado aun después del tercer día siguiente al vencimiento de la obligación garantizada e incluso aunque el préstamo no hubiese sido formalizado en documento público (138). No siendo necesaria la intervención de fedatario público para la validez de la transmisión o suscripción de valores representados por medio de anotaciones en cuenta (disposición adicional 3.^a LMV) y siendo imprescindible, sin embargo, la participación de un

(136) En materia civil, GUILARTE ZAPATERO (*op. cit.*, pág. 459) cree que no es posible prescindir del procedimiento del artículo 1.872. Por el contrario, ALBALADEJO (*op. cit.*, pág. 262) sostiene que las partes pueden pactar otros procedimientos de enajenación que sean suficientemente seguros para el dueño de la cosa.

(137) Intervención que se producirá cuando la entidad adherida al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores que lleve las cuentas individualizadas de los valores empeñados (art. 54 LMV, *in fine*) sea al mismo tiempo miembro de la Bolsa (art. 47 LMV). Para la Deuda Pública anotada tal coincidencia se dará en todo caso, ya que las entidades Gestoras tienen siempre la condición legal de miembros del Mercado Secundario de Deuda Pública en Anotaciones (art. 57 LMV). Téngase en cuenta, a estos efectos, que la participación del miembro del correspondiente mercado secundario puede contraerse a la toma de razón de la operación [art. 36.d) LMV].

(138) La derogación convencional de la aplicabilidad del artículo 322 CCo me parece perfectamente posible. El propio precepto deja a salvo el pacto en contrario. Es cierto, de cualquier forma, que el artículo 1.872 CC *in fine* dispone que "si la prenda consiste en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio". Desde mi punto de vista, el sentido de esta remisión es el de favorecer la rapidez y agilidad en la ejecución de la prenda, beneficiando con ello los intereses del tráfico. Pero no significa, en absoluto, que el procedimiento del artículo 322 CCo sea el único procedimiento extrajudicial de enajenación de los valores en caso de incumplimiento de la obligación asegurada. De ser así la norma provocaría el efecto contrario al querido: el plazo concedido es tan exiguo —en la anterior redacción lo era aún más— que si la opción fuese entre ese procedimiento y ninguno, el sistema, más que favorecer, dificultaría a los acreedores el ejercicio de sus derechos.

miembro del mercado correspondiente, parece lógico que la enajenación se realice con su intervención.

Hay que tener en cuenta, además, que las entidades miembros de los correspondientes mercados secundarios oficiales cumplen un papel institucional, una función cuasi-pública, de modo que su intervención en la venta garantiza suficientemente, a mi juicio, la protección de los intereses del dueño de los valores. Claro está que la participación de la entidad miembro del mercado no puede limitarse —para tutelar al constituyente de la garantía— a tomar razón de una operación a precio convenido; debe actuar como un verdadero intermediario y buscar el mejor cambio posible. Aunque en los mercados secundarios el precio de los valores resulta fijado de manera oficial y los riesgos para el deudor son, en consecuencia, mínimos, no hay que olvidar que durante una misma sesión pueden producirse importantes oscilaciones en los precios, por lo que es necesaria la intervención de un tercero imparcial que garantice que la enajenación se produce en condiciones no lesivas para el ejecutado.

Por otro lado, si los valores no son cotizables, también podrá pactarse que la enajenación se realice con intervención de una Sociedad o Agencia de Valores o incluso con la de alguna de las entidades mencionadas en el artículo 76.2.a) LMV; ya que todas ellas están autorizadas para negociar con el público valores no admitidos a negociación. De esta manera las enajenaciones no estarán dotadas de fe pública —aunque nada impide que intervenga un fedatario a estos efectos— pero se logrará el objetivo principal de evitar que el ejecutante elija con toda libertad al adquirente y fije el precio también libremente en daño de tercero. Obsérvese que la intervención de estas entidades, en la medida en que deben enajenar los valores por lo mejor, ofrece tanta seguridad para los intereses del dueño como la que ofrecía la intervención de un Agente de Cambio y Bolsa o de un Corredor de Comercio Colegiado de acuerdo con las pólizas al uso antes de la entrada en vigor de la LMV. Lo que, en todo caso, me parece de dudosa legalidad es que se incluya en los contratos la cláusula de que la enajenación se podrá hacer sin comunicación o previo requerimiento al deudor. Esta es una condición que resulta admitida excepcionalmente por el artículo 322 CCo y que sólo debe entenderse válida cuando exista un mercado que proporcione un cambio fijado oficialmente, dados los peligros que entraña para el dueño de la prenda, que no puede velar porque la venta se realice de acuerdo con sus intereses.

En mi opinión, por tanto, no es necesaria la intervención de fedatario público para proceder a la ejecución de la prenda constituida por valores. Desaparecida la necesidad de fe pública para la transmisión de valores representados mediante anotaciones en cuenta, se encuentren o no admi-

tidos a negociación en un mercado secundario oficial, parece que la ejecución de las garantías podrá hacerse a través de los sujetos que tienen atribuidas las funciones mediadoras en el tráfico de valores. En cuanto al procedimiento a seguir para la enajenación en el caso de valores no cotizados, o bien se estipula con las suficientes garantías en el contrato, o bien se siguen analógicamente las reglas del artículo 268 del Reglamento de Bolsas de Comercio de 30 de junio de 1967 y del artículo 95 del Reglamento de Bolsines Oficiales de Comercio aprobado por Decreto de 6 de junio de 1969. Sería conveniente, en todo caso, que en un futuro se regulasen con precisión estos extremos.

81. Se plantea también la duda de si sería posible la enajenación de los valores empeñados a través de Corredor de Comercio. En efecto, de acuerdo con el juego de los artículos 71.1.f) y 76 de la LMV, los Corredores de Comercio no están autorizados para negociar de forma habitual, por cuenta propia o de terceros, valores nacionales o extranjeros no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Es decir, los Corredores no están autorizados para actuar (habitualmente) como comisionistas o mediadores en las transmisiones de valores —incluidos los no cotizados—, aunque siguen manteniendo sus funciones fedatarias. No obstante, en mi opinión, se podría acudir en todo caso a un Corredor de Comercio para que enajenara los valores no admitidos a negociación oficial sin necesidad de que participara además alguna Sociedad o Agencia de Valores. La transmisión efectuada con su mediación no dejará de ser válida por este hecho —el art. 36 LMV no rige para los valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial— aunque, si el Corredor realizase esta actividad de forma habitual, podría sufrir la correspondiente sanción administrativa, con arreglo a los artículos 99.q) y 102 de la LMV. Por lo demás, la posibilidad de enajenar valores con su exclusiva intervención se encuentra expresamente admitida en el artículo 1.482.2 LEC —redactado por el segundo párrafo de la disposición adicional 5.^a de la LMV— y no me parece que haya ningún motivo para dudar de la validez de un pacto por el que las partes acuerden recurrir —siguiendo el criterio enunciado por la propia ley para un supuesto análogo— a la intervención de estos fedatarios para la enajenación de los valores.

82. Por último, no siendo aplicable el artículo 322 CCo y no habiéndose especificado en la póliza o escritura ningún procedimiento de ejecución de la garantía, parece que no cabrá otra posibilidad que recurrir al previsto en el artículo 1.872 CC (aparte, naturalmente, de la facultad de acudir al ejercicio judicial de las acciones que corresponden al acreedor). Cuando se trate de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial será necesaria, según recordamos más atrás, la participación

en la operación de un miembro del correspondiente mercado, lo que, tratándose de valores anotados, sucederá en muchas ocasiones por el mismo juego del sistema registral.

Alberto DÍAZ MORENO

Departamento de Derecho Mercantil.

Universidad de Sevilla

La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA CONOCIDA POLEMICA SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA DISTINCION. 1. EXAMEN DE LOS CONCEPTOS. 2. LAS ACALORADAS DISCUSIONES DOCTRINALES. POSICIONES DUALISTAS Y POSICIONES MONISTAS. 3. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION. RAZONES PARA UNA "MODERADA" UNIFICACION.—II. REQUISITOS PROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: 1. QUE EXISTA UN CONTRATO. A) El caso de la *relacion juridica precedente análoga*. En particular, el transporte de favor; B) La responsabilidad procedente del *cuasicontrato*; C) El daño "*in contrahendo*"; D) El *daño postcontractual*. 2. QUE EL CONTRATO SEA VÁLIDO. 3. QUE EL CONTRATO VINCULE AL RESPONSABLE CON LA VÍCTIMA. A) La estipulación en favor de un tercero y el contrato en daño de tercero; B) Víctima causahabiente de uno de los contratantes; C) Causahabientes a título particular; D) Responsabilidad de los terceros para con los contratantes. 4. QUE EL DAÑO RESULTE DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. LAS LLAMADAS "OBLIGACIONES DE SEGURIDAD". A) Casos en que el contrato y su ejecución vienen a constituir sólo la ocasión accidental para que el daño se produzca; B) Casos en los que se incumple una obligación inequívocamente estipulada, pero el daño se produce en los bienes de la personalidad. C) Casos en los que el daño tiene lugar por el incumplimiento de una prestación accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato.—III. ¿PUEDE UN DAÑO SER CONSIDERADO CONTRACTUAL Y EXTRA-CONTRACTUAL AL MISMO TIEMPO? EL PROBLEMA DE LA CONJUNCION DE RESPONSABILIDADES: 1. TEORÍA DEL CONCURSO DE PRETENSIONES. A) Teoría de la opción; B) Teoría de la absorción o incompatibilidad. 2. TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS

I. INTRODUCCION. LA CONOCIDA POLEMICA SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA DISTINCION

1. EXAMEN DE LOS CONCEPTOS

La obligación de reparar los daños causados a la víctima puede presentarse como consecuencia derivada de actos de muy diversa índole. Sin embargo, todos ellos pueden ser reconducidos a las dos consabidas categorías:

A) En ocasiones se trata de supuestos en los que, encontrándose varias personas vinculadas por una relación obligatoria, una de las partes incumple aquello a lo que se encontraba comprometida. Es el daño que el inquilino causa al casero cuando no paga el alquiler, o el que el vendedor ocasiona al comprador al no proporcionarle el goce pacífico de la cosa vendida; es el daño producido al prestamista cuando no se le devuelve a tiempo la cantidad prestada con sus intereses, o al depositante cuando el depositario negligente produjo menoscabos en la cosa objeto del contrato. Se habla aquí de **responsabilidad civil contractual**: el hecho dañoso viene producido *precisamente* como resultado del incumplimiento de un convenio, y viene a menoscabar *precisamente* el patrimonio de un acreedor que ya se encontraba determinado de antemano. El clásico principio romano del *noeminem loedere* se traduce aquí en un no dañar a *este* concreto acreedor. La consagración legal de esta forma de responsabilidad se encuentra en España contenida en el artículo 1.101 del Código Civil: “quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

B) Otras veces la obligación de resarcir surge entre personas que no se encontraban vinculadas por una relación previa. Dicho de una manera deliberadamente poco técnica, las partes *se conocen* a través del hecho dañoso: es el accidente de tráfico, la cosecha que se pierde por efecto de la contaminación producida en el río por los residuos tóxicos vertidos por una fábrica, el avión que cae sobre una vivienda o la intoxicación de cientos de consumidores por la defectuosa fabricación de un determinado producto. Es la llamada **responsabilidad civil extracontractual**, también denominada *delictual* —recuérdese que en la vieja clasificación de Gayo se contraponía el delito al contrato como fuente de obligaciones— o aquiliana, en recuerdo de la *Lex Aquilia de damno*, que en el año 408 sancionó a Roma este tipo de responsabilidad. En ella el acreedor no es una persona concreta y determinada (lo será desde el acaecimiento del evento dañoso), por la sencilla razón de que el deber de no dañar no vinculaba al hoy agresor sino con la totalidad de una que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado” (art. 1.902 Código Civil).

Ni que decir tiene que la distinción, al menos desde el punto de vista puramente ontológico, es mayoritariamente aceptada, al menos en lo que tiene de valor didáctico (ya que en las cuestiones concretas que plantea la distinción la polémica doctrinal es enorme, como tendremos ocasión de comprobar), e incluyendo, cómo no, a la jurisprudencia del Tribunal

Supremo. Por todas, la Sentencia de 19 de junio de 1984 (ref. núm. 3250) indica que “la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica anterior entre las partes, fuera del deber genérico y común de todos los hombres del *alterum non laedere*, mientras que la segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato”. Ciertamente es que en ambos tipos de responsabilidad subyace un deber preexistente, pues cada persona se encuentra obligada no sólo a cumplir las obligaciones con otros convenidas, sino también a no perjudicar derechos subjetivos ajenos; pero está claro que mientras en un caso el deber es específico, en el otro recae en la generalidad de los individuos.

En lo que ya no hay tanta unanimidad es en la cuestión terminológica. Y es que, a pesar de ser dos las especies de *responsabilidad civil*, se usa comúnmente de esta expresión para referirse solamente a la responsabilidad civil extracontractual. Son pocos los que adjetivan el término, como si no fuese comprensivo de las dos esferas (1).

(1) Un ejemplo, MAZEAUD *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1947. Así, entre nosotros, el autor más reconocido en la materia la admite como expresión “un tanto ambigua pero ya clásica”, y de esta forma titula su importantísima obra *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988. Y con él, tantos otros; por todos, SANTOS BRIZ *La responsabilidad social. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1981, y CAVANILLAS MÚGICA: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987. También así en Francia, desde los clásicos PLANIOL, RIPERT y ESMEIN (dentro del t. VI de su *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, 1930, págs. 658 y sigs.), o SAVATIER (*Traité de la responsabilité civile en Droit français*, Paris, 1951), hasta, más modernamente, TUNC *La responsabilité civile*, Paris, 1981. Matizando más, hay quien habla de *responsabilidad civil extracontractual* (así, AUBRY y RAU decían “De la responsabilité civile en dehors des contrats”, en el *Cours de Droit civil français*, t. VI, Paris, 1920; entre nosotros, ROGEL VIDE: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976), o *aquiliana*, o quien prefiere poner el énfasis no en la obligación de resarcimiento, sino en la culpa (*culpa extracontractual* o *aquiliana*), fijando así la atención en el carácter de la conducta del infractor (COLOMBO: *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, Buenos Aires, 1965). Los hay que prefieren hablar del *Derecho de daños*, fuertemente inspirados en el *Law on Torts* anglosajón, que se contrapone al *Law on Contracts* (SANTOS BRIZ *Derecho de daños*, Madrid, 1963), en terminología también ambigua, pues también es *daño* el *daño contractual*, o de *hechos ilícitos* (VON THUR, dentro del t. I del *Tratado de las obligaciones*, trad. de W. Roces, Madrid, 1934, págs. 263 y sigs.; GIORGI, vol. 5.º de *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, trad. de Dato Iradier, Madrid, reimp. 1980), término con el que tampoco simpatizamos, pues no menos hecho ilícito en el incumplimiento de un contrato. El término que ya va quedando olvidado es el de *cuasidelito*, que tanto se usó como obsequio a la tradición romana (COLIN y CAPITANT, en el t. IV de su *Cours élémentaire de Droit civil*, Paris, 1948; DE RUGGIERO, en el t. II, vol. 1.º de sus conocidas *Instituciones de Derecho civil*, trad. de Serrano Súñer y Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, reimp. 1977).

Distinta postura mantiene O'CALLAGHAN, autor para quien, si en la responsabilidad contractual nos encontramos ante la consecuencia del incumplimiento de una obligación, en la extracontractual no estamos propiamente ante una auténtica responsabilidad, sino

2. LAS ACALORADAS DISCUSIONES DOCTRINALES POSICIONES DUALISTAS Y POSICIONES MONISTAS

Por clara que resulte la distinción que nos ocupa, lo cierto es que sobre ella se ha edificado desde hace algo más de un siglo una de las más vivas y conocidas polémicas del Derecho civil. La existencia, en efecto de dos normativas en el Código de Napoleón, llevo a SAINCTELETTE a proponer en 1884 una larga serie de diferencias absolutamente irreductibles entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Ello hasta el punto de sugerir un nombre distinto para cada una: garantía y responsabilidad, respectivamente. Las relaciones jurídicas estarían así reguladas por dos conceptos diversos y opuestos: la *ley*, por una parte, como norma expresiva de la voluntad general, y de cuya contravención nace la ofensa y la genuina responsabilidad (como auténtica cuestión de orden público); y el *contrato*, por otro, resultado de la voluntad individual creadora de los deberes rectores de las propias conductas de los particulares (cuestión de orden privado) y que, al violarse, origina una obligación distinta de la primitivamente asumida.

Tanto éxito encontraron las enseñanzas de este autor que los partidarios de esta tesis dualista estudiaron la primera de las fuentes aludidas en la sede propia de las *fuentes de las obligaciones*, relegando la segunda (la garantía) a los capítulos de sus tratados alusivos a los *efectos de las obligaciones*. GIORGI dirá que la culpa contractual y la extracontractual difieren en cuanto a su objeto: la obligación violada con la primera nace

ante un hecho ilícito dañoso que genera por sí solo una obligación autónoma, cuyo objeto (prestación) sería la reparación. Si la responsabilidad es una noción que precisa de una obligación anterior incumplida, en el terreno extracontractual este requisito no se da. *Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual*, A.C., 1987, págs. 1 y sigs. Muy purista el razonamiento, que no hace sino volver a plantear que el artículo 1.089 del Código Civil no contiene propiamente una clasificación de las fuentes de las obligaciones: éstas nacen del acuerdo de voluntades (contratos) o de la ley (actos ilícitos no contractuales, entre otras cosas), como ya hace años dijo FERRANDIS VILELLA en *Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones*, A.D.C., 1958, págs. 115 y sigs. Pero, como indica DE ANGEL, tal vez incurra el argumento de O'CALLAGHAN, en una petición de principio: si partimos de la existencia del imperecedero deber general de no dañar, el lenguaje, no por profano incorrecto, atribuye la responsabilidad al incumplimiento de dicha obligación general. De ahí el éxito que el vocablo "responsabilidad civil" tiene en todos los ámbitos jurídicos, periodísticos, aseguratorios, etc.

En una palabra, por comodidad, cuando se habla de "responsabilidad civil" sin más adjetivos, se entiende que nos referimos a la responsabilidad civil extracontractual, que conoce como términos sinónimos los de "responsabilidad por daños", "aquiliana", "delictual" (matizando más, "cuasidelictual") o "por hechos ilícitos".

de un contrato, y presupone por lo tanto un pacto preexistente que determina la naturaleza particular y la extensión de la obligación, y que, como tal pacto, puede contener hasta una graduación de la culpa; de ahí la necesidad de reglas específicas relativas a la culpa contractual. No ocurre esto, en cambio, cuando falta el contrato y la culpa proviene *ex nunc* de la obligación social de no ofender. Faltando el pacto, y faltando con ello la correlatividad de las prestaciones, se aleja toda posibilidad de graduación acordada por las partes. Y de ahí —precisaba— que aparte de las reglas comunes a todas las culpas, contractuales o extracontractuales, deban existir reglas particularmente aplicables a la culpa contractual (2).

Poco tiempo después de publicada la obra de SAINCTELETTE surgieron las críticas a las teorías dualistas. En efecto, dos años más tarde LEFEBVRE mantuvo que ni desde el punto de vista de los textos legales ni desde el puramente ontológico se aprecian las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad. La expresión responsabilidad contractual vendría a ser “una forma viciosa y errónea del lenguaje”. La responsabilidad contractual no encuentra su cobijo en la violación de las reglas de conducta que las partes establecieron al hacer uso de su libertad contractual: si existe autonomía de la voluntad, no es para que esta voluntad pueda “crear derechos” por sí sola o por sí misma, al margen de lo dispuesto por la ley. Lo que existe no es tanto “autonomía de la voluntad” como “libertad contractual”: hay ciertas reglas en el derecho positivo que se imponen necesariamente a todos, y otras que se imponen sólo a aquellos que lo deseen y en la medida en que lo deseen y hayan hecho constar su manifiesta voluntad; no se trata así de derechos creados *por* la voluntad, sino por la propia ley —eso sí— *a través* de la voluntad. *Cum voluntate*, pero no *ex voluntate*, vendría a decir gráficamente GOUNOT

Por otra parte, y siempre según este parecer, a quienes entendían que en la responsabilidad contractual existe un vínculo previo, advierte CARNELUTTI que también hay vínculo previo en la extracontractual, por

(2) Se alinean en las posiciones dualistas los estudios de SAINCTELETTE *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, 1884, MARCADE *Explication théorique et pratique du Code Napoleon*, t. V, pág. 281; HUC *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1894-1895, t. VII, págs. 142 y sigs., y t. VIII, págs. 560 y sigs.; AUBRY y RAU *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, Paris, 1902, págs. 371 y sigs.; DEMOULOMBE *Cours de Code Napoleon*, t. XXXI, Paris, 1927, págs. 407 y sigs.; JOSSERAND *Corus de Droit civil positif français*, t. II, Paris, 1933, págs. 257 y sigs.; SAVATIER *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, t. I, Paris, 1951, págs. 139 y sigs.; GIORGI *Teoria de las obligaciones en el Derecho moderno*, t. V, Madrid, 1909, pág. 207 (hay reimpresión de la segunda edición, traducida de la séptima italiana, Madrid, 1980), CHIRONI *La culpa en el Derecho civil moderno*, culpa extracontractual, t. I, trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1978, pág. 59; POLACCO *La obbligationi nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, pág. 393.

lo cual resulta simplista pretender que ésta nace directamente de la culpa y aquélla del contrato: el *naeminem laedere* es algo más que una forma de ilusionar a los juristas, pues de él derivan deberes concretos; no puede existir culpa sin deber previo”, por más que en un caso (contrato) esté claramente diferenciada la norma básica y la sanción y en otro (culpa aquiliana) la norma básica que se viola esté presupuesta por la ley. La diferencia es a su juicio externa, pero idéntico el mecanismo: la culpa no crea, sino que *modifica* una obligación preexistente.

Máximo representante de esta forma de razones fue GRANDMOULIN. Para él, la ley y el contrato están filosófica y jurídicamente unidos por una misma concepción: por un lado, la ley es manifestación de un acuerdo de voluntades de individuos cuyo agrupamiento crea un Estado; por otro, el contrato es ley entre las partes. “¿No es terminante y formal el artículo 1.134 del Code (1.091 de nuestro Código Civil) en este aspecto?” Podría decirse de seguir esta línea, con AUBIN, que la ley es un contrato público o que el contrato es una ley privada. Por otra parte —añade GRANDMOULIN—, cuando acaece la ilicitud, la obligación inicial, nazca de la ley o del contrato, se extingue automáticamente por imposibilidad de su objeto, y la obligación de reparar ya no deriva de la deuda primitiva, sino de la responsabilidad por el hecho ilícito de los artículos 1.382 y siguientes (nuestros 1.902 y sigs.), absolutamente autónoma. En una palabra, se produce un fenómeno próximo, cuando no idéntico, al novatorio extintivo; luego tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual se trata de la transformación de un vínculo previo —ley o contrato— en otro diferente y de nuevo nacimiento (3).

3. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. RAZONES PARA UNA “MODERADA” UNIFICACIÓN

Hay que reconocer el mérito de estas ideas, consistente en poner de manifiesto los vicios de las doctrinas dualistas, que a partir de entonces sería defendida con criterios mucho menos radicales. Sin embargo, no

(3) La tesis de la unidad fue acogida por primer vez por LEFEBVRE “De la responsabilité délictuelle et contractuelle”, en *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, Bruxelles, 1886, págs 485 y sigs.; CARNELUTTI “Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale”, en *Rivista de Diritto Commerciale*, 1912—II, págs 743 y sigs.; GRANDMOULIN *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violations des obligations contractuelles*, Rennes, 1892, págs. 4, y sigs., AUBIN *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, Bordeaux, 1897, GOUNOT. *De l'autonomie de la volonté*, Dijon, 1912, especialmente págs. 333 y sigs.; POPESCO-ALBOTA *Le droit d'option (le problème des deux ordres de responsabilité civile contractuelle et délictuelle)*, Bucarest, 1933. En su momento tuvo gran repercusión la “Nota” de ESMEIN, en *Dalloz périodique*, 2, Paris, 1896, pag. 457

debe tampoco llegarse al extremo de identificar ambas clases de responsabilidad incluso desde su origen. No es posible afirmar que la ley sea, como el contrato, la expresión directa de la voluntad individual. La teoría del contrato social y la concepción democrática del gobierno no pueden nunca ser llevadas al extremo de considerar que la ley se forma por un concurso de voluntades similar al que da origen a la convención. Ni tampoco es exactamente cierto que el contrato sea una ley; más bien se trata de que los redactores del Código francés (y a semejanza, los de muchos otros Códigos, como el nuestro), deseosos de dar un término que expresara comparativamente y de manera gráfica y contundente, la intensidad del vínculo contractual, no encontraron otro —ni creo que lo haya— más preciso que el de ley: de la misma forma que la ley vincula a los súbditos de un Estado con éste, de esa misma forma vincula, y con igual intensidad, el contrato a las partes que lo celebraron. Por la misma razón, creo que no es cierto que cuando el contrato se incumple la responsabilidad subsiguiente es autónoma y nace de la ley: la primitiva obligación no se extingue, sino que se modifica o transforma en el pago de la indemnización de daños y perjuicios (así, arts. 1.302 del Código francés, 1.101 y 1.182 del español). Y ese deber de pago no surge *ex novo*, sino como consecuencia del propio contenido de la convención, siendo algo ínsito al propio contrato y a sus cláusulas. En definitiva, el artículo 1.902, a pesar de contener un mandato genérico y, como tal, común, no es un principio de responsabilidad que funcione incluso en el orden contractual, sino más bien una norma específica que se aplicará cuando no haya contrato.

No obstante, de esta crítica de las tesis monistas no debe deducirse que existan entre una y otra responsabilidad diferencias irreductibles. Todo lo contrario; es más, cada vez van siendo más los autores que entienden que debería caminarse hacia una unificación de regímenes que, aun distinguiendo entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales en cuanto a su origen o fuente, concibiese las diferencias de régimen jurídico como algo de puro matiz. No es éste el momento de abordar el examen de la larga serie de diferencias que se aprecian, particularmente en los Códigos de corte romano, en esta duplicidad normativa, pues sería tanto como acometer aquí el estudio completo de las dos esferas de la responsabilidad (4). Sí se puede decir como anticipo que muchas de las diferencias son

(4) Una síntesis completa de las diferencias puede verse en ALTERINI *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1987, págs. 35 y sigs.; BUERES y VÁZQUEZ FERREYRA expusieron documentalmente tales diferencias en sus respectivas ponencias presentadas a las Jornadas de responsabilidad civil celebradas en Cáceres diciembre de 1987. Por mi parte, traté de las más sobresalientes diferencias en *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, 1989, págs. 199 y sigs.

más ficticias que reales, debiéndose en su gran mayoría más a soluciones judiciales de *pretendida* equidad que a fallos propiamente jurídicos.

Vaya por delante que es tradicional el que los tribunales dispensen un trato de favor muy claro a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y la víctima del mismo no existía contrato, el alcance del resarcimiento viene a ser casi inexorablemente integral. Pero el montante de la indemnización será normalmente menor si *ese mismo* daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han conversado sobre su conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; “se han visto las caras”, en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento... todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos de daños extracontractuales. Si ante un daño derivado de contrato se tiende a resarcir solamente de las consecuencias que fueron *previstas* resultaban *previsibles* en el momento de concertar la obligación (siempre que no haya mediado dolo en el incumplimiento, como se verá al analizar el art. 1.107 CC), el resarcimiento del daño no contractual va normalmente a abarcar a *todas* las consecuencias conocidas. Así, por ejemplo, si el dueño de una cuadra contrata con una persona el cuidado y alimentación de sus caballos y comprueba cómo la negligencia del contratante ocasiona la muerte de uno de ellos, es más que probable que obtuviese como indemnización poco más que su valor de mercado a juicio de peritos, si otra cosa no se hubiese pactado. Pero si la pérdida del animal tiene lugar como consecuencia de un atropello, no sorprendería nada que el demandante obtuviese también una indemnización por daños morales.

Personalmente, no encuentro la justicia del resultado que se obtiene con esta diferencia de trato. ¿Acaso el patrimonio del perjudicado no se ha producido idéntico menoscabo en ambos casos? El Derecho de obligaciones se edificó en Roma sobre la figura del deudor, y así continúa en los Códigos del XIX: la gravedad del resarcimiento se encuentra de este modo en función de —casi podríamos decir “en proporción directa con”— la gravedad de la conducta del deudor contractual. Ahí está para demostrarlo el artículo 1.107 del Código Civil. En cambio, faltando el contrato, *in lege Aquilia et levissima culpa venit*: por mínima e insignificante que sea la culpa del agente (“*cualquier género* de culpa o negligencia”, indica el inciso final del art. 1.089), vendrá obligado a reparar (todo) el daño causado. Ciertamente es que en un esquema contractual típicamente romano las partes contratantes tienen ocasión de desplegar extensamente el principio

de autonomía de la voluntad para regular el régimen de responsabilidad que pueda derivarse de su relación, pero, por una parte, la diferencia de trato no puede ser tan abrumadora y, por otra, van siendo ya cada vez más escasos los encuentros de voluntades en los que la autonomía juegue de modo pleno y efectivo.

Son muchas las razones que llevan a gran parte de la doctrina más moderna a sugerir el acercamiento entre las dos esferas de la responsabilidad civil, y como *desideratum*, la unificación de los regímenes del resarcimiento:

A) Unas son *de orden sustantivo*, y hasta diríamos que de pura justicia material: la existencia de dos regímenes sustancialmente distintos estaría justificada en el seno de una economía poco desarrollada, pero no en un estado de las relaciones sociales como el actual, en el que la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa de la persona: indemnizar al acreedor o víctima (se le llame como se quiera, lo claro es que es esta parte de la relación la que se está convirtiendo en nuevo protagonista del Derecho de obligaciones surgido de la sociedad postindustrial) significa tanto como dejarla *indemne*, colocarla en la misma situación en que se encontraba antes de la causación del daño. Ya hace algún tiempo indicaban los MAZEAUD que existen diferencias en lo accesorio, pero no en los principios rectores. La realidad del daño, en el sentido puramente civil, es la misma y, como ha dicho en Francia Geneviève VINEY, no hay razón lógica para proporcionarle soluciones diferentes según que la víctima sea un contratante o un tercero: "sería desastroso que, por respetar una simple clasificación abstracta y teórica, que no está prevista siquiera en los textos ni impuesta por indiscutibles imperativos lógicos, se sacrificasen los verdaderos intereses en juego, que consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y en prevenir los comportamientos antisociales".

B) Otras razones son *de orden sistemático*: por inspiración del Código Civil francés, es muy habitual encontrar la materia de la responsabilidad contractual contenida en la parte que los tratados dedican a los *efectos* de las obligaciones, mientras que la extracontractual suele venir desarrollada en sede de *fuentes* de las obligaciones. Henri MAZEAUD achacaba a las teorías dualistas el que en esta materia se haya caído en la más absoluta oscuridad, al pretender servirse de la distinción, convertida abusivamente en auténtica *summa divisio*, para crear o explicar diferencias de principio en el estudio de la teoría general de la obligación, separando para ello las obligaciones una vez han nacido. El razonamiento vendría a ser así: si entre el agente y la víctima mediaba contrato, la responsabilidad solamente es la sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente; preci-

samente porque una de las partes no cumple se plantea la cuestión de la responsabilidad contractual. En cambio, no existe vínculo alguno entre las partes antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad aquiliana; es el propio hecho dañoso el que genera la obligación, poniendo en contacto a las partes.

Vistas así las cosas, es fácil entender que los autores no suelen ocuparse, al hablar de la responsabilidad contractual, de cuestiones que sí tratan, en cambio, al acometer el estudio de la extracontractual: en ésta, partimos del daño causado por una persona a otra; es necesario entonces estudiar —y así se viene haciendo en cualquier trabajo de carácter general— qué “ingredientes” deben darse cita para que nazca la obligación de resarcir: *a)* la acción u omisión antijurídica; *b)* el daño; *c)* la relación de causalidad entre la conducta y el daño, y *d)* el factor de atribución adecuado (culpa, dolo, riesgo, etc.) que permita imputar el resultado lesivo a un determinado patrimonio. Sin embargo, ni los tratados de Derecho de obligaciones ni los programas universitarios suelen dedicar atención a casi ninguno de estos temas al tratar del incumplimiento del contrato y sus efectos: sí se refieren a la culpa y el dolo, y no tanto porque se trate de varios de los posibles factores de atribución de la responsabilidad civil contractual, sino más bien porque son al mismo tiempo factores determinantes del incumplimiento del contrato. Sí se refieren también al caso fortuito y fuerza mayor, pero no enfatizando su virtualidad exoneratoria como manifestación de la ruptura de la relación de causalidad, sino su carácter de formas de no atribución del incumplimiento contractual. En una palabra, el “lenguaje” propio de la “responsabilidad” contractual no viene siendo, a diferencia de lo que sucede con la aquiliana, un lenguaje de *responsabilidad*, sino de *incumplimiento*.

Con ello, a los ojos del confundido estudiante se presenta un panorama en el que los requisitos anteriormente enumerados aparecen monopolizados por las lecciones del programa que tratan de la responsabilidad civil extracontractual, cuando lo cierto es que se trata de elementos comunes a ambas modalidades de responsabilidad, y como tales, de elementos que deberían ser estudiados en sede de teoría general de la obligación: la *acción u omisión* de que se habla en la responsabilidad aquiliana es justo el *incumplimiento del contrato* en la contractual. Y el artículo 1.101 habla también de *causalidad*, de *daños* y de *culpa*, al igual que lo hace el 1.902 (5).

(5) Esta postura moderadamente unificadora (unidad en lo sustancial, diferencias en lo accesorio) puede encontrarse en AMÉZAGA “La responsabilidad por culpa. Unidad genérica y diferencias específicas”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Uruguay), t. 37, págs. 47 y sigs.; H. MAZEAUD “Essai de classification des obliga-

En una conferencia pronunciada en la Universidad de Buenos Aires el 11 de mayo de 1988, señaló el conocido Decano de la Facultad de Derecho de Yale, Guido CALABRESI, que también en Estados Unidos se viene produciendo últimamente una fuerte corriente doctrinal en favor de la unificación, hasta el punto de que hay quien ya ha acuñado una curiosa palabra, "con-tort", que viene a ser una contracción de *contract* y *tort*.

C) No faltan las razones de simple *orden práctico*: como dice DE ANGEL YÁGÜEZ, son muy abundantes los casos puros, en los que basta con comprobar la existencia o no de vínculo contractual entre el dañador y la víctima para calificar la responsabilidad. Pero no son pocos los supuestos en los que puede discutirse ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos (6). Y si de dar una respuesta u otra va a depender la aplicación por parte de los tribunales de soluciones absolutamente distintas (con base legal o sin ella, ésa es ahora otra cuestión), salta a la vista la importancia práctica del problema.

Pero plantearnos los casos polémicos es tanto como preguntarnos por el ámbito propio de la responsabilidad contractual. A ello van dedicadas las siguientes consideraciones.

II. REQUISITOS PROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La expresión "responsabilidad extracontractual" tiene carácter negativo, en la medida en que viene designado su objeto como algo contrapuesto

tions", en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1936, págs. 17 y sigs.; PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, 1954, pág. 63; MAJELLO "Altre aspetti problematici della regola del cumulo", en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (estudios dirigidos por VISINTINI), Milano, 1984, en especial pág. 167; TUNC *La responsabilité civile*, Paris, 1981, pág. 41, LAMBERT-FAIVRE *Assurances des entreprises et des professions*, Paris, 1979, págs. 619 y sigs.

Un tratamiento sistemático de la responsabilidad civil contractual y extracontractual se encuentra en MAZEAUD *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1947, págs. 94 y sigs. (hay traducción española de la quinta edición, a cargo de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1977). Pero es en VINEY "Les obligations. La responsabilité. Conditions", en el t. IV del *Traité de Droit civil* de GHESTIN, Paris, 1982, donde se encuentra la más acabada teoría *general* de la responsabilidad civil (unificada en sus presupuestos, por tanto) que se conoce hasta la fecha. Particularmente interesantes son en este punto las páginas 192 a 300.

(6) DE ANGEL YÁGÜEZ *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1989, pág. 23. Aporta el caso de la mujer invitada a una cerveza en un bar y que después de un trago comprobó que había engullido un enorme caracol descompuesto y podrido, enfermando del asco. Creo que la responsabilidad del fabricante sería claramente extracontractual, pero no faltan los reparos.

al de la responsabilidad contractual. Bien se puede afirmar en este sentido que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contratos y que conceden un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho del hombre distinto del incumplimiento obligacional será extracontractual.

Quando digo que los principios de la responsabilidad extracontractual componen el derecho común de la responsabilidad no queremos decir que tal derecho común se encuentre comprendido en los preceptos legales específicos de la responsabilidad extracontractual (arts. 1.902 y sigs.). Antes bien, los textos positivos han aprovechado con comodidad la idea de que el contrato viene a ser el lugar donde más fácilmente se puede construir en forma de normas toda una teoría general de la obligación; de ahí que los artículos que componen la sede de la responsabilidad civil contractual (1.101 y sigs.) sean más bien —como la propia estructura del libro IV afirma— la sede de tal teoría general de la obligación (de *toda obligación*, provenga de contrato o de otra fuente). En una palabra: lo mismo que las normas aplicables a los contratos no sólo arrancan a partir de lo que dispone el artículo 1.254, las que tratan de la responsabilidad extracontractual tampoco son exclusivamente las contenidas en los artículos 1.902 y siguientes. Pero este dato no debe confundirnos: los principios de la responsabilidad aquiliana son principios *comunes y generales* en la medida en que se aplicarán cuando entre las partes no se haya convenido, por medio del contrato, un medio voluntario *específico*. Es ejemplar en este sentido lo que dispone el artículo 99-3.º del Código suizo de las Obligaciones: “las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual”

Partamos de la base de que **para que exista responsabilidad civil contractual es preciso que exista un contrato válido entre el responsable y la víctima, y que el daño resulte de su incumplimiento**. Examinemos cada uno de los miembros de la premisa:

1. QUE EXISTA UN CONTRATO

No cabe duda de que para que se pueda hablar de responsabilidad contractual hace falta un contrato ya formado entre los que hoy resultan ser dañador y víctima. Sin embargo, existen zonas fronterizas que constituyen una rica y amplia casuística:

A) *El caso de la **relación jurídica precedente análoga** al contrato. En particular, el transporte de favor*

Resulta interesantísimo el examen del supuesto que vino a encontrar solución en la Sentencia de 26 de enero de 1984 (ref. núm. 386): a consecuencia de ciertas filtraciones de aguas fecales en los locales del piso bajo de un edificio de Palma de Mallorca, se produjeron diversos daños a la entidad demandante, que los reclamaba a la empresa que tenía a su cargo el servicio público de alcantarillado de la ciudad. El Tribunal Supremo declaró que la responsabilidad era de carácter contractual, siendo entonces aplicable el plazo de prescripción de quince años (art. 1.964 CC) y no el de un año de la responsabilidad aquiliana (art. 1.968 -2.º):

“... la culpa contractual puede ir precedida de una **relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase**, como (...) una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, siendo de tener en cuenta que (...) si hay una relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual: existiendo obligación derivada de contrato **o de relación precedente análoga** no hay que acudir a los artículos 1.902 y 1.903, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto cotravenido (...); y en el caso debatido es indudable que entre la empresa recurrente y la demandante y actual recurrida existía una relación jurídica, si no contractual de Derecho privado, al menos enmarcada en el ámbito de los servicios municipales, por virtud de la cual la recurrente se hace cargo de la conservación y reparación de la red de alcantarillado a cambio de la percepción de una suma periódica a la que contribuye la recurrida, de modo que la obligación de reparación de la red indicada a consecuencia de las filtraciones que causaron los daños a la actora no surgió *ex novo* a virtud de esos daños y por causación material de la recurrente, sino que deriva de la **relación jurídica previa existente** entre ambas”.

Dicho sea de paso, parece como si detrás de las impecables consideraciones transcritas hubiese en la sentencia un deseo de evitar la calificación de extracontractual para no tener que declarar prescrita la acción, pero lo cierto es que, aunque la demanda se presentó más allá de un año desde que finalizaron las filtraciones, el acto de conciliación (que interrumpe la prescripción extintiva) había tenido lugar dentro de ese año (7).

(7) Véase el comentario que de la sentencia hace PANTALEÓN en *CCJC*, núm. 4, págs. 1257 y sigs.

La idea de que no es preciso para estar ante un caso de responsabilidad civil contractual que exista propiamente un contrato, sino que basta con una relación análoga, es reiterada en la Sentencia de 9 de julio de 1984 (ref. núm. 3802): es suficiente con que “los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea éste expreso o sea tácito, o incluso presunto, **o por otra relación** basada, por ejemplo, en supuestos jurídico-reales como la comunidad de bienes” (8).

En parecido orden de cosas, destaca con mucho en la doctrina y jurisprudencia europeas el problema del **transporte benévolo o de favor**: ¿de qué tipo será la responsabilidad del conductor que ocasiona daños a una persona a la que aceptó transportar por amistad, por simple favor o por la razón que sea? No cabe duda de que siempre existirá un acuerdo expreso o tácito entre ambos, o cuando menos una de las llamadas “conductas sociales típicas”; pero ¿es ello suficiente para calificar la responsabilidad como contractual? La misma pregunta cabe hacerse ante cualesquiera otros servicios o actos benévolos.

No comparto la opinión de RUIZ VADILLO, para quien se trata de un contrato típico, híbrido entre arrendamiento de servicios y comodato, en el que se sobreentiende una cláusula de renuncia a exigir responsabilidad al conductor. Y es que tal renuncia es inadmisibles en nuestro Derecho, al ir en contra de los naturales efectos del contrato, y particularmente de los artículos 1.103 y 1.255. Tampoco parece adecuada la postura de SANTOS BRIZ, para quien se trataría de un contrato innominado o atípico. Más correcta resulta la idea sustentada por la Sentencia de 28 de diciembre de 1964, que entendió que la responsabilidad tiene carácter extracontractual, y se encuentra por ello sometida al plazo de prescripción de un año. La solución se encuentra en la actualidad muy compartida, siempre que se trate propiamente de un transporte *de cortesía*. Cosa distinta habrá que decir si entre las partes ha existido auténtica voluntad de poner una obligación a cargo de una de ellas, en cuyo caso el servicio, por más que sea gratuito, viene a prestarse porque ha existido un auténtico compromiso

(8) Lástima que se manejase la misma doctrina en un supuesto muy distinto, como el que dio lugar a la Sentencia de 1 de marzo de 1984 (ref. núm. 1191): el presidente de una comunidad de propietarios había contratado unas obras sin contar con la aprobación de la Junta, al referirse la sentencia a la responsabilidad derivada de los daños ocasionados, dice que el presidente “*ad intra* no es sino mandatario de los propietarios singulares que forman el régimen de la propiedad horizontal, en que se ingresa por la vía de algún contrato o acto jurídico que, al menos en principio, alejan la aplicabilidad del artículo 1.902”. Craso error: si la responsabilidad del presidente es contractual, es en virtud precisamente de ese mandato que le vincula con los copropietarios, y no deriva por lo tanto del hecho de que éstos hayan ingresado en la comunidad “por la vía de algún contrato o acto jurídico”, que generalmente será el de compraventa, totalmente distinto.

jurídico. El problema estriba en la serie innumerable de ejemplos en los que tal voluntad no está clara (9).

B) *La responsabilidad procedente del cuasicontrato*

Es bien sabido que la enumeración justiniana de las fuentes de las obligaciones añadió, a la bipartita de Gayo, que distinguía las obligaciones derivadas del contrato de las procedentes de delito —*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*, *Instituciones*, III, 88— el desarrollo de “otras varias figuras de causas” —*cuasi ex contractu vel cuasi ex delicto*—. Antepuesta a las respectivas expresiones la partícula *ex* por obra de la conocida paráfrasis de Teófilo, resultaron dos nuevas fuentes de obligaciones, que la doctrina ha admitido hasta la actualidad: el *cuasicontrato* y el *cuasidelito*. Con la expresión *cuasicontrato*, los Códigos consagran ciertas aplicaciones de un principio general: el que se enriquece sin causa a costa de otro, se convierte en deudor con respecto al empobrecido; esta obligación cuasicontractual cobra especialidad entre el gestor de negocios ajenos sin mandato y el dueño del negocio (arts. 1.888 y sigs. CC) y entre quien ha recibido el pago de la indebido y el que lo ha efectuado (arts. 1.895 y sigs.). Tras la inclusión en el Código de Napoleón de la ley como fuente de obligaciones, quedó completo el cuadro analítico de fuentes que se traduciría en el artículo 1.089 de nuestro Código Civil.

Aunque el régimen de las obligaciones cuasicontractuales suele encontrarse bien concretado en los textos positivos, se trata de preceptos que no

(9) Un Código europeo que regula expresamente la cuestión es el portugués, y lo hace dentro de los preceptos dedicados a la responsabilidad extracontractual: el artículo 504 establece la responsabilidad del porteador por los daños causados culposamente (párr. 2.º, y declara nulas las cláusulas limitativas de la responsabilidad (párr. 3.º). El problema del viaje de favor es cuestión muy tratada por los autores. Es muy importante en Francia la obra de LESERVOISIER *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en Droit français et en Droit anglais*, Paris, 1966, así como la de BOITARD *Les contrats de services gratuits*, Paris, 1941. Exhaustiva la información doctrinal y jurisprudencial que de Francia, Bélgica y Canadá dan los MAZEAUD en el *Traité...*, cit. en los números 110 y sigs. En España, véanse GUIJARRO CONTRERAS “El transporte gratuito y de cortesía”, en Conferencias y Comunicaciones al V Curso Internacional de Derecho de la Circulación, Madrid, 1963, págs. 137 y sigs.; RUIZ VADILLO “El problema de la indemnización por daños y perjuicios en el transporte gratuito”, *RDJ*, 1967, págs. 11 y sigs.; LATOUR BROTONS: “El transporte gratuito y la responsabilidad civil”, en *R.D.Circ.*, 1965, págs. 179 y sigs. En manuales generales, SANTOS BRIZ trata de la cuestión en *Derecho civil*, III, Madrid, 1975, págs. 623 y sigs. Para Italia y Alemania, pueden verse, respectivamente, RASI “Alcune considerazioni sui trasporti a titolo di cortesia e di amicizia”, en *Rivista Giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1965, págs. 542 y sigs., y HABERKORN “Haftungsauslüsse bei Gefälligkeitsfahrten”, en *Deutsches Autorecht*, 1966, págs. 150 y sigs.

resultan suficientes y es preciso colocarlos en un marco mayor. Y éste no puede ser otro que el de la responsabilidad extracontractual. La voluntad de los redactores del Code resulta inequívoca y, como recuerdan los MAZEAUD, quedó bien expresada en la exposición de motivos:

“En los contratos, el consentimiento mutuo de las partes contratantes es el que produce entre ellas la obligación. *En los cuasicontratos, al contrario, como en los delitos y cuasidelitos, la obligación (..) resulta de un hecho. es la ley la que lo hace obligatorio.* Los compromisos de esta especie se fundan sobre esos grandes principios de moral, tan profundamente grabados en el corazón de todos los hombres, que es preciso hacer a los demás lo que querríamos que hicieran por nosotros en las mismas circunstancias, y que estamos obligados a reparar los males y los daños que hayamos podido causar” (exposición de Treilhard, sesión del 9 de pluvioso del año XII, Locré, t. XIII, pág. 29, núm. 5).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1958 (ref. núm. 1080) negó la existencia del cuasicontrato, al ser incompatible con la existencia de esta figura el haber mediado precio pactado por la prestación de unos servicios, ya sea de forma expresa o tácita: el cuasicontrato se caracteriza por la ausencia de toda relación, y viene a fundarse sobre simples principios de justicia, “al no poderse encuadrar los actos verificados en los diversos contratos calificados en el Código Civil”.

Decir que la responsabilidad derivada del cuasicontrato tiene carácter extracontractual no se contradice con la idea, compartida por todos, de que el plazo aplicable para exigirla sea el de quince años (art. 1.964), al tratarse de una acción personal que no tiene establecido un especial plazo de prescripción. Y es que el artículo 1.968-2.º no establece el plazo de prescripción propio de *toda* reclamación de responsabilidad extracontractual, sino el de la acción para exigir la responsabilidad civil “... por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902” (añádanse, eso sí, por lo dicho en el capítulo anterior, punto 2.5 —y por mucho que se niegue a ello, según se vio, la jurisprudencia de las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo—, las acciones de la mal llamada responsabilidad civil *derivada del delito*) (10).

En conclusión, y admitiendo sin reservas la viabilidad de la clasificación sintética de las fuentes de las obligaciones (ley/contrato), nunca podremos hablar de responsabilidad contractual cuando el autor del daño y su víctima no han creado por su voluntad la posibilidad de ese daño. Es extracontractual ... sencillamente, lo que no es contractual.

(10) ASÍ, LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1979, pág. 403; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1983, pág. 73; SANTOS BRIZ, en el t. XXIV de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1984, pág. 35.

C) El daño "*in contrahendo*"

Se produce el daño *in contrahendo* cuando con motivo de la formación de un contrato, una de las partes, que confiaba en su celebración, queda perjudicada por la ruptura de los tratos preliminares y la consiguiente falta de perfección del mismo. Si no hay responsabilidad contractual sin contrato, ¿de qué carácter será la responsabilidad que se origina en esta fase precontractual?

Firme partidario de la consideración de la culpa *in contrahendo* como culpa contractual fue IHERING. Para el maestro alemán, cuando una persona entra en negociaciones con otra para llegar a la celebración de un contrato, en estos tratos preliminares hay un auténtico pacto tácito de responsabilidad. La corriente contraria entiende que el daño ocasionado mediante la formación iniciada de un contrato que luego no llega a perfeccionarse sólo puede encontrar su encaje en la violación del genérico *naeminem laedere*. En la opinión de VINEY, avalada por la jurisprudencia francesa, sólo cabrá hablar de responsabilidad contractual a partir del momento en que se encuentre cerrado el período de negociaciones preliminares: si uno ha hecho la promesa de celebrar un contrato y el otro ha aceptado la promesa, la responsabilidad deriva del incumplimiento de lo pactado. Pero si tal acuerdo no existió, la víctima del daño deberá situar su reclamación en el campo de la responsabilidad extracontractual.

Es bastante lógico que en Alemania se haya tenido que acudir al terreno contractual, si se tiene en cuenta que en su sistema de tipicidad de los daños extracontractuales resarcibles (*Enumerationsprinzip*), no entran los daños primariamente patrimoniales (que son precisamente ante los que nos encontramos en la gran mayoría de los casos en que se experimenta un perjuicio en la fase de preparación de los contratos: sino sólo los derechos subjetivos absolutos (la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad o cualquier otro derecho de la persona, § 823-1.^o). Repárese además en que la idea de IHERING es el resultado del análisis de uno solo de los supuestos posibles: el de la negociación para celebrar un contrato nulo cuando una de las partes era conocedora del vicio de nulidad y lo ocultó a la otra parte: se llega a celebrar un contrato, aunque éste sea nulo. Pero no se puede decir igual de los casos en los que el contrato no llega a celebrarse por falta de cooperación de una de las partes. E incluso en el supuesto analizado por IHERING, ¿puede en rigor hablarse de una acción derivada de un contrato, si éste es nulo?

A mi juicio, es preciso hacer constar que el problema no se plantea cuando nos encontramos ante la figura del llamado precontrato: cuando

una de las partes se beneficia, por iniciativa de la otra, de una indiscutible promesa de contrato, válida durante un tiempo determinado (el ejemplo más cómodo es el del arrendamiento con opción de compra), no cabe duda de que el precontrato constituye por sí solo un convenio entre el promitente y el beneficiario de la promesa, por lo que la eventual responsabilidad tendrá carácter contractual. Ahora bien: doctrina y jurisprudencia españolas no han hecho suyas, con acierto, las expresiones de otros Derechos: cuando los autores franceses hablan de *responsabilité précontractuelle*, no se están refiriendo a la que se origina como consecuencia del incumplimiento de lo que en España denominamos precontrato (para esta figura reservan la expresión de *avant-contrat*), sino también a la ruptura de los tratos preliminares (*pourparlers préliminaires* o *accords préparatoires*). La misma amplitud del término “responsabilidad precontractual” se aprecia, cuando menos, en la doctrina italiana y en la alemana (11).

Entiendo mucho más correcta la denominación española: una cosa es la *culpa in contrahendo* (tratos preliminares) y otra el *pactum de contrahendo* (precontrato o contrato preliminar). Y aclarado el problema terminológico, se puede decir que, ante un supuesto de ruptura de un precontrato propiamente dicho, estaremos en presencia de un caso de responsabilidad contractual, mientras que hablaremos de responsabilidad extracontractual cuando de lo que se trate sea de la ruptura de simples negociaciones preliminares. Frente al argumento de que no puede existir responsabilidad aquiliana en un terreno en el que, por poder las partes moverse aún con entera libertad, no cabe hablar de acto ilícito (DÍEZ-PICAZO) (12), puede recordarse que son cada vez más numerosos los casos de responsabilidad por actos *lícitos*. Así, el artículo 1.328-1.º del Código

(11) Así puede apreciarse en PLANIOL y RIPERT *Droit civil français*, t. VI, Paris, 1930, págs. 167 y sigs.; VINEY, *cit.*, págs. 229 y sigs. También en MAZEAUD, *cit.*, núm. 116; SALEILLES “De la responsabilité précontractuelle”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, págs. 697 y sigs., BOYER “Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats”, en la misma *Revista*, 1949, págs. 1 y sigs.; SCHMIDT *La sanction de la faute précontractuelle*, en la misma *Revista*, 1974, págs. 46 y sigs. Puede verse en Italia, MENGONI “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, en *Riv. dir. com.*, 1956, II, págs. 360 y sigs.; STOLFI “In tema di responsabilità precontrattuale”, en *Foro it.*, 1954, I, págs. 1109 y sigs.; CARRESI, mismo título, en *Temí*, 1965, págs. 463 y sigs. En Alemania, NIEMANN *Verschulden bei Vertragsschluss*, Leipzig-Berlin, 1932. Ya clásico el importantísimo trabajo de IHERING “Culpa in contrahendo, oder Shadernersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, en *Iherings Jahrb. Dogm.*, 1860, págs. 1 y sigs.; BREBRIA *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, 1987.

(12) Este autor prefiere acudir al principio general de la buena fe, “que no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas o constituidas, sino también en las relaciones derivadas de un simple contacto social”. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1979, pág. 191. Véase también para este punto la bibliografía que se acompaña al tratar de la responsabilidad en caso de contrato nulo (*infra*, punto 2).

Civil italiano permite al proponente revocar la propuesta mientras que el contrato no esté concluido, pero teniendo que indemnizar al aceptante de los gastos y las pérdidas sufridos si ya hubo comenzado de buena fe la ejecución del contrato antes de tener conocimiento de la revocación. De CUPIS no duda en calificar el supuesto como de daño no antijurídico que encaja perfectamente en el concepto de daño extracontractual (13). Últimamente ha mantenido la misma postura en España Clara I. ASÚA, aunque sin restar méritos a quienes pretenden encontrar el encaje de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* en el artículo 1.101 del Código Civil, admitiendo que la expresión “cumplimiento de sus obligaciones” puede abarcar a más de una de esas situaciones en que dos personas se encuentran negociando, y, por decirlo de algún modo, *tiñendo* de contractual a un *encuentro* que no llegará a tener tal carácter (ruptura de tratos preliminares) o que nunca lo ha tenido (responsabilidad derivada de contrato nulo) (14).

D) *El daño postcontractual*

Si determinar cuál es el momento en el que comienza la vida del contrato plantea evidentes problemas de calificación, éstos no faltan tampoco a la hora de decidir en qué momento el contrato expira. El químico que es contratado por una empresa y que hace uso ahora de una fórmula secreta conocida en el trabajo que desarrollaba para una empresa anterior (y siempre que en el contrato con ésta no se contuviese ninguna estipulación prohibitiva al respecto), ¿incurre en responsabilidad contractual o aquiliana? Ciertamente es que el primer contrato le obligaba no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (art. 1.258 CC), pero la expresión “todas las consecuencias” ¿incluye aquellas que nazcan con posterioridad a la relación entre las partes? Me inclino

(13) DE CUPIS *El daño (Teoría general de la responsabilidad civil)*, trad. de Martínez Sarrión, Barcelona, 1975, págs. 165 y sigs.

(14) CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, 1989, pág. 259. Es bastante lógico que en Alemania se haya tenido que acudir al terreno contractual, si se tiene en cuenta que en su sistema de tipicidad de los daños extracontractuales resarcibles (*Enumerationprinzip*), no entran los daños primariamente patrimoniales (que son precisamente ante los que nos encontramos en la gran mayoría de los casos en que se experimenta un perjuicio en la fase de preparación de los contratos), sino sólo los derechos subjetivos absolutos (la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad o cualquier otro derecho de la persona, § 823-1.º MERTENS *MünchKommBGB*, III, München, 1980, págs. 1147 y sigs.

a pensar que sí. JORDANO FRAGA ilustra muy bien esta conclusión: el obligado a la entrega de la cosa quedará liberado si se da un caso de imposibilidad sobrevenida; pero ha de notificar oportunamente al acreedor esta eventualidad liberatoria para que pueda procurarse un cumplimiento sustitutivo rápido que le evite los perjuicios de una espera infructuosa. De no ser así incurrirá en responsabilidad por incumplir un elemental deber, por así llamarlo, "postcontractual", que se determinará con arreglo a las normas contractuales (15).

La Sentencia de 14 de octubre de 1983 (ref. núm. 5326) resolvió un caso de defraudación de la propiedad intelectual: una editorial había editado más ejemplares de los que se habían hecho constar en el contrato de edición. comentando el pronunciamiento del Tribunal Supremo, indica BERCOVITZ que "si los ejemplares no incluidos en el contrato de coedición se hubiesen realizado una vez extinguida la relación contractual entre las partes, la defraudación de la propiedad intelectual debería tener naturaleza extracontractual. Pero si los ejemplares de más se realizaron al mismo tiempo que los contratados, entonces creo que nos encontraríamos en un supuesto de responsabilidad contractual, es decir, de incumplimiento del contrato pactado entre las partes" (16).

Da la impresión de que al hablar de la cuestión del comienzo y fin del contrato nos encontramos ante uno de los aspectos más resbaladizos y que mejor aconsejan un tratamiento jurídico unitario de la responsabilidad civil. Parece claro, como señalan los MAZEAUD, que mientras no haya contrato y desde el instante en que ya no haya contrato, los problemas de responsabilidad que se originen con ocasión de un contrato futuro o pasado son problemas extracontractuales. Pero ¿cuándo comienzan y terminan los contratos? Imaginemos el supuesto del viajero de una empresa de autobuses. La obligación de seguridad derivada del contrato de transportes ¿comienza cuando se coloca un pie sobre el primer escalón del vehículo? ¿Se extiende a los minutos de estancia en la estación? ¿Concluye con la llegada a destino, o más bien cuando el viajero abandona las dependencias del transportista? Evidentemente, que existan diferentes plazos de prescripción o distintos alcances del resarcimiento para casos que se diferencian en unos minutos o en unos centímetros solamente puede calificarse de ridículo.

(15) JORDANO FRAGA *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág. 139. El profesor sevillano realiza un sugestivo encaje de esta mal llamada "responsabilidad postcontractual" en el ámbito de las normas contractuales, y en particular, en la regla integradora del artículo 1.258 del Código Civil.

(16) BERCOVITZ, en su comentario a la Sentencia de 14 de octubre de 1983 publicado en el núm. 3, págs. 993 y sigs. (en especial, pág. 1000), de *CCJC*.

2. QUE EL CONTRATO SEA VÁLIDO

No basta, para poder hablar de responsabilidad contractual, con que exista entre la víctima y el causante del daño un contrato o relación precedente análoga. Se precisa que el contrato sea válido. La consecuencia general de la invalidez (provenga ésta de la concurrencia de una causa de nulidad o sea consecuencia de una causa de anulabilidad) es, como recuerda DELGADO ECHEVERRÍA, el considerar no nacidas las obligaciones previstas y producidas sin causa las atribuciones patrimoniales que hubieran podido operarse (eficacia retroactiva de la nulidad consecuencia del principio *quod nullum este nullum producit effectum*).

Sin embargo, tal ausencia de consecuencias se refiere a las que el contrato estaría llamado a tener en caso de ser válido, y en tal sentido viene construido el régimen de los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil, pero nada impide que se desplieguen ciertos efectos *diferentes*, entre los que destaca el problema de la indemnización de daños y perjuicios. Indica DIEZ-PICAZO que si la causa de nulidad deriva de la conducta de un tercero (así, por ejemplo, la conducta del funcionario de telégrafos que modifica por su voluntad el texto de un contrato transmitido por telegrama, o del notario autorizante de una escritura de donación que no expresa individualizadamente los inmuebles donados), la responsabilidad de éste quedará fácilmente determinada. Pero si el contrato deviene nulo como problema *inter partes*, sólo procederá la acción de daños y perjuicios cuando uno de los intervinientes haya procedido de buena fe (por desconocer, a pesar de que la diligencia desplegada haya sido la exigible, la concurrencia del vicio invalidatorio) y la otra parte se haya comportado con mala fe (porque conocía el vicio y no lo reveló). Se tratará, no de colocar al perjudicado en la posición en la que estaría si el contrato fuese válido, sino de indemnizarle con arreglo a cómo se encontraría si no hubiese contratado (*negative Vertragsverletzungen*: interés contractual negativo o interés de la confianza).

Es precisamente el caso propuesto por IHERING para el estudio de la *culpa in contrahendo*, y que, como ha quedado dicho, fue calificado de responsabilidad contractual. Al supuesto cabe asimilar el de los vicios provocados por una de las partes en el consentimiento de la otra, que sufrió daños cuando se vio forzada a realizar determinados gastos (viajes, estudios de marketing). A mi juicio, es más correcta la calificación contraria; existe, en efecto, derecho al resarcimiento, pero si el ordenamiento opta por solucionar las cosas como si el contrato nunca hubiese existido, éste no podrá tener ninguna consecuencia, ni siquiera la consistente en colorear la naturaleza de la acción en virtud de una idea de "apariencia de contrato" que no pasa de ser mera ficción. Otra cosa es que el problema,

en la práctica, se resuelva con una simple acumulación de la acción de responsabilidad a la de nulidad o anulabilidad.

En contra, DELGADO ECHEVERRÍA, para quien existe una conducta contractual, aunque inválida, que hace "más fácil admitir la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual". Invoca la analogía con los artículos 1.483 (gravámenes ocultos en la cosa vendida), 1.486-2, 1.487 (vicios ocultos) y 1.270-2. Pero téngase en cuenta que los tres primeros se refieren a supuestos en que el contrato es válido; y en cuanto al 1.270, bien cierto es que se puede entender que en caso de dolo grave habrá nulidad con indemnización y sólo indemnización en caso de dolo incidental, pero ello no creemos que sea suficiente para otorgar a la acción de responsabilidad por daños carácter contractual (17).

3. QUE EL CONTRATO VINCULE AL RESPONSABLE CON LA VÍCTIMA

Parece fuera de duda que para poder decir que el régimen común de la responsabilidad extracontractual quede reemplazado por el específico de la contractual, no sólo es necesario que exista un contrato y que éste sea válido, sino que vincule efectivamente al responsable y la víctima. Así, si una de las partes contratantes ve, con ocasión del contrato, comprometida su responsabilidad con un tercero, éste solamente podrá fundamentar la eventual reclamación al amparo de las normas extracontractuales. Ello es consecuencia del principio de relatividad del contrato proclamado en el artículo 1.257 del Código Civil. Sin embargo, es preciso plantearse ciertos interrogantes (18).

(17) Sobre la indemnización de daños y perjuicios en caso de nulidad de contrato, y aparte del trabajo citado de IHERING, véanse, entre los partidarios de la tesis contractualista: DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos...*, cit., II-2, págs. 387 y sigs., y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., t. XVII-2.º, Madrid, 1981, págs. 257 y sigs.; MENGONI "Sulla natura della responsabilità precontrattuale", en *Riv. Dir. com.*, 1956, págs. 129 y sigs.; BENATTI *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, págs. 129 y sigs.; PIOTET *Culpa in contrahendo et responsabilité precontractuelle en Droit privé suisse*, Berne, 1963 págs. 24 y sigs. En contra, MAZEAUD *Traité...*, cit., núms. 123 y sigs.; VINEY, *ob. cit.*, pág. 227; DÍEZ-PICAZO *Fundamentos...*, cit., págs. 299 y 300, SANTOS BRIZ *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966, pág. 99; BARBERO *Sistema del Diritto privato italiano*, t. I, Torino, 1965, págs. 370 y sigs.

(18) Está fuera del propósito de este trabajo analizar, con el detalle que merecen, las cuestiones relacionadas con el principio de relatividad del contrato, y en particular, con los contratos o estipulaciones en favor de tercero, más allá de los problemas relacionados con la delimitación de las responsabilidades contractual y aquiliana. Remitimos al lector a DE BUEN "La estipulación en provecho de tercero", en *RGLJ*, 1923, págs. 193 y sigs., y MARTÍN BERNAL *La estipulación en favor de tercero*, Madrid, 1985; GULLÓN BALLESTEROS "En torno a los llamados contratos en daño de tercero", en *RDN*, 1958, 2, pág. 111. Entre las obras generales, LUNA SERRANO, en LACRUZ *Elementos...*, cit., II-2.º, págs. 317 y sigs.; DÍEZ-PICAZO *Fundamentos...*, cit., págs. 259 y sigs.

A) En primer lugar, hay que recordar que el párrafo 2.º del indicado precepto prevé la posibilidad de que el contrato contenga alguna *estipulación en favor de un tercero*. En tal caso, tanto la redacción del precepto (“éste podrá exigir su cumplimiento”) como su propia ubicación dentro del artículo 1.257, permiten dar una respuesta pacífica: el tercero beneficiario está asimilado a un contratante y, como tal, exigirá la responsabilidad por el incumplimiento al amparo de las normas reguladoras del contrato.

Lo contrario deberá decirse, en general, ante los llamados *contratos en daño de tercero*: la responsabilidad tendrá normalmente carácter extra-contractual, ya se reclame de manera autónoma, ya sea acumulando la pretensión a una acción de nulidad en aquellos casos en que, existiendo connivencia entre las partes para ocasionar el daño al tercero por medio de la celebración del contrato, pueda calificarse éste como nulo por ilicitud de la causa (DÍEZ-PICAZO).

Digo “normalmente” porque puede pensarse en el caso de que la celebración de un contrato en daño de tercero suponga al mismo tiempo el incumplimiento de otro previo. así, el incumplimiento de un pacto de exclusiva o el incumplimiento de la obligación de conservar la forma y sustancia por el usufructuario que contrata unas obras para demoler la vivienda objeto del usufructo, y siempre que éste hubiera tenido origen contractual (art. 468). Igualmente, la responsabilidad en la que pueda incurrir el transmitente de una finca sobre la que pesaba una prohibición de disponer no inscrita en el Registro, será contractual respecto del que estableció la prohibición (salvo que ésta procediera de título hereditario, claro está. Cfr. arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria).

Hay que tener muy presente que, desde un punto de vista técnico, sólo son *contratos en favor de tercero* aquellos que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta a un tercero un derecho subjetivo que le permita exigir el cumplimiento de la promesa. Y es que, de no ser así, el campo de aplicación de la figura sería absolutamente desmesurado, pues son innumerables los supuestos en que determinadas cláusulas se vienen a insertar en un contrato con miras a beneficiar a terceros, pero que no por ello van a proporcionar a éstos la posibilidad de exigir el beneficio. Así por ejemplo, no es contrato en favor de tercero un arrendamiento de local de negocio en el que se prohíbe al arrendatario la instalación de máquinas tragaperras, para asegurar con ello el monopolio a los restantes bares de la zona.

Es interesantísimo el pleito al que puso fin la Sentencia de 13 de diciembre de 1984: el padre de doña María Teresa Blasco Ranera había realizado con la Compañía Telefónica Nacional de España un contrato

de abono telefónico y otro de publicidad. En este segundo contrato se señalaba que el nombre que figuraría en la guía telefónica no sería el del abonado, sino el de la hija. Esta reclamó a la Compañía los perjuicios que su fama había sufrido como consecuencia de haber aparecido en la Guía de 1976 un cambio en una estratégica consonante de su segundo apellido: "Ranera" se había convertido en "Ramera". La demanda se amparó en el artículo 1.902 del Código Civil, y tuvo éxito. Lo que interesa aquí destacar es que, ante la imposibilidad de combatir la realidad del perjuicio, la Compañía Telefónica intentó desviar la atención por la vía de negar la existencia de la *estipulación en favor de tercero*, para con ello negar también la posibilidad de toda reclamación directa por parte de la señorita Blasco. Aunque la indemnización fue concedida, el Tribunal Supremo entendió que no había, en efecto, tal estipulación, sino una *prestación a tercera persona*: "la persona beneficiaria de un contrato de publicidad con la Compañía Telefónica del que no es parte viene únicamente autorizada por esa convención para recibir la prestación establecida a su favor y en forma alguna adquiere el derecho estipulado sustituyendo al contratante acreedor. Por ello *no puede dirigir contra la Compañía una acción de daños y perjuicios fundada en el incumplimiento de las obligaciones nacidas de aquel contrato, ya que no es parte interviniente*".

De la misma manera, no todo contrato que ocasiona un perjuicio a un tercero o le coloca en una situación desfavorable puede calificarse de *contrato en daño de tercero*, sino sólo aquellos en que la producción del daño es consecuencia directa e inmediata del contrato (GULLÓN BALLESTEROS), y venga a lesionar un interés digno de protección por el ordenamiento.

B) Problema diferente, aunque muy vinculado con el anterior, plantea el supuesto en que *la víctima del incumplimiento del contrato es causahabiente de uno de los contratantes*. En efecto, si el principio de relatividad del contrato hace que la eficacia de éste se limite a las partes "y a sus herederos" (art. 1.257-1.º), todo parece indicar que los causahabientes del contratante, *al menos si lo son por título "mortis causa"*, deberán actuar como si del propio causante se tratara. Y lo mismo si se trata de que la víctima ejercite sus derechos contra los herederos del obligado. Todo ello es consecuencia del principio por el cual en la transmisión hereditaria se comprenden las titularidades activa y pasiva de las obligaciones y claro está, siempre que tales derechos y obligaciones no sean intransmisibles.

La aplicación de la normativa del contrato a los herederos de las partes plantea en la práctica el delicado problema del fallecimiento de una persona que resulta del incumplimiento del contrato que ella misma celebró. Es el caso del comprador al que los vicios de la cosa comprada ocasionan

la muerte, del viajero que fallece en el curso del transporte contratado, o del paciente que muere de resultar del incumplimiento negligente del contrato de servicios médicos. Resumo aquí la respuesta que di a esta cuestión en otro lugar (19): *a)* si la reclamación tiene lugar en calidad de herederos no podrán solicitar la reparación del daño que ellos mismos hayan experimentado personalmente, sino sólo la del perjuicio sufrido por el patrimonio de su causante, y en la proporción que corresponda a la cuota hereditaria del demandante; en la medida en que el perjuicio coincidió con el incumplimiento del contrato, se transmite vía hereditaria y la acción tendrá carácter contractual. Pero *b)* si lo que se reclama es el perjuicio, patrimonial o moral, que el demandante ha experimentado en su patrimonio, el derecho se posee *iure proprio*, no *iure hereditatis*, y la demanda deberá sustentarse sobre las normas de la responsabilidad extracontractual. Como se ve, pues, un incumplimiento contractual puede así generar responsabilidad contractual respecto de los herederos del acreedor fallecido y responsabilidad aquiliana respecto de los directamente perjudicados, sean o no herederos.

No es entonces necesario, como han señalado los MAZEAUD y, últimamente, VINEY en Francia, acudir a la ficción de la “estipulación tácita en favor de tercero” para dar solución a los casos propuestos. Lo que sucede es que con frecuencia, los parientes de la víctima reclaman los daños sin especificar el título por el que lo hacen: no demuestran su condición de *herederos* (por medio de la presentación del testamento o del auto de declaración de herederos, según la sucesión sea, respectivamente, testada o intestada), ni su condición de *terceros perjudicados iure proprio* (por medio de la acreditación del perjuicio efectivamente sufrido), sino sólo mostrando su cualidad de parientes. La jurisprudencia francesa reciente permite que el heredero demandante renuncie a la estipulación tácita en favor de tercero que se considera incorporada al contrato, y sitúe su reclamación sobre el terreno extracontractual.

Personalmente, y aparte de mostrar mi escasa simpatía hacia la figura de la estipulación tácita, creemos que tal opción sólo es posible cuando confluya en la persona del reclamante la doble condición de “heredero-reclamante del daño sufrido por el patrimonio del causante” y “perjudicado directo”. Pero no cuando se reclamen por el causahabiente *sólo* los perjuicios que, ingresados como activo en el patrimonio del causante, se transmiten por herencia (en cuyo caso el art. 1.257-I.º le permitirá invocar las normas contractuales) o cuando un tercero no heredero reclame los daños que directamente ha sufrido como consecuencia del fallecimiento (en cuyo caso la reclamación siempre será extracontractual, pues a él ni la posición de parte en el contrato ni ninguna otra cosa se le ha transmitido).

(19) Véase YZQUIERDO TOLSADA *La responsabilidad civil del profesional liberal Teoría general*, Madrid, 1989, págs. 357 y sigs.

C) ¿Y si se trata de *causahabientes a título particular*? Piénsese que cuando el artículo 1.257-1.º amplía el círculo del contrato a los causahabientes de las partes, no lo hace a cualesquiera causahabientes, sino tan sólo a los que lo son por título *mortis causa*, esto es, a los herederos. El problema no se plantea cuando un tercero asume la posición de parte merced a un negocio de *cesión de créditos* o a un supuesto de *subrogación legal*: tanto una como otra transfieren al, hasta entonces, tercero, el crédito con todos sus accesorios (arts. 1.528 y 1.212 CC, respectivamente). Como nuevo acreedor que es, exigirá el cumplimiento del contrato o, en su caso, la responsabilidad por el incumplimiento. Tampoco cuando se nos presenta un caos de ejercicio de *acción subrogatoria*, pues los terceros actúan contra los deudores de su deudor en nombre de éste y para que cumplan con éste (acción oblicua, no directa, del art. 1.111), siendo un problema de simple legitimación procesal.

Ahora bien: imaginemos el caso, lamentablemente frecuente, de un edificio que, como consecuencia de un muy defectuoso cumplimiento del contrato de obra, ocasiona daños, no a quien contrató con la empresa constructora, sino a quien posteriormente compró la vivienda al cliente de ésta. O el del propietario de un automóvil que contrata unas reparaciones con un mecánico; en el curso de las mismas vende el vehículo a un tercero y cuando éste va a retirarlo, comprueba que el mecánico lo ha destrozado. Pensemos en el anfitrión de una fiesta que encargó la confección del menú con un restaurante, y cuyos invitados sufren una intoxicación por causa del mal estado de uno de los platos. Los ejemplos son numerosos ¿puede el tercero, ajeno al contrato, fundar sobre la inejecución del mismo una acción de responsabilidad contractual?

La respuesta viene siendo afirmativa sólo de forma absolutamente excepcional. Como presupuesto para el juego de la excepción, debe tratarse de terceros que, habiendo a su vez contratado con una de las partes del "contrato primitivo", sufren las consecuencias del mal cumplimiento de éste (quedaría de este modo excluida la posibilidad de la acción contractual en el ejemplo propuesto de los invitados a la fiesta). Por ejemplo, en el terreno de la construcción es muy corriente que la jurisprudencia permita al subadquirente dirigirse directamente contra los participantes en la edificación por medio de una acción de responsabilidad contractual (no así, por supuesto, si se trata de viandantes que resultan heridos, o de vecinos perjudicados). Es muy conocida en este sentido la Sentencia de 5 de mayo de 1961 (núm. ref. 2310). En efecto, para el ejercicio de la acción derivada de la ruina de edificios consagrada en el artículo 1.591, basta con ostentar la condición de propietario del edificio arruinado, siendo por tanto indiferente que el edificio haya cambiado o no de dueño entre el momento en que se concluyó y entregó y el momento en que la ruina se manifiesta.

En cuanto a los subadquirentes de un bien que, aun no habiendo contratado con el fabricante sino con el intermediario (cosa que sucede en tantas ocasiones y con los productos del más elemental consumo diario) reclaman directamente de aquél, la solución contractual se encuentra en cambio muy limitada: no hay generalmente inconveniente en permitir al consumidor reclamar directamente del fabricante y a través de una acción contractual (la prevista para el saneamiento por vicios ocultos) responsabilidad por los defectos de la cosa que adquirió del revendedor; en cambio, para obtener el resarcimiento por los daños producidos en otras pertenencias o en su propia persona, deberá situarse en el terreno extracontractual. Se entiende así, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de ruina de edificios, que la condena de transmisiones sólo otorga al adquirente final la tutela **contractual** del llamado “derecho a la utilidad”, pero no la del “derecho a la indemnidad” (CAVANILLAS MÚGICA).

Es muy significativo que cuando la Directriz del Consejo de las Comunidades Europeas en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (25 de julio de 1985) se refiere a los daños resarcibles al amparo de esta normativa, habla de “los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa que no sea el propio producto defectuoso”, dando con ello a entender que para los daños en el propio producto defectuoso tendremos las normas internas de cada país **en materia de contrato** de compraventa.

D) Si en los apartados anteriores hemos visto el carácter de la responsabilidad de los contratantes para con terceros, la calificación que ha de darse a la **responsabilidad de los terceros para con los contratantes** sólo puede ser extracontractual. Cuando un tercero se inmiscuye en la esfera de los derechos de crédito ajenos y provoca con su actuar el incumplimiento de un contrato, no habrá responsabilidad del deudor si la conducta del tercero fue necesaria y suficiente para la producción del daño al acreedor: en lo que se refiere al deudor, se rompe el nexo causal como si se tratase de un supuesto de fuerza mayor.

Cuestión distinta será la de decidir cómo y frente a quién habrá de responder el tercero. Para ello es preciso distinguir según el tercero actúe como **autor** del incumplimiento, o actúe como **cómplice** (valga aquí la terminología penal): **a)** si una persona ocasiona un accidente ferroviario, y el médico que viajaba en el tren no puede llevar a cabo una operación quirúrgica, está claro, por lo dicho, que no habrá responsabilidad del facultativo para con el paciente que le contrató. No menos claro que el causante del accidente vendrá obligado a resarcir los daños patrimoniales y morales sufridos por aquél. Pero el daño sufrido por el paciente no deberá ser tampoco resarcido por el tercero sino en la medida en que

hubiera sido previsto tal resultado, pues sólo en esa medida el hecho que rompió el nexo causal y exoneró al deudor puede al mismo tiempo guardar relación de causalidad adecuada con un daño tan remoto o, al menos, tan indirecto, como es el ocasionado al acreedor. Lo que está fuera de duda es que la responsabilidad del tercero cuando la haya (y ya sea frente a uno de los contratantes o frente a ambos) tendrá carácter extracontractual; *b)* más fácil es determinar frente a quién se va a responder cuando el tercero es cómplice del incumplimiento, como ocurre cada vez que se incumple un pacto de exclusiva. El problema está en que, si como todo parece indicar, también aquí la responsabilidad del tercero es extracontractual, estamos ante un mismo hecho que genera ambos tipos de responsabilidad: la contractual del deudor que incumple el contrato por medio de la celebración de otro, y la extracontractual del tercero. Ni que decir tiene que todo viene una vez más a resolverse en la práctica por la vía de la acumulación de acciones, pero aun así, la existencia de tratamientos diferentes para lo que podría ser considerado un acto de violación conjunta del contrato (y como tal, sometido a un único régimen de responsabilidad) ocasiona evidentes problemas (20). No sorprende así la polémica suscitada por la viabilidad de lo que se ha dado en llamar “tutela aquiliana de los derechos de crédito”, realmente interesante: ¿se encuentra legitimado el acreedor para exigir la responsabilidad aquiliana al tercero, teniendo así su derecho un *plus* de protección? (21).

Es muy conocida la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1921 (ref. núm. 90). La conocida cantante Raquel Meller grabó con una compañía discográfica cuando todavía estaba vigente el pacto de exclusiva con otra. Como quiera que la primera compañía había dado a conocer por conducto notarial la existencia de la exclusiva a todas las

(20) Véanse GULLÓN BALLESTEROS “En torno a los llamados contratos en daño de tercero”, en *RDN*, 1958, 2 págs. 111 y sigs.; Díez-PICAZO *Fundamentos...*, cit., págs. 725 y sigs., y *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1979, págs. 389 y sigs. MAZEAUD *Traité...*, cit.; VINEY, *ob. cit.*, págs. 236 y sigs., núms. 142 y sigs.; HUGUENY *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Dijon, 1910; STARCK “Des contrats conclus en violation des droits contractuelles d'autrui”, *JCP*, 1954, I, 1180, núm. 70.

(21) VATTIER FUENZALIDA, en un documentado resumen de la cuestión, se muestra decididamente partidario de dar acogida a la teoría de la tutela aquiliana del acreedor para los casos de intervención de tercero que provoca el incumplimiento por parte del deudor de una obligación de hacer o de no hacer. *La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos*, en el libro homenaje al profesor Roca Juan, Murcia, 1989, págs. 845 y sigs. Entiendo que el *plus* de protección se dará cuando el tercero colabora en el incumplimiento, no cuando lo provoca de manera exclusiva, pues en tal caso, independientemente de la responsabilidad eventual en que el tercero pueda incurrir, lo que de ningún modo habrá es responsabilidad del deudor, al haberse roto el nexo de causalidad como consecuencia precisa y directa de un hecho ajeno.

demás compañías, a la responsabilidad contractual de la cantante se unía la aquiliana de la segunda casa de discos.

Supuesto relacionado con estas complicidades entre el tercero y el incumplidor de un contrato es el de la responsabilidad en que incurre el tercero participante en el fraude a que da lugar la *acción pauliana* o revocatoria, en el caso de que la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato celebrado en fraude de acreedores no puedan ser devueltas por hallarse legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. En tal caso sólo “podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión” (art. 1.295, párr. 3.º CC). La particularidad del supuesto reside en el hecho de que el contrato ya está incumplido en el momento de exigirse la rescisión del contrato fraudulento (consecuencia del carácter subsidiario de la acción): precisamente para escapar de las consecuencias de tal incumplimiento el deudor ha dejado salir fraudulentamente bienes de su patrimonio. El tercero, más que cómplice del incumplimiento, es cómplice en esa “fuga de bienes”; su responsabilidad tiene carácter extracontractual, por mucho que la cuestión se resuelva, dentro del litigio rescisorio por medio de las reglas propias de la rescisión de los contratos (para lo cual será necesario que en la demanda se haya solicitado la devolución de las cosas y, subsidiariamente, la indemnización).

4. QUE EL DAÑO RESULTE DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO LAS LLAMADAS “OBLIGACIONES DE SEGURIDAD”

Por último, se perfila el ámbito de la responsabilidad contractual con el requisito que se examina a continuación. No será contractual el daño que experimenta el inquilino cuando quien le atropella por la calle es precisamente su arrendador, pues en este caso actúa como peatón y no como arrendatario. El contrato válido que vinculaba a las partes ha de ocasionar un daño que es resultado *precisamente* del incumplimiento del contrato. Sin embargo, esta afirmación, que puede resultar hasta demasiado obvia, entraña enormes dificultades de precisión, y constituye probablemente el punto que mejor demuestra la existencia de zonas fronterizas entre las dos esferas de la responsabilidad civil.

A) Para comenzar por lo simple, veamos aquellos *casos en que el contrato y su ejecución vienen a constituir sólo la ocasión accidental para que el daño se produzca*. Por ejemplo, una disputa entre prestamista y prestatario sobre una cuestión cualquiera del préstamo ocasiona el que uno lesione al otro. O un mecánico que realiza mejoras en un automóvil

aprovecha para hurtar ciertos objetos de valor de su cliente. No cabe duda del carácter extracontractual del perjuicio: entre el daño y el contrato debe existir una relación que no sea puramente fáctica: no basta con comprobar que sin el contrato de daño “no se habría producido”. Por mucho que se admita que los contratos obligan a más de lo expresamente pactado (art. 1.258 CC), no pueden jamás llegar a extender sus consecuencias a bienes o derechos absolutamente extraños a la prestación. Una cosa es que el contrato obligue al mecánico a ser diligente, no sólo en relación con las mejoras que se le encargaron, sino con el manejo de todos y cada uno de los componentes del vehículo, o que la ley le haga incluso asumir cualquier riesgo de destrucción (art. 1.589) y otra muy distinta que siga pudiéndose calificar de contractual un caso en que, como en el ejemplo del hurto, el contratante daña al situarse previamente al margen de la relación.

B) *Casos en los que se incumple una obligación inequívocamente estipulada, pero el daño se produce en bienes de la personalidad.* En ocasiones hemos utilizado del retruécano “responsabilidad extracontractual derivada de contrato” para referirnos a una teoría, ciertamente extendida, que resulta absolutamente extravagante, y que, como advierten los MAZEAUD, se suele presentar en sede de contrato de servicios profesionales, y sobre todo en el terreno de la medicina.

Y es que no son pocos los autores que, avalada su opinión por una copiosa jurisprudencia, entienden que entre el médico y su paciente puede existir un contrato de servicios, pero cuando el incumplimiento del contrato trae consigo la lesión de los derechos de la personalidad del paciente, está justificado aplicar las reglas extracontractuales (SANTOS BRIZ, PUIG BRUTAU). El razonamiento viene a ser el siguiente: cuando el profesional no hace uso de los recursos propios de la *lex artis*, no es que esté incumpliendo una obligación específica con el cliente, sino unos imperativos legales y profesionales que constituyen auténticos deberes de importancia general frente al público: el cliente, por su propia ignorancia en la esfera técnica, sólo puede conferir al profesional unas atribuciones genéricas e indeterminadas, dejando el ejercicio de la actividad librado al buen criterio y arbitrio de éste.

Hay quien ha llegado a decir —aunque se trata de razones hace ya tiempo dejadas de invocar— que las obligaciones contraídas por los profesionales liberales no pueden engendrar acciones contractuales porque se trata de actividades fuera del comercio de los hombres: “ni la inteligencia del hombre ni sus productos están en el comercio, no pudiendo ser objeto de un contrato civilmente obligatorio”, decía GUILLOUARD.

Tampoco son escasos los litigios que, para reclamar los perjuicios derivados de una operación quirúrgica contratada, se plantean con éxito

al amparo de las normas propias de la responsabilidad extracontractual. Prueba de ello, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1973 (ref. núm. 407), 20 de febrero de 1981 (ref. núm. 564) y 28 de marzo de 1983 (ref. núm. 1646), entre otras muchas (22).

No dudo que sea cómodo para la víctima ampararse en las normas de la responsabilidad aquiliana, que otorgan en la práctica un trato más *generoso* que la normativa contractual. Pero desde el punto de vista puramente técnico, la idea es rocambolesca. Poco importa que los deberes y procedimientos a que deban sujetarse los contratantes se encuentren previstos en el pacto (cosa harto infrecuente, por cierto) o provengan de la ley, de los usos profesionales o de las reglas de la deontología. Si hubo vínculo, la obligación encuentra en el contrato su única fuente posible, y las normas han de ser las contractuales. Como dice BARASSI, el contrato crea una situación particular, querida explícitamente, la cual es absorbente y excluye aquella más general que la ley crea por su cuenta, a falta de pactos particulares.

Es cierto, en efecto, que pocas veces un contrato prevé absolutamente todas las conductas que deberán ser observadas. Más todavía si el contrato es de servicios profesionales, en el que los usos de la profesión y las normas corporativas componen, junto a la buena fe, un clima tan natural, que no se considera preciso consignar en el texto contractual lo que se práctica habitualmente observada (piénsese, por otra parte, la enorme cantidad de supuestos en que las partes de un contrato de este tipo ni siquiera redactan dicho texto, limitándose a perfeccionar el contrato por un simple consentimiento que es resultado de unas conversaciones en las que casi todo se da por sobreentendido). Pero si por ello hemos de deducir que sólo son contractuales los daños ocasionados como consecuencia de la no observancia de lo pactado, no es fácil entender a qué queda reducida la labor de integración contractual prevista en el artículo 1.258. Toda falta

(22) Esta opinión, que ya critiqué en *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, 1989, especialmente págs. 136 y sigs. y 189 y sigs., puede encontrarse, entre otras, en las obras de SANTOS BRIZ, muy especialmente en *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1981, pág. 715; PUIG BRUTAU *Fundamentos de Derecho civil*, II-3, Barcelona, 1983, pág. 133; ROMEO CASABONA. *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, 1985, pág. 101; FERNÁNDEZ-HIERRO *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Bilbao, 1977, págs. 63 y sigs., y también en *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1983, pág. 39. Aunque sin tomar partido decididamente; FERNÁNDEZ COSTALES. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987, pág. 94. En Italia, GABBA *Nuove questioni di diritto civile*, Torino, 1905, págs. 239 y sigs. En Bélgica, el trabajo clásico de TART "De la responsabilité des personnes qui exercent l'art de guérir", en *RBJ*, 1884. Pero, sobre todo, en Francia, PEYTEL *La responsabilité médicale*, Paris, 1935, págs. 21 y sigs.; KORNPROBST *La responsabilité médicale. Origine*,

o insuficiencia de estipulaciones ha de verse completada imperativamente con la ampliación de lo pactado a todas las consecuencias que, según la naturaleza del convenio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, hasta el punto de que, en el caso de que las partes establecieran una cláusula contraria a alguna de estas pautas, no sólo sería lícito, sino obligado para el juez “buscar el derecho objetivo superior a la voluntad de los contratantes” (Sentencia de 10 diciembre 1959, ref. núm. 4933). Por eso es tan afortunada la expresión de LACRUZ BERDEJO, al calificar a los criterios enunciados en el artículo 1.258 como pautas de “heterointegración del contrato”.

“Lo pactado es propiamente el área del contrato, la cual, por *accesión*, se extiende y amplía”, decía MUCIUS SCAEVOLA. Ya señalaba GARCÍA GOYENA, al comentar el correlativo artículo 978 del Proyecto de 1851, que “no hay especie alguna de obligación, sea de dar, de hacer o de no hacer, que no descansen las reglas fundamentales de este artículo, a las que habrá de recurrirse siempre para interpretarlas, ejecutarlas y determinar todos sus efectos”. El artículo 1.258 del Código Civil encuentra numerosos correlativos en los Códigos extranjeros. Véanse, entre otros, artículo 1.135 del francés, § 242 del BGB, 1.374 y 1.375 del italiano, y por supuesto, el 1.198 del argentino.

Pero todavía hay más. Los partidarios de tan extravagante teoría no dudarán en afirmar que si el que incumple el contrato es el cliente, al no satisfacer el pago de los honorarios estipulados, entonces el profesional acudirá sin vacilación a la regulación contractual. ¿Cómo se puede entonces admitir que si quien incumple es éste y, como consecuencia, queda dañada la salud del paciente —vuelvo al ejemplo más cómodo de la relación entre médico y paciente— las normas aplicables van a ser las extracontractuales? Sería tanto como decir que sólo existe contrato para una de las partes (23).

fondement et limites, Paris, 1947, núm. 126; NORDMANN *Le contrat d'opération quirurgicale*, Paris, 1939; SAHUT *Nature juridique de la responsabilité civile des médecins*, Montpellier, 1937; VAN RYN *Responsabilité aquilienne et contrats en Droit positif*, Paris, 1933, núms. 155 y sigs. En cuanto a la tesis de las actividades profesionales como *res extracommercium*, véase AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, Paris, 1920, págs. 314 y 512, GUILLOUARD *Traité du contrat de louage*, II, Paris, 1887, núm. 692.

(23) DE COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 105; MAZEAUD *Traité...*, cit., núms. 146 y sigs.; COLOMBO *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, I, Buenos Aires, 1965, pág. 226; AGUIAR *Hechos y actos jurídicos. Hechos ilícitos*, Buenos Aires, 1936, pág. 226; BARASSI *Teoria generale delle obbligazioni*, Madrid, 1955, pág. 105; MORELLO “Profili comparatistici”, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (estudios dirigidos por VISINTINI), Milano, 1984, pág. 176.

Sobre el alcance del artículo 1.258 del Código Civil y sus correlativos en los Códigos extranjeros, véase LACRUZ BERDEJO *Elementos...*, cit., II-2.º, págs. 296 y sigs.; MUCIUS SCAEVOLA *Código Civil*, t. XX, Madrid, 1957, pág. 635; MANRESA *Código Civil espa-*

Cuentan los MAZEAUD cómo la jurisprudencia francesa, hasta muy entrado el siglo xx, ha aplicado a ciertas profesiones los artículos 1.382 y siguientes del Code (equivalentes a nuestros arts. 1.902 y sigs. CC), aunque la Corte de Casación no dejaba de admitir que el contrato existía (tal vez porque suele entenderse que los preceptos de la responsabilidad extracontractual son los que mejor caracterizan la prudencia ordinaria). Pero la conocida sentencia, de la que fue ponente nada menos que JOSSE RAND, de 20 de mayo de 1936 indicó: "se forma entre el médico y su cliente un auténtico contrato que si no hace asumir a aquél el compromiso de curar, si al menos de dar al enfermo sus cuidados atentos y conformes al estado de la ciencia. La violación, incluso voluntaria, de esta obligación *contractual* se sanciona por medio de una responsabilidad *de la misma naturaleza, igualmente contractual*". La sentencia ha tenido —y no es para menos— una decisiva importancia para el tratamiento de estos temas en la doctrina y jurisprudencia francesas.

C) Casos en los que *el daño tiene lugar, no por el incumplimiento de una de las prestaciones inequívocamente estipuladas, sino por el de una prestación accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato*. El contenido del contrato, como se acaba de decir, va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes. Aunque nada se estipule, también el médico se encuentra obligado a no revelar el secreto profesional. La compañía de transportes no sólo se obliga a la prestación en que el transporte consiste, sino también a velar por la seguridad de los viajeros. El hotelero, además de suministrar alojamiento a su cliente, proporciona un deber de custodia sobre su persona y bienes.

En este sentido, la correcta aplicación de los principios de la integración contractual debe conducirnos a la moderna idea de la *obligación de seguridad*. JORDANO FRAGA, inspirado en la doctrina italiana y en la alemana, distingue los *deberes de prestación* a los que vienen inequívocamente obligadas las partes, de los *deberes de protección*. Unos salvaguardan el interés primario del acreedor; los otros preservan frente al daño que se pueda producir en un interés creditorio distinto de la prestación. Tan autónomos son unos de otros que pueden funcionar independientemente, hasta el punto de poder ocurrir que el deudor haya cumplido escrupulosamente la prestación propiamente dicha, y sin embargo, haya dejado de observar esos deberes de protección añadidos.

En Francia, un movimiento jurisprudencial muy favorable al reconocimiento de las obligaciones de seguridad, tanto respecto de la persona

ñol, t. VIII-2.º. Madrid, 1967, pág. 437; DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, Madrid, 1963, pág. 181, LASARTE "Sobre la integración del contrato. La buena fe en la contratación", en *RDP*, 1980, págs. 50 y sigs.; BORDÁ: *Tratado de Derecho civil argentino. Obligaciones*, I, Buenos Aires, 1965, pág. 39; SACCO "Il contratto", en el *Tratato di Diritto Civile italiano*, de Filippo VASALLI, V-2.º, Torino, 1965, pág. 789.

como respecto de los bienes, ha dado lugar a numerosos estudios doctrinales. Indica VINEY que ha sido en el *contrato de transporte de personas* donde la teoría ha encontrado su auténtico banco de pruebas. En efecto, desde una Sentencia de 21 de noviembre de 1911, y tras las iniciales vacilaciones e incluso negativas, recuerdan los MAZEAUD que la jurisprudencia se muestra unánime en resolver que el contrato de transporte obliga al conductor no sólo a efectuar el traslado del pasajero, sino a garantizar su seguridad durante el viaje. De esta suerte, el viajero podrá intentar una acción de responsabilidad contractual cuando resulte herido como consecuencia de un accidente provocado por el transportista o caiga enfermo por causa de una insuficiente calefacción.

A partir de tales consideraciones, la casuística es amplísima. Otro lugar en el que resulta fácil la aplicación de la teoría de las obligaciones de seguridad lo encontramos nuevamente en el terreno de las *actividades profesionales*: el principio de la buena fe asegura al cliente que el profesional no sólo se compromete a cumplir sus deberes puramente técnicos, sino también a tenerle informado, no violar el secreto profesional, no enriquecerse a sus expensas, evitarle perjuicios al resolver el contrato, etc. En suma, a desenvolver los deberes de prestación dentro de un clima de *fair play* o proceder leal.

También el *contrato de trabajo* ha dado lugar a similares consideraciones: sin perjuicio de que los accidentes de trabajo se encuentren mayoritariamente regidos por leyes especiales, se admite que son compatibles la indemnización que proceda por aplicación de las mismas (a determinar por la jurisdicción laboral) y la procedente del incumplimiento por parte del empresario de su deber de garantizar a sus empleados el trabajo en condiciones de seguridad. Aunque en nuestro país viene este supuesto a considerarse indefectiblemente como de responsabilidad extracontractual (*vid. infra*, por todas, la Sentencia de 9 marzo 1983, ref. núm. 1463), no vemos razón para negarle carácter contractual, pues bien puede entenderse que el empresario se encuentra obligado *en virtud del contrato* de trabajo a adoptar las precauciones necesarias para que los accidentes no se produzcan.

Se afirma de igual modo la existencia de obligaciones contractuales de seguridad en cuanto a la persona en los contratos de enseñanza celebrados con centros escolares y similares, en los celebrados con empresarios de clubes deportivos para la práctica de un deporte o con ferias, zoológicos y parques de atracciones, en el contrato de hospedaje, en el de hospitalización y hasta en el de compraventa (respecto de los daños que el uso o consumo de la cosa adquirida pueda producir al comprador). También, respecto de los bienes, en los contratos de arrendamiento (v. gr., daños por

el mal estado de la vivienda), comodato y depósito. Es ejemplar en Argentina la potencialidad que el artículo 1.198 del Código Civil ha sabido extraer VÁZQUEZ FERREYRA

En resumen, creo que no es difícil encontrar estas obligaciones contractuales accesorias en aquellos casos en que las partes han manifestado su voluntad de que formen parte del contenido del contrato. Así, cuando el vendedor se ha obligado a señalar al comprador los riesgos particulares que pueden correr con el uso de la cosa, o cuando el club de tenis garantiza al nuevo asociado frente a los daños que sufra por un eventual mal estado de las instalaciones. O cuando, por el contrario, se ha indicado expresamente la *inexistencia* de la obligación de responder de los que sufra el vehículo estacionado en el establecimiento hotelero o el paciente que ingresa en una clínica (otra cosa será el determinar hasta dónde llega la validez de tales cláusulas de exoneración). Pero cuando nada se haya previsto, es ahí donde el artículo 1.258 del Código Civil desplegará todos sus efectos para averiguar si la buena fe, los usos o la ley han de completar o no el contenido del contrato con más obligaciones de las expresamente establecidas por las partes y deducir con ello si la responsabilidad contractual ha de quedar o no ensanchada merced a los citados criterios integrativos. Y siempre que el daño en cuestión sea consecuencia directa de la ejecución del contrato, y no —como también quiere STOLL— éste una simple ocasión para la producción de aquél, la pregunta deberá tener respuesta afirmativa (24).

Lamentablemente, y a juzgar por lo que se deduce de la práctica judicial diaria, la teoría de la obligación de seguridad no está llamada a tener mucho éxito en España, pues no parece que se desee dar al artículo 1.258 del Código Civil todo el juego que merece. Se comprenderá que, si en los casos en que el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una *prestación claramente pactada*, se afirma comúnmente su carácter extracontractual si afecta a cierta categoría de bienes (los de la

(24) Sobre la obligación de seguridad, deben consultarse ante todo MAZEAUD *Traité...*, cit., núms. 150 a 171; VINEY, *ob. cit.*, págs. 597 y sigs., y LE TOURNEAU *La responsabilité civile*, Paris, 1982, núms. 1502 y sigs. Todas contienen un abundantísimo aparato bibliográfico. STOLL "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen", en *Arch. Ziv. Pr.*, 1932, págs. 286 y sigs.; MENGONI "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", en *Riv. Dir. Com.*, 1954-I, y allí págs. 368 y sigs., VISINTINI *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, págs. 138 y sigs. En España, JORDANO FRAGA *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 141 y sigs. (véase también la copiosa bibliografía que cita). En relación con el contrato de trabajo, ALDAR RIERA "La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador de la empresa", *RDP*, págs. 245 y sigs., y allí pág. 251. Naturalmente, hay que consultar a quien recientemente ha tratado el tema de manera sistemática en Argentina: VÁZQUEZ FERREYRA *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil*, Rosario, 1987.

personalidad, *vid. supra*, apartado B), con mayor motivo se suele otorgar la misma calificación si el perjuicio viene a causarse como consecuencia del incumplimiento de una *obligación accesoria* no expresamente pactada. El examen de alguna respuesta del Tribunal Supremo nos servirá para deducir la conclusión.

1. La obligación de seguridad en el transporte de personas: Sentencia de 9 de diciembre de 1949 (ref. núm. 1463): un pasajero de un autobús accidentado pierde la facultad sexual como consecuencia del golpe sufrido en una vértebra. Reclama una indemnización por daños morales a la empresa transportista *al amparo de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil* y la consigue. Lo mismo en la Sentencia de 30 de abril de 1959 (ref. núm. 1981), en un supuesto de pérdida de visión parcial de un viajero por astillamiento de un vidrio y alojamiento en uno de sus ojos. Cabe preguntarse: ¿se habría logrado el mismo resultado invocando exclusivamente la existencia de una *obligación contractual de seguridad* implícita en el contrato de transporte?

2. La obligación de seguridad en el contrato de escolarización: Sentencia de 15 de junio de 1977 (ref. núm. 2883): un matrimonio, ante la necesidad de emigrar al extranjero, había convenido con un colegio los estudios y *custodia* de su hijo menor. Este, en compañía de unos compañeros, lograron escaparse de las instalaciones escolares eludiendo la vigilancia del centro, y procedieron a bañarse en unas charcas que se encontraban fuera del casco urbano de la población. Murieron ahogados dos de los escolares, entre los que se encontraba el citado niño. La reclamación de sus padres se planteaba contra el dueño del terreno por la vía del artículo 1.902, y contra el colegio por la vía del artículo 1.903, párrafo 6.º. Para absolver al Colegio la sentencia entiende, y con razón, que no resultaba invocable al artículo 1.903 (pues no se trataba de *daños causados por* los estudiantes a terceros, sino de *daños sufridos por ellos*): los hechos no se adaptan a los supuestos legales expresados". No cabe duda de que, según el Supremo, lo que era invocable era el artículo 1.902. La duda vuelve a ser si no existía aquí también una obligación contractual de seguridad inherente al contrato celebrado.

3. La obligación de seguridad en el contrato de trabajo: Sentencia de 9 de marzo de 1983 (ref. núm. 1463): esta sentencia refleja de forma muy elocuente el estado de la cuestión. El capataz de una explotación agrícola había ordenado a uno de los obreros la conducción de un tractor en circunstancias altamente peligrosas, y tratándose además de un vehículo para cuya conducción no se encontraba habilitado el empleado. Sobre vino la muerte de éste, y se planteó la posibilidad de coexistencia de la reclamación por accidente de trabajo con la dimanante de culpa civil, perfectamente reconocida en el artículo 97-3.º de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974). El Tribunal Supremo admitió, invocando copiosa jurisprudencia, la coexistencia de ambas acciones, laboral y civil, pero al plantearse las normas aplicables a ésta, negó rotundamente que se debiera tratar de las contractuales, para incardinar la cuestión en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil.

El recurso planteaba, en efecto, y a mi juicio con gran acierto, que *“la responsabilidad que puede imputarse directamente al encargado de la finca e indirectamente al recurrente, no es la extracontractual de que trata aquel precepto, sino la responsabilidad contractual derivada de negligencia en el cumplimiento de obligaciones contemplada en el artículo 1.101 del Código*, por cuanto la víctima del accidente, de quien traen causa los demandantes, se encontraba vinculada a los responsables —directo e indirecto— mediante un contrato laboral, sujeto a una específica y compleja normativa, que previene de manera concreta la consecuencias indemnizatorias”.

La sentencia señala que lo anterior viene a ser una “alegación improvable, pues el tema de la coexistencia o conjunción de las responsabilidades contractual y aquiliana cuando los sujetos se hallan ligados por un negocio bilateral y el daño sobreviene en su ámbito, es resuelto por la generalidad de la doctrina sosteniendo que si la extracontractual, por razón de su naturaleza de su objeto y de los principios que consagra basados en la amplia regla del *alterum non laedere*, constituye la responsabilidad general y básica estatuida en el ordenamiento, *no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial*, de suerte que si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del trabajo —si de arrendamiento de servicios se trata— desplegará aquella sus efectos y entre otros el de la vigorosa presunción de culpabilidad del empresario, y en este sentido son numerosas las decisiones jurisprudenciales que declaran aplicables los artículos 1.902 y siguientes no obstante la preexistencia de una relación obligacional...”

La abrumadora cascada de sentencias que acompaña el extracto del considerando transcrito resulta absolutamente descorazonadora, no ya sólo de cara al reconocimiento de las obligaciones contractuales de seguridad en el ámbito del contrato de trabajo, sino a la propia virtualidad integrativa del artículo 1.258 del Código Civil. Con posterioridad, véase la **Sentencia de 6 de mayo de 1985** (ref. núm. 6319). Como señala al comentarla PANTALEÓN PRIETO, la calificación como “contractual” de la responsabilidad civil del empresario por accidente de trabajo parece clara en nuestro Derecho sin más que recordar que junto a los deberes *básicos o principales* de la relación contractual se dan cita los *accesorios o de protección* eficaz de la seguridad en el trabajo (art. 19-1.º del Estatuto de los Trabajadores y 7-2.º de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971). Pero si los abogados de los trabajadores accidentados fundamentan siempre sus acciones en las normas de responsabilidad extracontractual, es porque se piensa erróneamente que lo que la Seguridad Social paga (por cierto, con fondos en parte financiados por los propios trabajadores: he ahí otra razón para admitir la “perfecta compatibilidad de indemnizaciones”, laboral y civil) es *precisamente la responsabilidad contractual* del empresario

4. La obligación de seguridad en el transporte de mercancías: Sentencia de 10 de mayo de 1984 (ref. núm. 2405): ante un supuesto de daños sufridos por las mercancías transportadas, entiende correcto el Supremo el que se califiquen como daños extracontractuales, pues *"no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial,* supuesto que en el caso debatido no se dio, en cuanto se trató simplemente de un accidente sobrevenido por una conducción defectuosa de un vehículo de motor al no observar el conductor las precauciones que venían impuestas por la carga que transportaba y el lugar en que el accidente ocurrió, derivándose en consecuencia que la Sala *a quo*, al atenerse a la acción extracontractual, procedió conforme a derecho..."

Vuelve el Supremo a negar la existencia de la obligación de seguridad, esta vez en el contrato de transporte de cosas. Y lo hace transcribiendo literalmente una expresión ("no es bastante que haya un contrato..., etc.) que ya se ha convertido en auténtica fórmula de estilo de las sentencias. Véase la **Sentencia de 16 de diciembre de 1986** (ref. núm. 7447), que llevó a VILA RIBAS a preguntarse: ¿cuándo un hecho podrá ser entendido como perteneciente a la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial?

5. La obligación de seguridad en el arrendamiento de cosas: Sentencia de 19 de junio de 1984 (ref. núm. 3250): probablemente sea ésta la sentencia que, aun reincidiendo claramente en la línea de las anteriores, contenga una doctrina más densa y que merezca mayor comentario. En la demanda origen del pleito, promovido por los dueños de un inmueble, se reclamaban los daños originados por el incendio provocado en el mismo por el hijo del arrendatario cuando procedió en su interior a soldar el depósito de gasolina de una motocicleta. Las llamas destruyeron, en efecto, el local, no obstante la colaboración de los bomberos y del vecindario para sofocarlas.

En el primer Considerando, se recuerda lo que la Audiencia señaló. "la culpa en que incurrieron los demandados, con independencia de las calificaciones que los actores hayan podido darle, debe calificarse (...) de culpa extracontractual, o, por lo menos, sobrepasadora de la estrictamente contractual". los actos que provocaron el daño "fueron realizados con ocasión del uso que de la cosa arrendada podía hacer uno de los demandados, como arrendatario del piso bajo", pero "tales actos no violaron de forma directa ninguna de las obligaciones que al arrendatario impone el Código Civil".

Resumidamente diré que el tercer Considerando: a) recuerda las diferencias existentes entre los dos ámbitos de responsabilidad, en cuanto a sus respectivos regímenes jurídicos y en cuanto a su origen; b) señala que, a pesar de las diferencias, las pretensiones tienen una finalidad reparadora común, "comprendida en el concepto genérico que a la de indemnizar asigna el artículo 1.106 del Código Civil", lo que conduce a que "la tajante separación originaria se atenúe mediante la aplicación indistinta

de preceptos que pueden reputarse, con matizaciones, preceptos comunes"; c) vuelve a la carga con la consabida *muletilla*: "no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana...", y d) admite que un mismo hecho puede ser a la vez incumplimiento contractual y acto ilícito extracontractual, consideración ésta que merecerá algún comentario en el epígrafe siguiente.

Pero no todo han de ser críticas. Una Sentencia (¡una!), la de 9 de mayo de 1984 (ref. núm 2403), permite albergar la tímida esperanza de que en alguna ocasión la jurisprudencia se vaya a mostrar dispuesta a defender la aplicación de los factores de integración del contrato, sin necesidad de que las normas de la responsabilidad aquiliana intervengan para que el acreedor logre el justo resarcimiento.

En esta ocasión, se trataba de que un abogado de Lérida había ejercitado una acción indemnizatoria de daños morales, pretendidamente sufridos como consecuencia de haberse omitido en la guía telefónica de la provincia todos sus datos, personales y profesionales. El contrato de suplemento publicitario había quedado incumplido. Pues bien, para conceder la indemnización reclamada por los "daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela...", al Supremo le basta con afirmar que si bien es cierto que "el solo incumplimiento contractual no genera el deber de indemnizar", no se puede generalizar esta máxima: más bien se trata con ella de indicar que hay ocasiones en que no procederá indemnizar, bien porque el incumplimiento viene a subsanarse con la obligación de cumplimiento específico o bien porque el acreedor sólo consigue demostrar perjuicios meramente contingentes o ganancias dejadas de obtener que son meras expectativas. Puede así suceder que el incumplimiento constituya *per se* un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, **"pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío"** y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrá de tener ninguna repercusión, **contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1.258 del Código Civil**".

Aún hay más; la sentencia afirma que la prueba de este tipo de daños es "paradójicamente, **más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual**", pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en el curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7.1 y 1.258 del CC) y aunque una concepción economicista y material de la convivencia abonó o amparó en un tiempo una respuesta negativa para resarcir esa frustración, cierto es que hoy aparece superada

(...) gracias a la beneficiosa o compensadora entrada o irrupción de la ética (exposición de motivos del título preliminar del Código Civil de 1974) en el campo de las relaciones jurídicas...”

En fin, una sentencia tan magníficamente argumentada que dispensa de cualquier otro comentario.

III. ¿PUEDE UN DAÑO SER CONSIDERADO CONTRACTUAL Y EXTRA-CONTRACTUAL AL MISMO TIEMPO? EL PROBLEMA DE LA CONJUNCION DE RESPONSABILIDADES

Después de todo lo dicho, es fácil comprender que desde antiguo se haya planteado la cuestión de qué acción corresponde entablar cuando un daño es susceptible de ser encuadrado en ambas esferas de responsabilidad.

No me refiero en este punto a los supuestos, de fácil solución, originados en estas situaciones:

- a) El daño ha sido causado por distintas personas, de las cuales una era el contratante de la víctima y la otra no. En tal caso, procede la acción de responsabilidad contractual contra la primera y la de responsabilidad aquiliana contra la segunda. Un mismo hecho, protagonizado por una pluralidad de agentes, hace generar en cada uno de ellos una especie distinta de responsabilidad.
- b) El incumplimiento del contrato, además de ocasionar un perjuicio al contratante, daña también a un tercero extraño (no, por tanto, al causahabiente de la víctima, que no es extraño) a la relación. Un mismo hecho, de autor único, genera responsabilidad de ambos tipos y por distintos títulos.

En nuestro país es ya clásico el trabajo de GARCÍA VALDECASAS: “el problema que se presenta —decía— es el de la posible concurrencia de ambas clases de responsabilidad cuando en el hecho causante del daño concurren, al mismo tiempo, los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber general de no causar daño a otro. Más concretamente, cuando el hecho causante del daño es un acto ilícito (delito o cuasidelito), abstracción hecha de la obligación contractual, es decir, aunque ésta no hubiera existido nunca. Tal es, por ejemplo, el caso del depositario que, intencionadamente o por negligencia, causa daño a la cosa depositada. El depositario, en tal caso, no sólo incumple el contrato de depósito, sino que, al propio tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro (...). Cabe entonces preguntarse si el autor del daño ha incurrido en doble responsabilidad, la contractual y la delictual (y) si, por consiguiente, el perjudicado, es decir, el acreedor, podrá disponer de ambas acciones contra el deudor”.

Adelanto ya que el punto de partida me parece equivocado. Entendemos que en el ejemplo propuesto y en tantísimos otros hay daño contractual y sólo contractual. Es incorrecto decir, por ejemplo, que como el dolo y el fraude se oponen “a todas las reglas del derecho contractual, no está ya el culpable bajo la protección del contrato y deberá sufrir la aplicación del derecho delictual” (entiéndase, extracontractual), debiéndose así dar a la víctima la posibilidad de optar por una u otra vía porque “el sentido de la justicia reclama una mayor protección”. Y es incorrecto porque el dolo y el fraude aludidos, como también la negligencia o la mora, pueden encontrar perfectamente su acomodo en las reglas de las responsabilidades contractual, y no hay necesidad de buscar mayor protección fuera de ellas. Otra cosa será que resulte muy conveniente buscarla, pues la práctica evidencia de querer lograr el resarcimiento integral de los daños a través de las normas contractuales es casi la pretensión de un imposible.

En cualquier caso, el punto de partida está ahí: hay regulaciones distintas para ambas esferas de responsabilidad y zonas de discusión y polémica entre ambas. Y como mientras no se produzca la unificación normativa no dará lo mismo aplicar una normativa que aplicar la otra, ¿qué acción ejercitaremos ante un daño situado en esas pretendidas “zonas fronterizas”?

I. TEORÍA DEL CONCURSO DE PRETENSIONES

A) *Teoría de la opción.* En muchas ocasiones ha entendido la jurisprudencia que se trata de dos pretensiones jurídicamente distintas y autónomas (*Anspruchkonkurrenz*). La víctima debe entonces escoger entre una u otra vía, y una vez efectuada la opción, no podrá posteriormente ampararse en la posibilidad excluida: ello supondría venir contra sus propios actos y modificar la *causa petendi*, cosa inaceptable en un sistema de justicia rogada (por lo mismo, tampoco podrá plantear recurso ante la instancia superior cambiando la calificación). La opción vincula igualmente al juez, que no podrá aplicar las normas contractuales si la víctima situó su pretensión en el terreno aquiliano, pues ello supondría dictar una sentencia con vicio de incongruencia.

Si la demanda es rechazada, la víctima podrá en un nuevo proceso utilizar la vía que excluyó primitivamente, pues, si según esta teoría, se trata de pretensiones diferentes, no hay cosa juzgada. En definitiva, los partidarios de la teoría de la opción vienen a entender que la existencia de contrato no excluye la tutela aquiliana del crédito: pero ésta se da, no para reforzar la protección normativa del acreedor (eso sería hablar de *concurso de normas*), sino para permitirle la opción por la vía que desee: la norma-

tiva contractual viene a ser un añadido de la protección aquiliana creada por la ley, no pudiendo los contratantes eliminar la tutela general, que no hacen más que reproducir en sus convenciones (PLANIOL) (25).

Esta opinión de GARCÍA VALDECASAS, compartida por tantos otros, puede encontrarse, implícita o explícitamente, en las sentencias que se citan a continuación. Alguna se refiere a la opción, pero casi todas eluden el problema y se limitan a declarar la aplicación de las reglas extracontractuales a la materia de los contratos: 13 de junio de 1942, 2 de enero de 1945, 9 de diciembre de 1949, 21 de marzo de 1950, 17 de febrero de 1956, 2 de abril de 1957, 30 de abril de 1959, 2 de mayo de 1961, 16 de abril de 1963, 20 de mayo de 1964, 10 de febrero y 3 de noviembre de 1966, 22 de diciembre de 1967, 24 de junio de 1969, 23 de enero de 1974, 30 de diciembre de 1980, 20 de febrero y 14 de abril de 1981, 8 de noviembre de 1982, 9 de marzo, 5 de julio, 18 octubre y 16 de noviembre de 1983, 10 de mayo y 19 de junio de 1984, 9 de enero de 1985, 16 de diciembre de 1986 y 19 de octubre de 1987.

Un terreno particular en el que la tesis de la opción suele admitirse es el del incumplimiento de contrato que engendra al mismo tiempo **responsabilidad criminal** (al menos cuando se trata de delito doloso). Creo que la solución no está tan clara como se pretende, pues nada impediría que el juez penal pudiera apreciar la existencia del delito y —si no hubo reserva de la acción civil para un proceso posterior— condenar civilmente aplicando *las normas contractuales* (o hacerlo el propio juez civil con posterioridad al proceso penal si medió reserva), y sin ninguna necesidad de hacer uso de las extracontractuales. Por ejemplo, un cirujano incumple el contrato de servicios médicos cometiendo un delito de imprudencia profesional con resultado de muerte o lesiones; un depositario incumple su obligación de custodia disponiendo del objeto depositado y cometiendo con ello un delito de apropiación indebida: son casos en los que el incumplimiento contractual se produce *precisamente* mediante la comisión de

(25) Participan de la teoría de la opción GARCÍA VALDECASAS "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", en *RDP*, 1962, págs. 831 y sigs., SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1981, pág. 715; PUIG BRUTAU *Fundamentos de Derecho civil*, II-3, Barcelona, 1983, pág. 133; ROMEO CASABONA *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, 1985, pág. 101, FERNÁNDEZ-HIERRO *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Bilbao, 1977, págs. 63 y sigs., y también en *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1983, pág. 39. Aunque sin tomar partido decididamente, HERNÁNDEZ COSTALES *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987, pág. 94, PACHIONI "Colpa contrattuale e colpa aquiliana", en *Riv. Dir. Com.*, 1905, II, pág. 258; PLANIOL, RIPERT y ESMEIN *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, Paris, 1930, págs. 683 y sigs., VAN RYN *Responsabilité aquilienne et contrats en Droit positif*, Paris, 1933, en especial págs. 245 y sigs.

un delito. Claro, que en estos supuestos, en esta afirmación viene a interferir la previsión del artículo 1.092, que ordenaría al juez (penal o civil, lo mismo da) aplicar los preceptos de Derecho civil contenidos en el Código Penal. Pero no está de más decir que lo que los artículos 19 y siguientes y 101 y siguientes del Código Civil regulan es la responsabilidad *extracontractual* derivada de delito (que, recuérdese, es la misma que la *extracontractual* pura). En una palabra, puede haber **responsabilidad contractual derivada de delito**.

B) **Teoría de la absorción o incompatibilidad.** La opinión que entiende que responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual constituyen pretensiones resarcitorias distintas e independientes admite una segunda variante, por la que, *de lege lata*, comienzo tomando partido: si se trata de pretensiones distintas y con regímenes jurídicos separados, no cabe la opción, sino sólo colocar a cada régimen en el lugar que le corresponde. El demandante ve excluida la acción contractual si existía una previa relación obligatoria que le vinculaba con el demandado: la norma genérica de la responsabilidad aquiliana deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelando el mismo interés, ha sido la deseada por las partes. Como dice CHIRONI, las partes han sometido ese interés a una particular tutela, y por ello lo han sustraído de cualquier otra tutela genérica preexistente.

Merced a la entrada en juego de los factores de integración contractual (art. 1.258 CC) y a la invocación en más de un caso de la noción de las *obligaciones de seguridad* (noción que nos parece sumamente útil, pero que GARCÍA VALDECASAS no dudaba de calificar de ficción, “pues presume en las partes la voluntad de contraer una obligación que la mayor parte de las veces ni siquiera pasa por su imaginación”), el contrato absorbe todo aquello que se encuentra en su órbita natural, y los daños ocasionados en el marco del contrato encuentran su eventual reparación con arreglo a la normativa contractual.

La tesis de la absorción ha encontrado mucho éxito en Italia (donde no pocos partidarios tienen también la teoría de la opción), pero sobre todo en Francia, donde, como dice VINEY, los Tribunales han tomado firmemente partido contra las tentativas de intrusión de la normativa extracontractual en el ámbito de la contractual, por la amenaza que ello supone en cuanto a la nada deseable modificación del contenido de las obligaciones derivadas del contrato y del particular régimen que éstas poseen. En nuestro país ha tenido repercusión jurisprudencial en no pocas ocasiones. Particularmente, me parece, con PANTALEÓN PRIETO, la teoría dogmáticamente correcta, si bien muy poco aconsejable en la práctica, pues su uso puede llevar a la víctima a no encontrar un resarcimiento tan

amplio como el que obtendría de utilizar las normas extracontractuales. No otra explicación tiene el frecuente uso y abuso que se hace del artículo 1.902. "Es curioso —dice SÁNCHEZ VÁZQUEZ, no tan curioso, añadimos nosotros— que en la práctica se invoque tan a menudo el artículo 1.902 tratándose de daños causados a las personas en el cumplimiento de ciertos contratos, y que se intente justificar tal invocación con la errónea pretensión de que tal precepto tiene un alcance absolutamente general. Con tal fundamento se podría suprimir casi todo el Código Civil y reemplazarlo por el indicado precepto".

Veáanse, entre las sentencias que niegan la aplicabilidad de las normas extracontractuales, las de 13 de noviembre de 1901, 1 de febrero y 22 de abril de 1910, 3 de mayo y 31 de octubre de 1924, 12 de marzo de 1926, 10 de junio de 1929, 13 de junio de 1962, 8 de octubre de 1968, 12 de mayo de 1969, 26 de junio de 1975, 7 de abril y 5 de octubre de 1983 y, sobre todo, la de 9 de mayo de 1984 (26).

2. TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS

La teoría del concurso de normas (*Gesetzeskonkurrenz* o *Anspruchsnormenkonkurrenz*) parte de la base de que no existen dos pretensiones independientes. El demandante no ha de *etiquetar* la demanda, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. El no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que puede actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iura novit curia*, de modo que si la reclamación no encaja en el campo preten-

(26) Se muestran partidarios de la tesis de la absorción: PANTALEÓN PRIETO, en numerosos comentarios doctrinales publicados en *CCJC* y particularmente los contenidos en los números 4 (págs. 1257 y sigs.), 5 (págs. 1645 y sigs.), 6 (págs. 1869 y sigs.) y 8 (págs. 2609 y sigs.). Véanse también, en la misma publicación, los comentarios de BERCOVITZ (núm. 3, págs. 993 y sigs.), IGARTUA ARREGUI (núm. 5, págs. 1631 y sigs., y núm. 7 págs. 2235 y sigs.) y VILA RIBAS (núm. 13, págs. 4297 y sigs.) SÁNCHEZ VÁZQUEZ, "La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana", en *RDP*, 1972, págs. 965 y sigs.; DE COSSIO *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 105; MAZEAUD, *Traité...*, cit., en especial núm. 192; VINEY *Traité...*, en especial págs. 262 y sigs.; BARASSI *Teoria generale delle obbligazioni*, Madrid, 1955, pág. 105; MORELLO "Profili comparatistici", en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (estudios dirigidos por VISINTINI), Milano, 1984, pág. 176; CHIRONI *La culpa en el Derecho civil moderno*; culpa extracontractual, t. I, trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1978, págs. 63 y sigs.; RUSSO "Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto", en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1950, págs. 962 y sigs. (y allí, 986 y sigs.); CARADONNA "Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale", en *Riv. Dir. Comm.*, 1922, I, págs. 270 y sigs.; PERETTI GRIVA "Inammissibilità del concorso dell'azione aquiliana e contrattuale", en *Riv. RCP*, 1933, págs. 215 y sigs.

dido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.

En ocasiones se hace uso de esta técnica, no por encontrarse el demandante ante una situación encajable en la *zona borrosa* entre ambas esferas, sino porque, tratándose de un inequívoco supuesto de incumplimiento contractual, se invocan también las reglas de la responsabilidad aquiliana, tal vez pensando que con ello existirán mayores posibilidades de éxito. Así, por ejemplo, las Sentencias de 1 de febrero de 1910 y 3 de mayo de 1924 declaran inaplicables los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil cuando se trata de hacer efectivas las obligaciones derivadas de contrato (se habían invocado tanto las reglas de la responsabilidad aquiliana como las del contrato de arrendamiento —en la primera sentencia— y las del Código de Comercio en materia de transporte —en la segunda—).

La teoría del concurso de normas no parece viable en los ordenamientos que, como el nuestro, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. Claro, que si se entiende que a pesar de la doble regulación, estamos ante pretensiones idénticas (Sentencias de 24 marzo 1952, ref. núm. 1209; 18 junio 1979, ref. núm. 2895, y 30 diciembre 1981, ref. núm. 5357), bien puede entenderse que lo que hace el ordenamiento es proporcionar a la aludida *zona borrosa* una doble regulación: el objeto a que la reclamación se dirige sería único (el resarcimiento), y única también la causa de pedir (el daño). Es así como Díez-PICAZO afirma que el carácter contractual o extracontractual de los deberes infringidos al ocasionar los daños no es tanto un factor que configura la acción, dotándola de una única naturaleza, sino simples fundamentos de derecho de prosperabilidad de la acción indemnizatoria y que como fundamentos de derecho son en alguna medida intercambiables por virtud del principio *iura novit curia*. Esta solución, más realista, parece también mucho más justa que la de formalizar y cristalizar las acciones, que conduce inevitablemente en la elección, a una especie de ordalía o juicio de Dios”.

Lo que no parece ocioso recordar que es que el *iura novit curia* puede jugar su papel en la justicia de instancia, pero no en casación, pues de lo contrario se convertiría el Tribunal Supremo en tercera instancia, que es precisamente para lo que no está. Y es que no parece muy correcto que en la Sentencia de 26 de enero de 1984 (ref. núm. 386) cambiase, como en efecto hizo, la calificación que de relación extracontractual había dado la Audiencia y *aceptado los litigantes*, para afirmar que se trataba de un caso de responsabilidad contractual.

Una sentencia que ha merecido comentarios es la de 16 de diciembre de 1986 (ref. núm. 7447). Se invocaron en el recurso reglas contractuales

y extracontractuales; en concreto, el recurrente indica que la *causa petendi* se encuentra tanto en el artículo 1.554-2.º como en el 1.902, añadiendo que “no existen entre las responsabilidades contractual y extracontractual esenciales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes”. Pues bien, la sentencia parece jugar la doble baraja de la tesis de la opción y la del concurso de normas:

- a) Por una parte se dice que, aun existiendo contrato, el actor ha alegado, y el demandado aceptado, el artículo 1.902, por lo que “el Tribunal de instancia no debe entender ejercitable la acción contractual” (o lo que es lo mismo, no juega el *iura novit curia* porque el juzgador se ve vinculado por la relación jurídico-procesal establecida por las partes), “máxime cuando se piden, entre otras partidas, una por daños materiales devenidos fuera del piso arrendado y otra por daños morales, cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa” (pronunciamiento este último descorazonador, pues parece negar que el daño moral contractual sea indemnizable), teoría de la *opción*, por tanto, ...
- b) Pero por otra parte, entiende lícito alegar ambos bloques normativos, y dice que “está bien aplicadº el artículo 1.902 aunque en la demanda por argumento *ad maiorem* se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual” (teoría del *concurso de normas*). Más todavía: “la obligación de indemnizar a consecuencia de la actuación culposa de la arrendadora ha de declararse, tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual”.

Lo que al menos queda claro es que se excluye la teoría de la *absorción*, pues, “aunque existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir al artículo 1.902”, no se trataba de “la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial”. No compartimos aquí las afirmaciones que hace VILA RIBAS en su, por lo demás, magnífico comentario de la sentencia (27).

Ni que decir tiene que si desapareciesen las razones por las que el daño contractual y el aquiliano vienen a ser tratados de manera diferente, el problema ya no se plantearía en términos de concurso: ni de pretensiones ni de normas. Una regulación unitaria que permita a la víctima encontrar

(27) Véanse los comentarios que de las Sentencias de 26 de enero de 1984 y 16 de diciembre de 1986 hacen, respectivamente, PANTALEÓN y VILA RIBAS, en *CCJC*, núm. 4, págs. 1257 y sigs., y núm. 13, págs. 4297 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS *Curso de Derecho civil. Contratos en especial Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 473; Díez-Picazo *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, Madrid, 1979, pág. 251; DE CUPIS *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (trad. al castellano de Martínez Sarrión), Barcelona, 1975, págs. 164 y 165; BARCELLONA “Scopo della norma violata. Interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana”, en *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, págs. 311 y sigs.

el resarcimiento de aquellos daños que guardan una adecuada relación de causalidad con la conducta del agente convertiría a la responsabilidad civil contractual y a la extracontractual en dos campos con sus problemas fenomenológicos particulares, pero sometidos, no ya a reglas *comunes* (eso y no otra cosa son, por cierto, los arts. 1.101 y sigs. CC), sino a *la misma* normativa. Todo ello suprimiría todas las injusticias que en la práctica pueden constatarse (TUNC). A juzgar por los movimientos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos que recientemente se vienen produciendo en el Derecho comparado, nos encontramos ante la inminente desaparición del tradicional binomio como *summa divisio* de la responsabilidad civil (VINEY).

Y es que tal vez hay que hacer ver que la proliferación de los contratos de adhesión, contratos tipo, contratos normativos y tantas modernas formas de contratación que poco o nada se parecen al modelo romano (o sea, al que los codificadores tenían presente) acercan considerablemente la esfera de la contratación al ámbito de la responsabilidad aquiliana. Cuando los contratantes tienen ocasión de pactar, asumir sus riesgos conscientemente, *verse las caras* en una palabra, la regulación por ellos querida desplazará a las normas extracontractuales; y allí sí es lógico seguir manteniendo la dualidad de sistemas (aunque no, desde luego, con tantas y tan abrumadoras diferencias como las que a diario se pueden constatar): en un contrato “a la romana” cada uno tiene el deudor que buscó y quiso, y el factor de atribución presentará matices que no presenta la responsabilidad extracontractual. Pero tanto más nos alejemos del modelo de la autonomía contractual, tanto más recomendable será unificar las esferas, no ya sólo desde el punto de vista metodológico, sino también en orden a las consecuencias prácticas.

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en la nueva normativa

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SISTEMAS LEGISLATIVOS. 1. DERECHO ALEMÁN 2. DERECHO FRANCÉS. 3. DERECHO ITALIANO. 4. SISTEMA ANGLOSAJÓN 5. COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA.—III. EVOLUCION HISTORICA EN NUESTRO DERECHO: 1. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829 2. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1895. 3. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 17 DE JULIO DE 1951 —IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN LA VIGENTE NORMATIVA: 1. MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LEY 19/1989, DE 25 DE JULIO, EN ESTE PUNTO 2. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES A) Extensión de la responsabilidad; B) Aplicabilidad a las omisiones; C) Causas de exoneración de la responsabilidad, D) La subordinación a la junta general; E) Responsabilidad solidaria en supuestos de pluralidad de administradores; F) Duración de la responsabilidad y plazo de prescripción de la acción.— 3. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL TEXTO LEGAL 4. OBLIGACIÓN DE GUARDAR SECRETO 5. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL A) Introducción; B) Ejercicio por la sociedad; C) La acción ejercitada por los accionistas; D) Ejercicio de la acción social por los acreedores.—6. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD —V. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

I. INTRODUCCION

La sociedad anónima, una de las más perfectas creaciones del genio comercial, como acertadamente expresó Vidari (1), ha sido definida como un capital con personalidad jurídica (2). Ha supuesto en el pasado y representa actualmente un factor de progreso y de generación de riqueza. Ello

(1) ERCOLE VIDARI *Corso di Diritto commerciale*, vol. secondo, Milano, 1881, págs. 8 y 9.

(2) J. GARRIGUES *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1936, pág. 232. El mismo, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1953, pág. 114.

se ha debido, principalmente, al permitir por medio de tal mecanismo el mejor desarrollo de la iniciativa privada y porque ha posibilitado la actuación de grandes capitales, formados de pequeñas aportaciones de numerosos accionistas, tranquilizados porque su riesgo queda limitado a su participación en el ente social, pero ávidos de ver fructificar sus ahorros. No debe olvidarse que es inherente a toda actividad empresarial la idea de riesgo, por el legislador, por una parte favoreció la distribución de ese riesgo entre varias personas y, por otra, concedió a éstas el principio de limitar su responsabilidad a la cuantía de su aportación (3).

El carácter capitalista de esta sociedad, la limitación de la responsabilidad patrimonial de sus socios por las deudas y responsabilidades sociales y su estructura democrática, por cuanto la participación en los derechos sociales se determina en proporción a la aportación del accionista al ente social, precisa la existencia y actuación de diversos órganos. la junta general de accionistas, los administradores y los censores de cuentas.

Si la junta general es el órgano soberano, como ha recogido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1963 y ha repetido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1984, al que están sometidos todos los demás órganos, que dependen en su nombramiento y revocación de dicha junta, el administrador o administradores suponen el órgano ejecutivo de la sociedad.

La sociedad anónima, motejada a veces como criatura superlativa del capitalismo y otras como cristalización del anticapitalismo, lleva en sí implícita un valor de Derecho que hace de ella una institución plena de contenido axiológico por los diversos beneficios que proporciona (4).

Los nudos más delicados e interesantes para la comunidad son los de su fundación y administración (5). Deben pedirse normas y sanciones para los administradores, pero no abrumarles con reglas y sanciones no soportables más allá de la línea clásica indiscutible (6) para mantener en pie una empresa y un patrimonio (7).

La actividad administrativa aparece como necesaria y deriva su exigencia no sólo de la propia esencia de la sociedad anónima, sino también de la existencia y reconocimiento de una autonomía patrimonial en tales

(3) José Manuel OTERO LASTRES "La reforma de la legislación sobre sociedades: sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada", en *La Ley*, 2/1987, pág. 1183.

(4) Lorenzo MOSSA "Fundación y administración de la sociedad anónima en el proyecto español de reforma", en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. X, núm. 28, julio-agosto 1950, pág. 7.

(5) *Ibidem*, pág. 8.

(6) *Ibidem*, pág. 23.

(7) *Ibidem*, pág. 24.

entes mercantiles (8). Por actividad administrativa debemos entender cualquier género de actividad relacionada con el patrimonio (9). En sentido amplio, resulta equivalente a gobierno de un determinado patrimonio, o lo que es lo mismo, el cumplimiento de cualquier tipo de actividad económica y jurídica en relación precisamente con un determinado patrimonio (10). La sociedad anónima precisa valerse para su vida de relación, externa e interna, de un órgano ejecutivo y representativo a la vez, que lleve a cabo la gestión cotidiana de la sociedad (11). Este órgano ejecutivo y representativo del ente social administra y maneja un patrimonio ajeno y nos interesa ahora determinar la responsabilidad de esta concreta persona o colectivo encargado de tal cometido.

II. SISTEMAS LEGISLATIVOS

I. DERECHO ALEMÁN

Se caracteriza por vigorizar la posición de los administradores frente a las interferencias de los accionistas, pero reforzando al tiempo la intervención de éstos en el control de la gestión (12).

Desde la *Aktiennovelle* de 11 de junio de 1870 se estableció junto al *Vorstand* (Dirección) y con carácter necesario el *Aufsichtsrat* (Consejo de Vigilancia), que el Código de Comercio precedente había conferido carácter facultativo, y este sistema se mantuvo con la *Aktiennovelle* de 18 de junio de 1884 y con el Código de Comercio de 1897, con la *Aktiengesetz* de 30 de enero de 1937 y con la vigente *Aktiengesetz* (Ley de Sociedades Anónimas) de 6 de diciembre de 1965. Esta última normativa, si bien no desconoce la importancia del *Vorstand* como órgano encargado de la gestión social, tiende a fortalecer la posición del accionista y se ocupa especialmente de las *verbundene Unternehmen* (uniones de empresas), *Konzerne* (grupos de sociedades) y *Mitbestimmung* (cogestión), esta última fijada más tarde en la Ley de 4 de mayo de 1976 (13).

(8) LUIS SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ. "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 34, núm. 85, julio-septiembre de 1982, pág. 58.

(9) MINERVINI *Gli amministratori di Società per azioni*, Milano, 1956, págs. 216 y 217.

(10) SUÁREZ-LLANOS, *ob. cit.*, pág. 68.

(11) RODRIGO URÍA: *Derecho Mercantil*, 16.^a ed., Madrid, 1989, pág. 287.

(12) ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES "La administración de la sociedad anónima en Derecho comparado", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fasc. III, julio-septiembre de 1983, pág. 845.

(13) Ver en *Documentación jurídica. Derecho europeo de Sociedades Anónimas*, t. XIV, julio-septiembre de 1987, Ministerio de Justicia, el estudio preliminar de José Miguel Embid Irujo, págs. 8 a 15.

Centrándonos exclusivamente en la responsabilidad de los miembros de la Dirección, hemos de destacar que su criterio de actuación ha de ser “con el cuidado de un gerente ordenado y fiel” (art. 93,1). El citado precepto añade que “deberán guardar silencio respecto a indicaciones confidenciales y secretas de la sociedad, en especial secretos de empresas o de operaciones que hayan llegado a conocimiento personal debido a su actividad en la Dirección”.

La responsabilidad se destaca en los apartados siguientes del citado artículo 93. Así en 2: los miembros de la Dirección que infrinjan sus obligaciones están obligados solidariamente a resarcir a la sociedad los daños que se produzcan. Si resulta controvertida la aplicación de su deber de diligencia, les corresponderá la carga de la prueba.

En el artículo 93.3 se recoge que “los miembros de la Dirección están obligados especialmente a la indemnización por daños si en contra de esta Ley

- 1.º se devuelven aportaciones a los accionistas,
- 2.º se pagan intereses o participaciones en beneficios de los accionistas,
- 3.º si se suscriben, adquieren, reciben en prenda o recogen acciones propias de la sociedad o de otra sociedad,
- 4.º se emiten acciones antes del desembolso total del valor nominal o superior al precio de emisión,
- 5.º se reparte el patrimonio de la sociedad,
- 6.º se efectúan pagos una vez que se haya producido la insolvencia de la sociedad o haya resultado su endeudamiento excesivo,
- 7.º se conceden bonificaciones a miembros del Consejo de Vigilancia,
- 8.º se otorgan créditos,
- 9.º en caso de aumento de capital condicionado se emiten acciones suscritas fuera de la finalidad determinada o antes de la aportación total del contravalor”.

El apartado 4 del artículo 93 señala que “la indemnización no podrá exigirse frente a la sociedad si la acción en cuestión descansa en un acuerdo legalmente adoptado por la Junta general. Por el hecho de que el Consejo de Vigilancia haya aprobado dicha actuación, no se excluye la obligación de indemnizar. La sociedad, transcurridos tres años desde que surge la pretensión, podrá renunciar a sus derechos de indemnización o transigir sobre los mismos cuando lo apruebe la Junta general y no se oponga a ello una minoría cuya participación, en conjunto, represente el doce por ciento del capital social. No existe limitación en el tiempo cuando la persona

obligada a indemnizar sea insolvente y para evitar o superar el procedimiento de quiebra concluya un acuerdo con sus acreedores”.

Añade el apartado 5 que la pretensión de indemnización de la sociedad podrá, asimismo, ser alegada por los acreedores de la sociedad, en la medida en que éstos no pudieran obtener una satisfacción de la misma. Para casos distintos de los contemplados en el párrafo 3, la anterior disposición sólo será aplicable cuando el miembro del Consejo de Vigilancia haya quebrantado gravemente la diligencia de un gerente ordenado y leal; se aplicará de manera análoga el párrafo 2,2. El derecho de indemnización frente a los acreedores no podrá ser objeto de renuncia o transacción por la sociedad por el hecho de que la actuación se base en un acuerdo de la Junta general. Si el patrimonio de la sociedad quedara sujeto a un procedimiento de quiebra, el interventor de la quiebra podrá ejercer el derecho de los acreedores de la sociedad contra miembros de la Dirección”.

Por último, el apartado 6 señala que “las pretensiones que derivan de estas disposiciones prescribirán a los cinco años”, y el artículo 94 extiende a los suplentes de los miembros de la Dirección estas disposiciones (14).

2. DERECHO FRANCÉS

El sistema galo desde la Ley de 24 de julio de 1867 y las Leyes de 16 de noviembre de 1940 y 4 de marzo de 1943, hasta la vigente Ley de Sociedades Mercantiles de 24 de julio de 1966, completado por el Decreto de 13 de mayo de 1967, derogó los preceptos del Código de Comercio y los de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y ha aproximado el sistema al modelo alemán. Acoge dos formas de sociedad anónima en cuanto a su administración: la denominada tradicional con un Consejo de Administración que administra la sociedad (art. 89) y un Presidente-director que “asume, bajo su responsabilidad, la dirección general de la sociedad” (art. 113). La otra estructura operacional (arts. 118 a 150) presenta como dos piezas básicas “*le Directoire*” y “*Le Conseil de Surveillance*”. El primero, colectivo de gestión con amplios poderes para actuar en nombre de la sociedad, integrado por un máximo de cinco miembros, accionistas o no, nombrados por el Consejo de Vigilancia por cuatro años y que pueden ser revocados por la Junta general a propuesta del Consejo de Vigilancia. A este último organismo compete el control permanente de la gestión de la sociedad (art. 128) y está compuesto por miembros, accio-

(14) He seguido la traducción de José Miguel Embid Irujo en la obra citada en nota anterior.

nistas, nombrados y removidos por la Junta general, oscilando entre tres y doce componentes.

Merece hacer mención del artículo 91 de la Ley número 66/537, de 24 de febrero de 1966, que permite que una persona jurídica pueda ser nombrada administrador, estando obligada a designar un representante permanente, que se someterá a las mismas condiciones y obligaciones, así como a las responsabilidades civiles y penales que el administrador en nombre propio, "sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada".

El artículo 92 prohíbe a toda persona física la pertenencia simultánea a más de ocho Consejos de Administración de sociedades domiciliadas en la Francia metropolitana.

Cada administrador debe ser propietario de un número de acciones de la sociedad determinado por los estatutos y estas acciones quedan afectadas en su totalidad a la garantía de todos los actos de gestión, incluidos los que serían exclusivamente personales de uno de los administradores (art. 95,2, modificado por la Ley 69/12, de 6 de enero de 1969). Estas acciones son inalienables y deben ser nominativas y, en su defecto, ser depositadas en Banco.

El antiguo administrador o sus derechohabientes recobran la libre disposición de las acciones en garantía por el mero hecho de aprobación por la Asamblea general ordinaria de las cuentas del último ejercicio correspondiente a su gestión (art. 96).

El artículo 100,3 se refiere a la obligación de guardar secreto sobre las informaciones recibidas con carácter confidencial y dadas por el Presidente del Consejo de Administración con tal carácter.

Los convenios concertados entre la sociedad y uno de sus administradores o directores generales o, sin este concierto, cuando éstos estén interesados o se realicen por medio de persona interpuesta, deben ser sometidos al Consejo de Administración.

Las consecuencias perjudiciales para la sociedad con relación a tales convenios y los desaprobados por la Asamblea "pueden ser puestas a cargo del administrador o del director general interesado, y, eventualmente, de los otros miembros del Consejo de Administración (art. 104). Sin perjuicio de esta responsabilidad de administradores o directores, pueden ser anulados dichos actos si han tenido consecuencias dañosas para la sociedad. Esta acción de nulidad prescribe a los tres años.

La responsabilidad civil de los administradores en funciones en el momento de incurrir en nulidad, puede ser declarada solidaria, en cuanto al perjuicio que resulte para los accionistas o terceros (art. 242,1). Esta acción prescribe a los tres años contados desde el día en que el acuerdo de

anulación hubiere adquirido fuerza de cosa juzgada (arts. 243 y 370,1). Por lo demás, los administradores serán responsables individual y solidariamente, según el caso, frente a la sociedad o frente a terceros, por infracción a las disposiciones legales o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, por las violaciones de los estatutos y por las faltas cometidas en su gestión (art. 244,1, modificado por la Ley número 67/559, de 12 de junio de 1967). Si varios administradores han cooperado en los mismos hechos, el Tribunal determinará la parte constitutiva de cada uno en la reparación del daño (art. 244,2).

Además de la acción de reparación del perjuicio sufrido personalmente, los accionistas podrán, bien individualmente, bien agrupándose en las condiciones fijadas por decreto, promover la acción social de responsabilidad contra los administradores. Los demandantes estarán habilitados para perseguir la total reparación del total perjuicio sufrido por la sociedad, incrementado, en su caso, con daños y perjuicios (art. 245).

La acción de responsabilidad contra los administradores, tanto social como individual, prescribirá a los tres años a contar desde el hecho perjudicial, salvo que haya sido disimulado, en cuyo caso comienza con su revelación y si el hecho se califica de delito el plazo es de diez años (art. 247).

En caso de apertura de un procedimiento de "reflotamiento" judicial, en aplicación de la Ley número 85/98, de 25 de enero de 1985, relativa al "reflotamiento" y a la liquidación judicial de empresas, las personas afectadas por esta legislación podrán ser declaradas responsables del pasivo social y estarán sometidas a las prohibiciones e indignidades, en las condiciones previstas por dicha legislación (art. 248, modificado por la Ley citada) (15).

3. DERECHO ITALIANO

El régimen jurídico de la sociedad anónima está integrado en el Código Civil de 1942, que regula esta materia con notoria mayor perfección que el texto precedente, Codice di Commercio de 1882, que seguía el modelo francés.

La administración se puede confiar a una o varias personas, pero en este último supuesto éstas constituirán el Consejo de Administración (art. 2.380). Su nombramiento no puede hacerse por un período superior a tres años, si bien cabe la reelección (art. 2.383) correspondiendo a la asamblea tanto su nombramiento como su revocación.

(15) La traducción del texto francés es de Jesús Blanco Campaña en la obra señalada en la nota 13.

Las facultades del Consejo de Administración pueden centrarse en dos fundamentales: una, la referente a la organización de la sociedad y la otra, al propio ejercicio de la empresa social (16).

Los administradores ostentan la representación de la sociedad (art. 2.384,1). El Consejo de Administración es el órgano colegiado de gestión, siendo necesario para la validez de sus deliberaciones la presencia de la mayoría de sus miembros, salvo que el título constitutivo no exija una mayoría superior de presentes. Sus decisiones se toman, salvo disposición contraria en el título constitutivo, por mayoría absoluta, no pudiendo votarse por representación (art. 2.388).

Los administradores deberán cumplir los deberes que les imponen la ley y el acto constitutivo con la diligencia del mandatario, y serán solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados de la inobservancia de tales deberes, a menos de que se trate de atribuciones propias del Comité ejecutivo o de uno o más administradores. En todo caso, serán solidariamente responsables si no han vigilado el curso general de la gestión social y también cuando, teniendo conocimiento de actos lesivos, no hayan hecho lo que hubieran podido para impedir su realización o eliminar o atenuar las consecuencias dañosas. La responsabilidad por los actos u omisiones de los administradores no se extiende a aquellos que, estando libres de culpa, hicieron constar inmediatamente su disenso en el libro de actas del Consejo, comunicándolo también inmediatamente y por escrito al Presidente del Colegio sindical (art. 2.392).

La acción social de responsabilidad de los acreedores requiere acuerdo de la asamblea aunque la sociedad se encuentre en liquidación. Tal acuerdo puede ser adoptado con ocasión de discusión del balance, aunque no esté incluido el asunto en el orden del día y entrañará la separación de los administradores contra los que se ejercita la acción, siempre que sea adoptado el acuerdo con el voto favorable de un quinto, al menos, del capital social. En este caso la asamblea proveerá lo necesario para su sustitución, pero la sociedad podrá renunciar al ejercicio de la acción de responsabilidad y transigir sobre la misma, con tal que la renuncia o transacción sea aprobada mediante acuerdo de la asamblea, y no se oponga una minoría que represente, al menos, la quinta parte del capital social (art. 2.393).

Además de esta acción social, los administradores responderán frente a los acreedores sociales de la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social. La acción podrá ser ejercitada por los acreedores cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de los créditos. En caso de quiebra o de

(16) MINERVINI, *ob cit.*, págs. 182 y 183.

liquidación administrativa de la sociedad, la acción corresponde al síndico o al comisario de la liquidación. La renuncia de la acción por parte de la sociedad no impedirá el ejercicio de la acción por los acreedores sociales. La transacción podrá ser impugnada por los acreedores sólo con la acción revocatoria (art. 2.394).

Con carácter general recoge el artículo 2.395 que estas disposiciones precedentes sobre la responsabilidad de los acreedores no prejuzgan el derecho al resarcimiento del daño que compete el socio individual o al tercero que han sido directamente dañados por actos culposos o dolosos de los administradores (17).

4. SISTEMA ANGLOSAJÓN

No vamos a ocuparnos aquí de la evolución desde la antigua *Companies Act* inglesa de 1929, o de su sustitución por la de 1948, para llegar a la vigente regulación de 1980 (18). Sin embargo, sí hemos de destacar que en este sistema normativo se requiere una aprobación de la Junta general de cualquier contrato de trabajo entre un administrador y la sociedad o con otra sociedad del grupo si la duración es superior a cinco años y no cabe una revocación unilateral por parte de la sociedad, mediante simple notificación o no pueda resolverse más que por causas o circunstancias especiales (Sección 47). La relación jurídica del ente social con sus administradores se califica de contrato, lo que no empece al carácter orgánico de su estructuración en el Derecho inglés (19).

El administrador, en cuanto miembro de un ente social, puede ser relevado de su cargo, sin que ello impida el ejercicio de la acción de daños y perjuicios, si hubo incumplimiento contractual. La revocabilidad del nombramiento prueba el carácter orgánico de la administración, la posible indemnización de daños y perjuicios demuestra la existencia de un contrato (20). Además de exigirse el acuerdo de la Junta general para transacciones recayentes sobre importantes bienes patrimoniales y siempre que en ellas intervengan administradores o personas vinculadas con ellos y permitir su anulación a instancia de la sociedad, se prohíbe al ente social

(17) Hemos seguido la traducción de J. Blanco Campaña en la obra señalada en la nota 13.

(18) Sobre este punto: Angel CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, págs. 863 y 865, y Clive M. SCHMITTHOFF "Consideraciones generales sobre la ley inglesa de sociedades mercantiles de 1980", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 156, abril-junio de 1980, págs. 191 y sigs.

(19) Clive M. SCHMITTHOFF, *ob. cit.*, pág. 208, nota 10.

(20) *Ibidem*.

conceder préstamos a los administradores. El administrador de empresa "holding" no podrá conceder tampoco un préstamo o cuasipréstamo al administrador de una sociedad relacionada con la entidad social acreedora (Sección 64), salvo limitadas excepciones.

Aparte de cuanto se ha expresado, la ley considera delito las acciones de *Insider* (Secciones 68-73), persona física sujeta a la sociedad y no excepcionada normativamente. La negociación realizada contraviniendo la prohibición del "insider trading" resulta nula y la persona que contravenga tales disposiciones incurre en responsabilidad penal, si bien es perseguible de oficio por el Director of Public Prosecutions (Sección 72).

La Ley de 1980 estableció que cualquier socio puede solicitar al Juez una indemnización por daños y perjuicios demostrando que la sociedad ha desarrollado operaciones de modo perjudicialmente injusto para algún miembro de la sociedad, incluida la omisión dañosa (Sección 75).

En Estados Unidos se ha llegado a un punto de separación entre propiedad y control de empresa y los administradores lo son de un organismo dirigido más a fines que interesan a toda la comunidad que al máximo beneficio de los socios (21).

5. La Comunidad Económica Europea ha dictado siete Directivas en materia de sociedades, pero ninguna hace referencia a la responsabilidad de los administradores (22). Tampoco el Reglamento 137/85, de 25 de julio de 1985, relativo a la agrupación europea de interés económico afecta a este punto.

III. EVOLUCION HISTORICA DE NUESTRO DERECHO

1. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829

Nuestro primer Código Mercantil no señaló normas concretas sobre la responsabilidad de los administradores y siguió el modelo francés, quizá por destacar suficientemente en su definición de sociedad anónima, que su manejo se encomienda a administradores o mandatarios amovibles a voluntad de los socios (art. 265,3.º). Pero a cambio de tan precisa caracteri-

(21) BERLE *Property, Production and Revolution*, cit. por Angel Cristóbal Montes, *ob. cit.*, pág. 866

(22) Primera Directiva 68/151, de 9 de mayo de 1968; Segunda 77/91, de 13 de diciembre de 1976; Tercera 78/855, de 9 de octubre de 1978; Cuarta 78/660, de 25 de julio de 1978; Sexta 82/891, de 17 de diciembre de 1982; Séptima 83/349, de 13 de junio de 1982, y Octava 84/253, de 10 de abril de 1984.

zación no dictó preceptos específicos sobre el régimen de responsabilidades (23).

Sin embargo, ya Martí de Eixalá (24) puso de relieve cómo esta carencia de normas determinaba que los administradores se prestaban al plagio y al fraude y comprometían con ello la fortuna de gran número de personas. Ello determinaría la promulgación de la Ley de 28 de enero de 1848 y su Reglamento de 17 de febrero del mismo año que, con independencia de la tutela del poder político-administrativo en la fundación y vida de la sociedad, propia del tiempo y determinante de viciosas actuaciones que llevarían a su derogación (25) estableciera la subordinación de los administradores a la junta, prohibiéndose cualquier pacto que tendiera a hacer irrevocable la administración o gerencia, como recogió el artículo 2.º del citado Reglamento y permitiendo, por otra parte, la revocación, incluso sin causa, como se estableció en el artículo 27 de la Ley. Sin embargo, lo más importante de toda esta normativa, es lo referente a la designación de personas encargadas de la vigilancia de la administración, recogida en el artículo 25 de la citada Ley, ello sin perjuicio de la inspección del Poder público.

A fines de octubre de 1868 se derogó toda la legislación especial y en el año siguiente se suprimió toda la intervención de la Administración pública, sustituyéndose ésta por la publicidad.

El artículo 11 de la Ley de 19 de octubre de 1869 permitió a los tenedores de acciones, tanto individual como colectivamente, reclamar ante los Tribunales ordinarios el cumplimiento de los estatutos y reglamentos por los que se rigieran las sociedades y de los acuerdos de las juntas legítimamente adoptados, para exigir responsabilidad a sus mandatarios o administradores.

2. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885

El Código vigente recoge tal responsabilidad en su artículo 156: "Los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios y, mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales; y si, por la infracción de las leyes y estatutos de la compañía, o por la intervención de los acuerdos

(23) J. GIRÓN TENA "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XII, fasc. II, abril-junio de 1959, pág. 523

(24) *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 5ª ed., 1870, pág. 270.

(25) J. GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 424

legítimos de sus juntas generales, irrogaren perjuicios y fuesen varios los responsables cada uno de ellos responderá a prorrata”.

Destacó Garrigues (26) que en virtud de tal precepto los administradores estaban sujetos a una doble especie de responsabilidad: como mandatarios de la sociedad y como órganos encargados de cumplir la ley, los estatutos sociales y los acuerdos legítimos adoptados por las juntas generales. La primera de tales responsabilidades se generaba por el incumplimiento de las obligaciones del mandatario, y respondía por ello el administrador, “no sólo del dolo, sino de la culpa que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según el mandato haya sido o no retribuido” (art. 1.726 del CC).

La segunda clase de responsabilidad nacía de actos contrarios a normas legales coactivas, a los estatutos y a los acuerdos legítimos de la junta general. Pero en ambos casos, si existía pluralidad de administradores la responsabilidad no era solidaria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1915 estimó que el obrar en cumplimiento de lo acordado en la junta general eximía de responsabilidad al administrador. Tal doctrina fue muy criticada, con notoria razón, por la doctrina (27).

Aparte de lo que antecede, la teoría del mandato quedó totalmente desfasada desde el momento en que se patentizó por los tratadistas patrios la imposibilidad de que una sociedad anónima pudiera llegar a funcionar sin administradores (28). Pero toda la regulación de la administración en el Código de Comercio fue muy criticada por la doctrina (29).

3. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 17 DE JULIO DE 1951

Esta Ley abandonó deliberadamente el concepto de mandato, inclinándose por la doctrina del órgano y exigiendo a los administradores la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, imponiendo a los órganos de administración del ente social la obligación de responder frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños causados por malicia o negligencia grave. Fue novedad de este texto la introducción de la teoría del órgano (30) o relación originaria, así como regular la responsabilidad de los administradores.

(26) *Curso...*, cit., t. I, pág. 268

(27) *Ibidem*.

(28) GARRIGUES-URÍA *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. 2.º, Madrid, 1953, pág. 26.

(29) José M.ª ECHEVARRI Y VIVANCO: *Comentarios al Código de Comercio*, t. II, Valladolid, 1923, pág. 274.

(30) José M.ª GARRETA SUCH “La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-septiembre de 1981, págs. 596 y sigs.

El profesor de la Universidad de Pisa, Lorenzo Mossa, a la vista del proyecto español, que luego cristalizaría en la Ley de 17 de julio de 1951, reconoció haber solicitado para el Derecho italiano normas y sanciones para los administradores, y puso de relieve asimismo que ello había producido terror e imprevisión fuera de Italia, pero en conjunto se manifestó satisfecho de nuestro proyecto, porque no abrumaba a los administradores del ente social con reglas y sanciones insoportables más allá de una línea clásica indiscutible (31). Reconocía que el texto del proyecto reducía al mínimo indispensable las normas y las sanciones respecto a la conducta de los administradores y llamaba la atención del trasplante del modelo de responsabilidad de los socios de la compañía colectiva o de nombre colectivo, trasponiendo la responsabilidad por el patrimonio y los negocios sociales desde el capital impersonal de la sociedad al ámbito personal de la gestión (32). Añadía también que el proyecto español seguía la línea tradicional como consecuencia del daño provocado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave en su artículo 80 (33).

Ya la propia exposición de motivos de la Ley de 17 de julio de 1951 recogía que “la forma en que se regula el concepto de acción permite asegurar que el reconocimiento de la responsabilidad de los administradores no será fuente de abusos ni hará peligrar la buena marcha de las sociedades. Servirá, por el contrario, para mantener en todos los casos la pureza administrativa que es norma y blasón de la mayoría de las empresas españolas”. Sin embargo, la regulación que este texto legal adoptó para determinar la responsabilidad de los administradores y su exigencia fue motejada de conservadora por nuestros tratadistas (34).

Por lo pronto, sólo se ocupa de la responsabilidad civil, y como la penal no se determinó después, el resultado ha sido incompleto para regular debidamente la materia (35).

El artículo 79 expresaba que “desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”, conceptos estos que habrían de determinarse por los Tribunales (36), pero ello no era suficiente para incurrir en responsabilidad, porque se exigía, además, que el daño originado por tal actuación fuera “causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave” (37). Por si tales restricciones que reducían

(31) L. MOSSA, *ob. cit.*, pág. 23.

(32) *Ibidem*, pág. 24.

(33) *Ibidem*, pág. 26.

(34) J. M. GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 601.

(35) *Ibidem*.

(36) J. GARRIGUES, *Instituciones...*, cit., pág. 152.

(37) R. LÓPEZ BARRANTES y M. MEJÍAS GONZÁLEZ, *Sociedades Anónimas. Aplicación práctica de su legislación*, Madrid, 1953, pág. 392; no obstante esta clara interpretación del texto en cuestión añaden que “el más elemental criterio interpretativo

en grado sumo la aplicabilidad del precepto y la posibilidad de exigencia de la responsabilidad, no fueran suficientes, se restringía más aún, al declarar además exentos de responsabilidad a los administradores “que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado el daño”.

Se discutió si en los casos de administración plural la responsabilidad sería solidaria o mancomunada, pero la doctrina se inclinó en la tesis de la mancomunidad, por tratarse de una responsabilidad individual (38). Por los tratadistas se aludió a una responsabilidad social de los administradores frente a la sociedad, recogida en el artículo 80, diferente de la responsabilidad individual frente a socios y terceros contemplada en el artículo 81. La acción social de responsabilidad se atribuía a la junta general. Tal acuerdo podía ser adoptado aunque no figurara en el orden del día. En este sentido se pronunció la Sentencia de 31 de enero de 1969.

La sociedad podía en cualquier momento transigir o renunciar el ejercicio de la acción siempre que no se opusieran socios que representaran al menos la décima parte del capital social.

El acuerdo de promover la acción o de transigir implicaba la destitución de los administradores.

Los accionistas que representaran la décima parte del capital social podían entablar conjuntamente contra los administradores la acción de responsabilidad, cuando la sociedad no lo hiciere, dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. A diferencia de la legislación francesa, que permite ejercitar la acción social de responsabilidad a accionistas aislados, en el Derecho italiano y en el nuestro sólo se concede a los socios que alcancen determinado porcentaje cuantitativo.

La responsabilidad social es subsidiaria (“cuando la sociedad no lo hiciere, dentro de la fecha de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad”). En cuanto a “los acreedores de la sociedad sólo podrán dirigirse

obliga a pensar en la responsabilidad del administrador que falta a aquella diligencia —aunque no sea negligencia grave—. Y sucederá que habrá acciones como las que en este precepto (art. 79) se regulan no solamente en base a los artículos 1.902 del Código Civil... y los citados anteriormente sobre las reglas del contrato de mandato, sino incluso porque así se deduce del artículo 83 (que habla de la responsabilidad conforme a este artículo en caso de deslealtad).

(38) La mancomunidad ha constituido la *communis opinio* de nuestro tratadistas. Así GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 52, la apoya en el silencio de la Ley de Sociedades Anónimas, debiendo acudir por ello al artículo 1.137 del Código Civil y en que en otros muchos artículos de la Ley se recoge la solidaridad (arts. 7, 13, 27, 28, 29 y 113). También VÍCTOR FAIREN GUILLÉN “La responsabilidad civil de los órganos de administración de las sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Privado*, 1955, pág. 873; GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 448.

contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social y no haya sido ejercitada por la sociedad y sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos”.

Pero, con independencia de esta acción social, ejercitada primariamente por la sociedad y sólo en su defecto por los socios que representaren la décima parte del capital social y los acreedores, con la finalidad de reconstitución del patrimonio social y subsidiariamente de sociedad y socios, la Ley de 17 de julio de 1951 reconocía, además, una acción individual a favor de accionistas y acreedores. Esta última acción, con independencia de la social descrita, se refiere a la indemnización que pudiera corresponder a socios y terceros “por los actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos”.

Más adelante nos ocuparemos con más detalle de esta acción, pues tal precepto no ha sido afectado por la reciente Ley y ha pasado íntegramente a la nueva normativa.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN LA VIGENTE NORMATIVA

1. MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LEY 19/1989, DE 25 DE JULIO, EN ESTE PUNTO

La necesidad de adaptar la Ley de Sociedades Anónimas y, en general, la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades, determinó la publicación de la Ley 19/1989, de 25 de julio (*BOE* del 27, núm. 178), pero si bien la reforma de la responsabilidad de los administradores no venía impuesta para la homologación a la normativa comunitaria, se aprovechó la ocasión para modificar la responsabilidad de los administradores (39). Ciertamente

(39) FRANCISCO J. ARANGUREN URRIZA, en la obra conjunta con V. M. GARRIDO DE PALMA, J. CARLOS SÁNCHEZ GONZÁLEZ, T. A. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ y F. JAVIER GARDAZÁBAL DEL RÍO. *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, pág. 465; JESÚS RUIZ-BEATO BRAVO “La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, en *Cinco Días*, de 11 de enero de 1989, donde se expresa con razón que “a diferencia de lo que ocurre en otras muchas materias recogidas en el proyecto, en esta reforma se realiza por razones de política legislativa o de oportunidad y no porque así lo exija la necesaria adaptación de la legislación interna española a las Directivas de la CEE. La responsabilidad civil de los administradores aparece regulada en la Quinta Directiva, relativa a la estructura de las sociedades anónimas y poderes y obligaciones de sus órganos, y la misma, como es sabido, sólo está formulada a nivel de propuesta”.

este tema del agravamiento de la responsabilidad de los administradores figuró y mucho entre los suscitadores de la polémica más viva en la fase de anteproyecto, lo cual era lógico, por ser tema hostil en su reacción y afectar directa y personalmente a los empresarios y más concretamente a las personas que ejercen funciones de gestión y representación en las grandes sociedades (40).

Pero, como dijimos, al no venir impuesta por homologaciones comunitarias, la nueva regulación de la responsabilidad de los administradores obedeció exclusivamente a una decisión de política legislativa del Gobierno (41). La Ley de 17 de julio de 1951 había sido muy criticada en este punto, señalándose al respecto que la responsabilidad de los administradores seguía "anclada" en los fundamentos y principios de la responsabilidad civil en general, en la doctrina de la culpa con alguna escapada hacia el riesgo (42).

Se estimó asimismo que tal regulación debiera calificarse de "conservadora", y se dijo también que no se encontraban sentencias que se refirieran a dicho tema, lo que quería decir claramente que no había tenido acceso a los Tribunales (43). La realidad es que en casi cuarenta años de vigencia apenas si se había hecho uso de los mecanismos de responsabilidad contenidos en la mencionada Ley (44). La tradicional benevolencia existente en nuestra Patria cristalizó en la Ley de 1951 en un sistema de responsabilidad basado sobre el daño causado "por malicia, abuso de facultades o negligencia grave" (45).

La reforma ha dado nueva redacción a los artículos 79 y 80, conservando inalterado el artículo 81. Tales preceptos, que son los que se ocupan genéricamente de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima se han trocado, respectivamente, en los artículos 133, 134 y 135 del Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE del 27, núm. 310) (46), que se dictó porque la disposición final primera de la

(40) Guillermo SENÉN "La responsabilidad de los administradores después de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", en *Círculo de Empresarios*, boletín núm. 49, primer trimestre, 1990, pág. 77.

(41) *Ibidem*.

(42) V. FAIRÉN, *ob. cit.*, pág. 881.

(43) GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 601.

(44) F. RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO GONZÁLEZ: *El nuevo derecho de sociedades de capital*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, pág. 34.

(45) R. URÍA, *ob. cit.*, pág. 306.

(46) La corrección de errores del Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, se publicó en el BOE de 1 de febrero de 1990, núm. 28, y en cuanto a los preceptos que nos ocupan son los siguientes:

citada Ley 19/1989, de 25 de julio, autorizó al Gobierno para que en el plazo de un año a contar desde la publicación de esta Ley en el *BOE* elaborara y aprobara, mediante Decreto legislativo, un texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. En cuanto a la responsabilidad de la que se ocupa el nuevo artículo 79 (133 del t.r.) se observan las siguientes modificaciones en relación con la regulación precedente:

- a) En el apartado 1 declara la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales sin condicionar el daño causado (que lo era por malicia, abuso de facultades o negligencia grave en el texto derogado), aludiéndose además como fuente de responsabilidad no sólo a “los actos contrarios a la ley o a los estatutos”, sino también “los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”.

En la Ley de 1951 se daba la exoneración de responsabilidad para el administrador que, aun no habiendo obrado con la diligencia exigible a un ordenado comerciante y representante leal, no llegara a un grado grave de negligencia, ni obrara con malicia o abuso de facultades, en la normativa vigente, no es consecuencia de negligencia grave, sino de la mera omisión de la diligencia con la que deben desempeñar el cargo o de actuación contraria a la ley o a los estatutos (47).

- b) Frente al sistema anterior sobre la categoría de la responsabilidad en los casos de actuación plural, el apartado segundo establece la responsabilidad solidaria.

-
- a) Donde dice: “Sociedad” en los arts. 133,1, 134,1; 134,4 y 135 (dos veces), debe decir: “sociedad”.
- b) Donde dice: “Estatutos” en los arts. 133,1 y 134,1, debe decir: “estatutos”.
- c) Donde dice: “Administradores” en los arts. 133,1; 134,1; 134,2; 134,4 y 134,5, debe decir: “administradores”.
- d) Donde dice: “Junta” en los arts. 133,3, 134,1; 134,2 y 134,4 (dos veces), debe decir: “junta”.
- e) En el art. 134,2, donde dice: “5 por 100”, debe decir: “cinco por ciento”.
- f) En el art. 133,2, donde dice: “...existencia o conociéndola hicieron...”, debe decir: “... existencia o, conociéndola, hicieron...”.
- g) En el art. 134,3, donde dice: “... no impedirá ni supondrá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone renuncia...”, debe decir: “... no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá renuncia...”.
- h) En el art. 134,5, donde dice: “acionistas”, debe decir: “accionistas”.
- i) En el art. 135, donde dice: “... a los socios y a los terceros...”, debe decir: “... a los socios y a terceros”, y donde dice: “... actos de Administradores...”, debe decir: “... actos de administradores...”.

(47) José Javier CUEVAS CASTAÑO “Administración y representación de la sociedad anónima: modificaciones y adaptación al Derecho comunitario”, en *Boletín de Estudios Económicos*, vol. XLV, abril de 1990, núm. 139, págs. 66 y 67

- c) Si en el texto originario de la Ley de 1951 estaban “exentos de responsabilidad los administradores que salvaron su voto en los acuerdos que hubieren causado daño”, el texto vigente requiere la prueba de que además de no haber intervenido en la adopción y ejecución, desconocimiento de su existencia o, en caso contrario, esto es, conociéndolo, “hicieren todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieren expresamente a aquél”.

En la Ley de 1951 se eximía de responsabilidad a los administradores que hubieren salvado su voto, exoneración que se extendía por la doctrina al caso de ausencia o de voto en contra, lo que significaría que un administrador solidario no sería responsable de los actos realizados por otro administrador. En la normativa vigente únicamente queda excluida la responsabilidad por el desconocimiento, la oposición expresa o la realización de todo lo conveniente para evitar el daño. En caso de administrador solidario, nacería la responsabilidad por lo realizado por el otro, salvo que pruebe su oposición expresa o su actitud beligerante para evitar el daño, pero la neutralidad, el “lavarse las manos” genera la responsabilidad (48).

- d) Expresamente se dice en el texto vigente que no exonerará de responsabilidad en ningún caso a los administradores que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

En cuanto al artículo 80 (134 del t.r.) debemos destacar:

- a) El apartado 1 se conserva igual en su literalidad al texto precedente, pero se le ha adicionado un párrafo que dice: “Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista en el artículo 93 para la adopción de este acuerdo”.
- b) El apartado 2 es idéntico al texto anterior y lo único ocurrido es que el párrafo se ha dividido en dos.
- c) Se añade un apartado tercero para destacar que “la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada”.
- d) El precedente párrafo tercero se limitaba a declarar la posibilidad del ejercicio de la acción social a los accionistas que representaren la décima parte del capital social cuando la sociedad no lo hiciere,

(48) *Ibidem*, pág. 67.

dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiere sido contrario a la responsabilidad. El actual, más completo, permite a “los accionistas en los términos previstos en el artículo 100 (art. 56 de la Ley) solicitar la convocatoria de la junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocaren la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad”.

Con esto se completa el texto precedente, no limitándose sólo a la omisión de la pasividad de la sociedad, sino que se extiende a la falta de convocatoria de la junta por los administradores y, finalmente, se reduce el plazo de tres meses del texto precedente a uno.

- e) Finalmente, el último párrafo ha sido mejorado al suprimirse el adverbio “sólo” y se restringe el ejercicio al supuesto de que el patrimonio social —garantía de acreedores— resulte insuficiente para la satisfacción de los créditos de los acreedores, en tanto que el texto anterior hacía referencia a un acuerdo que amenazare gravemente la garantía de los créditos.

Aparte de cuanto ha quedado expresado, comparando el nuevo texto con el precedente, podemos destacar que la agravación de la responsabilidad de los administradores no se produce sólo por la nueva formulación de la regla general de la diligencia exigible y de los elementos que integran la responsabilidad, sino de otras normas de la nueva Ley que configuran una responsabilidad realmente agravada (49) y que examinaremos más adelante.

2. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES

A) *Extensión de la responsabilidad*

La responsabilidad de que se ocupa la Ley es sólo la civil. Como ya destacó la Sentencia de 25 de junio de 1959, los hechos son examinados dentro del ámbito del derecho privado sin inmiscuirse en lo resuelto por

(49) G. SENÉN, *ob. cit.*, pág. 78.

la jurisdicción penal dentro de su esfera, que no prejuzgó, ni podría prejuzgar lo que por la civil se resolviese a valorar con plena competencia tales hechos y sus efectos jurídicos.

Concretado el estudio a esta responsabilidad de tipo civil y de carácter reparatorio, frente al antiguo artículo 79 que recogía que “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”, el artículo 127,1 del texto refundido (art. 79,1 de la Ley modificada) sustituye el término comerciante por el de empresario. Ello se debe a que la complejidad de una sociedad anónima ha dejado ya obsoleto aquel viejo concepto de comerciante, puesto que la sociedad puede tener un objeto tanto fabril como de comercio o servicios, y el precepto intenta adecuarse en su nomenclatura a las actuales circunstancias del mercado (50).

En su segundo párrafo se añade que “deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones”.

Después de expresarse la diligencia en la actuación, se recoge también en el artículo 133,1 del texto refundido (79,2 de la Ley) que “responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deban desempeñar el cargo”.

Ha desaparecido el sistema de reducir la responsabilidad de los administradores a los supuestos de daños causados por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, bastando ahora para desencadenar la responsabilidad de los administradores causar un daño a la sociedad realizando actos contrarios a la ley o a los estatutos, o incluso cuando siendo conformes con la legalidad y las normas estatutarias sean realizados sin la diligencia con que deben desempeñar su cargo, que es la de un ordenado empresario y de un representante leal (arts. 127,1 y 133,1 del t.r.). La jurisprudencia, con referencia al texto de la Ley de 1951, pero que también resulta aplicable a la nueva normativa, había declarado en la Sentencia de 3 de marzo de 1966, que en los casos de impugnación establecidos en el artículo 79, no es preciso que se den conjuntamente, bastando que exista uno de ellos para la viabilidad de esta acción.

La referencia a esta precisa diligencia (de un ordenado empresario y de un representante leal), al no limitarse a la culpa grave, por haber desaparecido tal mención en el texto nuevo, supone, por una parte, la posibilidad de exigir responsabilidad no sólo en los supuestos de culpa grave o dolo,

(50) José M.^a NEILA NEILA *La nueva Ley de Sociedades Anónimas. Doctrina, jurisprudencia y Directrices comunitarias*, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pág. 497.

propios de la legislación derogada, sino de la culpa leve y aun la levísima, cuando la conducta del administrador se separe del módulo de la culpa genérica en abstracto (de ordenado empresario y de representante leal). La tradicional norma de medida de la culpa de forma no profesional y con referencia al padre de familia se ha sustituido por la de un ordenado comerciante —ahora ordenado empresario—, eligiendo así la ley este camino entre los dos existentes en el Derecho comparado en este punto (51). El ordenado empresario constituye una especie de paterfamilias especializado por la civilización (52). Supone, a título de analogía, la expresión de datos reales susceptibles de entrar, a través de la experiencia, a formar parte de los materiales constitutivos de una máxima de experiencia. En cuanto la alusión al representante leal supone una mera concesión a la superada doctrina del mandato (53).

La diligencia del “buen padre de familia”, del “bonus ac diligens paterfamilias” del Derecho Romano, a que alude el Código Civil en diversos preceptos (arts. 497, 1.094, 1.104, 1.555, 1.889 y 1.903), ha sido muy criticada por pretender medir a un hombre de carne y hueso con un fantasma, olvidando que la vida sólo con la vida puede medirse (54).

Al no expresar nada la Ley sobre la intensidad o grado de la culpa por el que deben responder los administradores, hay que estimar que todos son susceptibles de generar dicha responsabilidad. La referencia a la diligencia de un representante leal ha hecho acudir a las normas del mandato mercantil, que obliga a cuidar de los asuntos como propios y que se recoge en el artículo 255 del Código de Comercio (55), en virtud del cual se obliga al comisionista en lo no previsto expresamente por el comitente, consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio, pero si estuviere autorizado a obrar a su arbitrio o no fuere posible la consulta, “hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio”. Ello nos transmite a la culpa leve *in concreto*.

Ciertamente no nos encontramos ante una responsabilidad objetiva o sin culpa. En todo caso se exige negligencia en el administrador o administradores, pero no se explicita la clase de imprudencia. La supresión de la referencia a la negligencia grave lo es para hacer más rigurosa y exigente la responsabilidad. Podría entenderse por ello, que ahora se genera la responsabilidad no sólo de la culpa grave como en el texto derogado, sino por la leve e incluso la levísima. La admisión de esta última pudiera

(51) J. GIRÓN *La responsabilidad*, cit., pág. 446.

(52) V. FAIREN GUILLÉN, *ob. cit.*, pág. 869.

(53) *Ibidem*

(54) J. ANTÓN ONECA *Derecho Penal*, t. I. parte general, Madrid, 1949, pág. 219.

(55) GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. cit.

apoyarse en que sirve de desencadenante de la responsabilidad en los supuestos de culpa extracontractual o aquiliana de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, como se deduce del propio artículo 1.089 del mismo texto legal, que recoge la regla “et Lege Aquilia ex levisima culpa venit”. Pero los autores se refieren tan sólo a la culpa leve como desencadenante de la responsabilidad en la gestión (56).

Estamos de acuerdo con que la exigencia de una responsabilidad objetiva o por el resultado alejaría a los hombres preparados para la dirección de negocios de la asunción de las eventuales responsabilidades nacidas en la gestión de la sociedad anónima (57), pero una cosa es la no admisión de la responsabilidad sin culpa y otra muy distinta la admisión de la negligencia levisima. La trascendencia puede ser muy destacada en cuanto a sus efectos. En el primer caso, el actor sólo tendría que probar el daño y la relación de causalidad con la actuación del administrador, en el otro supuesto pecharía con la carga de la alegación y de la prueba además del acreditamiento o demostración de la negligencia. Téngase en cuenta que el nuevo artículo 79 ha pretendido lograr un sistema de responsabilidad más enérgico y completo que al anterior (58) y que no se ha señalado limitación en la literalidad del nuevo precepto, que se ha limitado a suprimir la restrictiva concreción y reducción de la culpa grave. Se incluyen así, frente a lo que sucedía en el texto precedente, los daños causados por simple negligencia del administrador (art. 79,2 de la LSA, reformada, y art. 133,1 del t.r.) (59). Por otra parte, los límites entre las diversas clases de culpa son imprecisos y equívocos, así como determinados por referencias culturales extranormativas, y si se aplicara el sistema de la culpa *in concreto* habría razones suficientes para determinar la responsabilidad por la culpa levisima, porque en los asuntos propios se suele poner una diligencia extremada.

Sin embargo, de tales argumentos, pensamos que el criterio de benignidad de nuestros Tribunales excluirá la culpa levisima, profetizamos que con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la culpa contractual, pese a que la doctrina del mandato para el administrador ha sido arrumbada y que a la teoría del órgano le es más aplicable la responsabilidad aquiliana. La Sentencia de 25 de mayo de 1979 estimó como negligencia grave no celebrar en un año ninguna reunión del Consejo de Administración, ni junta general ordinaria, así como no rendir cuentas durante varios años.

(56) G. SENÉN, *ob. cit.*, pág. 78.

(57) LEHMANN *Gesellschaftsrecht*, 1949, pág. 203, cit. por Girón Tena, *ob. cit.*, pág. 447.

(58) R. URÍA, *ob. cit.*, pág. 306

(59) *Ibidem*, pág. 307

B) *Aplicabilidad a las omisiones*

Aunque no se hace referencia expresa a las omisiones en el texto, entendemos que, producido un daño y demostrada la causalidad con la omisión negligente, como ocurre en el artículo 1.902 del Código Civil, se generará la responsabilidad (60).

La responsabilidad del administrador se extiende no sólo a los actos, sino a las omisiones, ya que lo mismo se perjudica los intereses sociales con actuaciones positivas que con dejaciones y abstenciones injustificadas, dejando de realizar aquellas actividades que debieran de efectuarse inexcusablemente (61).

En la responsabilidad solidaria, de la que más adelante nos ocuparemos, específicamente se extiende incluso del acto en que no se ha intervenido, ni en su adopción ni en su ejecución, si no se hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, no consta que se opusiera expresamente a dicho acto.

La responsabilidad se extiende no sólo a la ejecución del acuerdo determinante del daño por actos contrarios a la ley o estatutos, o bien, siendo conformes, realizados sin la diligencia debida, sino también al propio acuerdo (62). Se extiende, por tanto, lo mismo a la vía de declaración que a la de ejecución, ya que ésta no es otra cosa que la puesta en práctica de lo acordado. A estos dos momentos hace alusión el artículo 79,3 nuevo (art. 133,2 del t.r.), al referirse tanto a la *adopción* del acuerdo lesivo como a la propia *ejecución* del mismo.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1986, la responsabilidad del artículo 79 exige: *a)* la realidad del daño; *b)* al ser la responsabilidad subjetiva, conductas maliciosas, de abuso de facultades o gravemente culposas, y *c)* la culpa originadora de la responsabilidad ha de ser grave. En todo caso, se ha exigido un daño estimable y una actuación dolosa o gravemente negligente, en Sentencias de 31 de enero de 1969, 28 de marzo y 21 de mayo de 1985, 13 de octubre de 1986 y 12 de abril de 1989.

Adaptando tal doctrina a la normativa vigente, resulta: *a)* la realidad del daño; *b)* conducta contraria a la ley o a los estatutos o, siendo conformes, realizadas sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo; *c)* cualquier entidad de culpa o negligencia (o si no se acepta amplitud, tanto el dolo, la culpa grave y la culpa leve).

(60) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 468

(61) J. M. NEILA, *ob. cit.*, pág. 498.

(62) F. J. ARANGUREN URRIZA, *ob. cit.*, pág. 467

C) *Causas de exoneración de la responsabilidad*

No exonera de la responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (art. 79,4 de la Ley y 133,3 del t.r.). Ello se debe a que si bien la junta general es el órgano soberano de la sociedad, el acto contrario a la ley o a los estatutos es ilícito y también lo es el que sea conforme pero se realice sin diligencia debida por los administradores.

Este punto destaca su interés por las consecuencias a que puede dar lugar, derivadas tanto de la relación entre los diversos órganos sociales como a la posible distribución de competencias (63).

Los administradores que ejecuten un acuerdo nulo o anulable de la junta incurren en responsabilidad. Están legitimados para su impugnación, como se deduce del artículo 117,1 del texto refundido (64), los accionistas y cualquier tercero que acredite un interés legítimo. Para los actos anulables, los accionistas que hubieren hecho constar en el acta su oposición al acuerdo o hubieren sido ilegítimamente privados del voto.

D) *La subordinación a la junta general*

La Ley de 1951 fue más lejos que su anteproyecto (65). En éste se mantiene la soberanía de la junta, pero se pretendió "contrapesar los poderes de la Dirección y el poder de la Junta general". El artículo 51,2 del anteproyecto citado desapareció en la Ley de 17 de julio de 1951 y ha quedado el principio de la soberanía de la junta sin recortes ni limitaciones (66). Este principio se ha conservado igual en el texto vigente.

Los administradores como representantes leales no están sujetos a una obediencia ciega a los mandatos o acuerdos de la junta cuando éstos sean claramente nulos o anulables. El problema respecto a estos últimos radica en la brevedad del plazo de caducidad señalado para su impugnación

(63) *Ibidem*

(64) F. J. ARANGUREN estima que tanto los actos nulos como los anulables acordados por la junta general obligan a su ejecución a los administradores. No puedo estar de acuerdo con dicha opinión, que luego se contradice en el texto, al añadir que la forma de exoneración de la responsabilidad es, además de no intervenir en su ejecución, preconstituir prueba de su oposición. Lo que realmente se deduce es que la ley no se conforma con la pasividad, con la omisión de los administradores frente a los actos nulos y anulables, sino que exige una oposición a tales actos.

(65) GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 437.

(66) *Ibidem*, pág. 438.

(cuarenta días, a diferencia de la impugnación de los actos nulos en que el plazo es de un año), pero ello no empece a la obligación del administrador de impugnarlo, si bien si no lo hiciere y, con independencia de la responsabilidad en que incurra por no hacerlo, combatiéndolo dentro de plazo, el acuerdo devendrá ejecutivo y deberá cumplirse.

La ratificación por la junta general de lo actuado por los administradores no presupone necesariamente que éstos hayan invadido asuntos y materias que son incumbencia exclusiva de la asamblea (67). Puede ocurrir así, y en tal caso habría que entender que la ratificación *ex post facto* conferirá al acto administrativo una eficacia de la que carecería en otro caso y siempre que no se trate de materia contraria a la ley o a los estatutos, como se desprende del artículo 1.259 del Código Civil. Pero también puede ocurrir que siendo el acto atribución de los administradores, la junta lo aprueba y hace suyo, pretendiendo un respaldo a la conducta de tal órgano de gestión o representación. En el primer caso podría desencadenarse la responsabilidad de los administradores, pero no necesariamente. Así, si la junta lo ratifica, porque se estima que es útil y conveniente para la sociedad, pienso que no puede nacer responsabilidad donde no existe daño o perjuicio ajeno. En otro caso, necesariamente y, pese a la ratificación de la junta, se desencadenaría la responsabilidad exigible por la sociedad, accionistas o terceros. El artículo 133,3 declara irrelevante tal ratificación de la junta general, pero es que, además, la ratificación con finalidad de renuncia no valdrá, si se oponen accionistas que representen el cinco por ciento del capital social, según establece el artículo 134,2 en un sentido de protección minoritaria.

E) *Responsabilidad solidaria en supuestos de pluralidad de administradores*

Siguiendo los modelos francés y holandés, si bien en estos ordenamientos se recogen numerosas excepciones, la reforma de la Ley de 1951 ha establecido la regla de la solidaridad. Los administradores de la sociedad anónima, en caso de ser plural su número, responden de forma solidaria. Todos responden de todo (68). Contra uno cualquiera de ellos, contra varios o contra todos puede desencadenarse la responsabilidad para reclamar la totalidad del perjuicio causado.

Todos los consejeros sin excepción son responsables. Si existe pluralidad de administradores y han sido designados solidariamente, responden

(67) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 467.

(68) J. M. NEILA, *ob. cit.*, pág. 499.

los que hayan adoptado la decisión u omitido la actuación necesaria y los restantes siempre que hayan intervenido en la misma. En supuesto de mancomunidad, ambos administradores (69).

En todo caso se trata de una presunción de responsabilidad solidaria en supuestos de administración plural, que descarga del *onus probandi* a la actora. Incumbe así al concreto administrador, para poder eludir la responsabilidad nacida de tal presunción, probar que no tuvo parte en tal acto generador de la misma y que intentó evitarlo, si lo conoció.

El artículo 132,2 del texto refundido (art. 79,3 de la Ley) permite subdistinguir diversos supuestos:

- a) Si el administrador no ha intervenido en la adopción del acuerdo y desconocía su existencia, no incurre en responsabilidad (70), siempre que no se le pueda imputar tal desconocimiento. En este caso su responsabilidad derivaría de omisión. Se ha juzgado riguroso el precepto por exigir para la exoneración de la responsabilidad no haber intervenido. También se ha discutido si ha de estimarse intervención la mera presencia o ha de exigirse en todo caso una “intervención decisiva” (71). A esto debe responderse que la pasividad o el desentendimiento pueden generar el desencadenamiento de la responsabilidad, habida cuenta la exigencia de representación leal y la actuación como ordenado empresario, que se demanda del administrador.
- b) Cuando conociendo la existencia de ejecución del acuerdo hizo el administrador todo lo conveniente para evitar el daño ocasionado. Lo normal que debe realizar es la impugnación de tal acuerdo y a ello se refiere el artículo 116 [art. 83,a) de la Ley]. No es bastante la disidencia, el desacuerdo, la oposición verbal en el colectivo de administradores a la decisión tomada. La ley exige algo más: Hacer “todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, oponerse expresamente a aquél” (72). En caso de acuerdo, la oposición expresa requiere la manifestación contraria al mismo y su constancia en el acta de la sesión correspondiente. Pero, a más de todo ello, la impugnación del acto, ya que no puede decirse que se opone el que permite que el acto o acuerdo devenga inexpugnable por el transcurso del tiempo de caducidad, si no lo ha evitado o

(69) *Ibidem*.

(70) *Ibidem*. Entiende que se generaría la responsabilidad por no haber adoptado el acuerdo que se tenía el deber de adoptar.

(71) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 467, estima esta última, pues es evidente que el que votó en contra o salvó su voto, no tuvo intervención en la adopción del acuerdo.

(72) *Ibidem*.

intentado al menos por el modo legal y más normal cual es su impugnación judicial. Por ello parece deducirse que debe estimarse como obligatorio impugnar el acto o acuerdo contrario a la ley o a los estatutos porque la antijuridicidad resulta patente, pero no debe exigirse cuando sea simplemente perjudicial a la sociedad desde un punto de vista económico exclusivamente, porque en estos casos es suficiente la impugnación en el debate interno (73).

Existe una presunción de culpa colectiva (74) que es compatible con la no presunción de falta de diligencia (75). Efectivamente, la parte demandante (sociedad, accionistas o acreedores) ha de probar el daño, la culpa y la relación de causalidad, pero probada la culpa, se presume la culpa colectiva de todos los administradores (76).

F) *Duración de la responsabilidad y plazo de prescripción de la acción*

La nueva normativa, al igual que ocurría con la Ley de 1951, no menciona el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad. Garrigues (77) estimaba deliberada esta omisión en el texto precedente y señalaba al respecto que tal cuestión estaba prevista y resuelta en un precepto específico del Código de Comercio, cuya vigencia había sido declarada por el Decreto de 14 de diciembre de 1951, al referirse a las disposiciones de la legislación común que quedaban en vigor después de publicada la precedente Ley de Sociedades Anónimas, refiriéndose al artículo 949 (78). El artículo citado señala que “la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración”. La Ley 19/1989, de 25 de julio, no ha afectado a este punto, y los tratadistas patrios han aceptado tal aplicación, tanto para el texto precedente (79) como para el actual (80).

(73) *Ibidem*.

(74) RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO, *ob. cit.*, pág. cit.

(75) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 468

(76) *Ibidem*

(77) GARRIGUES-URÍA, *ob. cit.*, pág. 155.

(78) *Ibidem*.

(79) Véase FAIRÉN GUILLÉN, *ob. cit.*, pág. 880; L. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, “Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XV, fasc. IV, octubre-diciembre de 1962, pág. 930; J. M. GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 949.

(80) J. M. NEILA, *ob. cit.*, pág. 500; F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 471, si bien matiza con que ha de producirse el daño para que surja la acción.

En virtud de tal precepto, el plazo de la acción queda en suspenso mientras el administrador ejerca el cargo (81), pero en cuanto cese el mismo comienza a correr el plazo prescriptivo, con independencia de que el hecho que motive la responsabilidad se descubra después del cese del administrador (82). Ciertamente que existe una suspensión, que permite que el término inicial haya que vincularlo a la realización del *eventus damni* (83). Se trata en sustancia de una suspensión del plazo de prescripción por una causa normalmente existente en el momento en que el plazo debiera comenzar a transcurrir, en virtud de lo cual se produce un desplazamiento de la iniciación del plazo prescriptivo hasta el momento que cesa la causa que originó la pretensión (84).

Todo el problema radica en que el desencadenante de la responsabilidad es la producción del daño, y éste puede surgir después de haber cesado el administrador (85). Entiende Suárez-Llanos que el momento de la producción del daño y no el cese determinará el inicio del plazo prescriptivo durante los cuatro años señalados en el artículo 949 del Código de Comercio (86). En otro caso, el término de prescripción comenzaría antes de que el derecho pudiera ejercitarse (87), lo cual debe rechazarse por absurdo, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código Civil.

Entendemos que existe una confusión en la interpretación del citado artículo 949, que claramente se refiere al cómputo final. "Terminará" dice precisamente el texto y parece que el legislador quiere dejar tranquilos a los administradores de su responsabilidad transcurrido este plazo. Téngase en cuenta, además, que el acuerdo de promover la acción o de transigir determina la destitución de los administradores afectados (art. 134,2,2 t.r.). La responsabilidad podrá exigirse no simplemente cuando el administrador esté en el ejercicio de sus funciones, sino también después de haber cesado en ellas (88). Precisamente a partir del momento del cese es cuando correrá el plazo de cuatro años de prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores, según el tantas veces citado artículo 949 del Código de Comercio y que se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1962 (89). Esta resolución mantiene la doctri-

(81) GARRIGUES-URÍA, *ob. cit.*, pág. cit.

(82) L. SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, pág. cit.

(83) *Ibidem*.

(84) *Ibidem*, págs. 930 y 931, nota 24.

(85) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 471.

(86) *Ibidem*, pág. 931.

(87) *Ibidem*.

(88) F. SÁNCHEZ CALERO "Los administradores en la sociedad anónima", en *Pre-tor*, año 1979, pág. 224.

(89) *Ibidem*.

na de que una cosa es que se extinga el mandato por renuncia del mandatario y otra muy distinta que tal extinción arrastre la liberación de las responsabilidades contraídas por el mandatario en cumplimiento del encargo que se le encomendó, porque la ley concede acciones y un plazo de prescripción y de caducidad, dentro del cual pueden ejercitarse si no se renunciaron, como ocurría en el caso del recurso.

3. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL TEXTO LEGAL

A lo largo del articulado de la ley encontramos diversos supuestos concretos en que se proclama la responsabilidad civil de los administradores:

- a) “Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad” (art. 15,1).

No se refiere expresamente el texto a los administradores, pero implícitamente se comprenden en el mismo y en el apartado 2 del precepto se les nombra expresamente.

- b) Los administradores responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por su incumplimiento de presentar a inscripción la escritura de constitución en el Registro Mercantil del domicilio social en el plazo de dos meses (art. 17,2), a contar desde su otorgamiento.
- c) La prohibición de suscribir la sociedad acciones propias, ni emitidas por su sociedad dominante. En caso de realización por persona interpuesta, los administradores responderán solidariamente del reembolso de las acciones suscritas (art. 74,3). Quedarán exentos de responsabilidad quienes demuestren no haber incurrido en culpa (art. 74,4).
- d) Se impone multa a los administradores de la sociedad anónima, previa instrucción de expediente, por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, por importe de hasta el valor de las acciones suscritas, adquiridas o aceptadas en garantía de la sociedad o adquiridas por un tercero con asistencia financiera de la sociedad (art. 89,1), infringiendo cualquiera de las prohibiciones

establecidas en la sección 4.^a (arts. 74 a 89). O sea, lo que se ha denominado como prohibición sobre autocartera.

- e) El incumplimiento por los administradores de la obligación de depositar los documentos a que se refiere la sección 10.^a ("Depósito y publicidad de cuentas anuales") dará lugar a la imposición de una multa a la sociedad de 200.000 a 2.000.000 de pesetas por cada año de retraso (art. 221).
- f) Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses, a contar de la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiere sido contrario a su disolución (art. 262,5).
- g) Los administradores de la sociedad que incumplieren lo establecido para el anuncio de la emisión de obligaciones en el mercado con los datos previstos en el artículo 286,1 serán solidariamente responsables ante los obligacionistas de los daños que, por culpa o negligencia, les hubieren causado (art. 286,2).
- h) Por no adaptar antes del 30 de junio de 1992 los estatutos a lo dispuesto en la nueva ley, si estuvieran en contradicción con sus preceptos, los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales (disp. trans. 38).
- i) A partir de la fecha máxima establecida para la adecuación de la cifra social al mínimo legal, no se inscribirá en el Registro Mercantil escritura alguna de sociedad anónima que no hubiera procedido a dicha adecuación. Se exceptúan las escrituras de cese o de dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y de revocación de poderes, así como la de disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores. Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones, quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta. No obstante la cancelación, subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes,

directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad (disp. trans. 6.^a).

- j) Por incumplimiento de la obligación (de empresarios individuales, sociedades y entidades sujetas a inscripción obligatoria) de hacer constar toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y factura, el domicilio y los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil y en las sociedades mercantiles su forma jurídica y, en su caso, situación de liquidación en que se encuentren, será sancionado con una multa de 50.000 a 500.000 pesetas (art. 24 del Código de Comercio, modificado por el art. 1.º de la Ley 19/1989, de 25 de julio).

4. OBLIGACIÓN DE GUARDAR SECRETO

La Ley 19/1989 recogió tal obligación en el inciso final del artículo 79,1, después de señalar que “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal”, añadió que “deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial aun después de cesar en sus funciones”. Pero el texto refundido lo ha extraído del precepto de la responsabilidad (art. 133) y lo ha trasladado al artículo 127, referente al ejercicio del cargo y ha convertido en dos párrafos lo que antes eran dos incisos del mismo párrafo.

Fuera de la colocación sistemática o de la *sedes materiae*, hay que destacar que se establece una nueva obligación que no se encontraba explicitada en la redacción originaria de la Ley de 17 de julio de 1951 y que ahora se recoge de forma expresa (90). De todas maneras, el precepto parece más amplio de lo que es en realidad. La obligación de guardar secreto se prolonga ciertamente después de cesar en las funciones de administración, pero a pesar de la aparente amplitud, resulta restringido en cuanto alcanza sólo a “las informaciones de carácter confidencial”. Ello limita y restringe notablemente su extinción y aplicabilidad, pues sólo tiene lugar con relación a informaciones que presenten tal carácter.

Sin embargo, es preciso entender que, aparte de tales informaciones recibidas con sentido confidencial, también puede alcanzar al normal sigilo y prudencia, que determine un perjuicio para el ente social o terceros.

Por algún sector doctrinal se ha estimado que no es necesario acreditar que la publicidad de tales informaciones haya causado daño (91), pues la mención expresa en el precepto podrá determinar el desencadenamiento

(90) J NEILA, *ob. cit.*, pág. 497

(91) *Ibidem*.

de la responsabilidad. Pero no podemos estar de acuerdo con tal opinión. Sin un concreto perjuicio no puede existir responsabilidad civil. Si se viola el sigilo y no se produce daño o perjuicio alguno, podrá existir y estimarse por ello un incumplimiento de un deber por parte del administrador demostrativo incluso de la carencia de confianza de sociedad y accionistas y determinante de la separación del cargo, pero no puede pensarse en una responsabilidad civil. No existe tal responsabilidad cuando no existe nada que reparar.

Si no existe acto dañoso (92), no puede reputarse aplicable el plazo señalado en el artículo 949 del Código de Comercio, ya que la obligación de guardar secreto debe durar tanto cuanto la información revelada pueda causar daño a la sociedad (93).

5. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL

A) *Introducción*

Se denomina acción social de responsabilidad aquella dirigida contra los administradores para la tutela del patrimonio y de los intereses sociales, mediante el resarcimiento del daño sufrido (94). Se contrapone a tal acción de carácter social la denominada individual, que corresponde a los accionistas y a los terceros contra los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos (95). A la primera se refieren los artículos 133 a 134 del texto refundido (arts. 79 y 80 de la Ley), y a la otra el artículo 135 (81 de la Ley). Ambos supuestos tienen en común comprender una responsabilidad civil derivada del daño (96), basada en la culpa. Ambas forman dos grandes regímenes de responsabilidad, como ha puesto de relieve Girón Tena (97). El primero, específico para la sociedad anónima, y el otro, referido al Derecho común, contractual o extracontractual, que no queda excluido por aquél (98).

(92) Implícitamente por el autor citado se viene a admitir así, aunque no se exprese correctamente y pueda inducir a equívocos: "... facultará a los perjudicados para exigir responsabilidad al administrador..." porque está haciendo referencia inexcusable al perjudicado.

(93) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. cit.

(94) R. URÍA *Derecho Mercantil...*, cit., pág. 307.

(95) *Ibidem*, pág. 308. Ver también GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 611.

(96) SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, pág. 922.

(97) *Ob. cit.*, pág. 445.

(98) *Ibidem*.

B) *Ejercicio por la sociedad*

La responsabilidad social de los administradores es algo que concierne “directamente” a la propia titular del patrimonio lesionado, si bien indirectamente también a otros sujetos (99). La sociedad anónima es la interesada en exigir la reparación del daño (100). Por consiguiente, la acción corresponde ejercitarla a la sociedad, que es quien sufre el daño directamente (101). Se trata, por tanto, de una legitimación *iure proprio* (102).

La nueva regulación mantiene el texto anterior: “La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día” (arts. 80,1 de la Ley, y 134,1 del t.r.). Pero se añade un segundo inciso (segundo párrafo en el art. 134 del t.r.), que expresa que “los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista en el artículo 48 para la adopción de este acuerdo”. Esta mayoría del artículo 48 de la Ley (93 del t.r.): “Los accionistas, constituidos en Junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta”. Se constituye por la mitad más uno de los votos emitidos, como ha destacado una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1956. No debe confundirse el *quórum* del artículo 58, que es de asistencia, con el de votación, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1973, con respecto al texto originario de la Ley de 17 de julio de 1951, pero que, aunque la reforma lo ha cambiado, sigue en el mismo sentido de *quórum* de asistencia y, por tanto, la doctrina sigue siendo aplicable.

Ahora bien, el previo acuerdo de la junta general no implica simultáneo ejercicio de la acción para perseguir la responsabilidad de los administradores, pues el texto legal habla en futuro. Por otra parte, la autorización dada representa este acuerdo, que una vez adoptado acarrea la destitución —implícita— de los administradores. Los cuales, conforme al artículo 75 de la propia Ley, (hoy 131 del t.r.), pueden ser separados en cualquier momento por acuerdo de la junta general (Sentencia de 31 enero 1969).

El acuerdo social, que resulta obligatorio, exige que la junta general así lo decida. No importa que tal acuerdo no figure en el orden del día para que produzca virtualidad y efecto. Puede así lograrse, tanto en junta

(99) SUÁREZ-LLANOS. *ob. ult. cit.*, pág. 925

(100) GARRETA SUCH. *ob. cit.*, pág. 612

(101) Véase FAIRÉN. *ob. cit.*, pág. 874

(102) *Ibidem*.

general ordinaria como extraordinaria (103), bastando con que un accionista lo plantee y se tome dicho acuerdo, previa su votación (104).

Ya vimos la mayoría precisa para tomar tal decisión, que no puede ser alterada ni en junta ni en los estatutos, ya que la norma en cuestión tiene carácter de *ius cogens*.

De todas maneras, tal mayoría no puede circunscribirse al solo acuerdo, para lo cual basta la mitad más uno de votos emitidos, pues se precisa previamente una convocatoria. Por eso se ha apuntado a la mayoría del artículo 102 del texto refundido, entendiendo que debe calificarse por la convocatoria y por la asistencia (105). El artículo 102, referido a la constitución de la junta, distingue entre primera y segunda convocatoria para obtener el quórum de asistentes para su validez. Se inclina la doctrina a referir la mayoría al capital presente, tomando en cuenta el artículo 103 (106), exigiendo, además, que los requisitos de convocatoria han de ser mínimos, señalado en los artículos 51 y 58 de la Ley, tras su modificación para garantizar el derecho de las minorías (107), porque si bien no se requiere una convocatoria *ad hoc* para la validez del acuerdo, las juntas determinan sus mayorías en atención a la convocatoria. Al no exigirse que figure en el orden del día puede suscitarse tal cuestión en una segunda convocatoria y decidirse por mayoría mínima.

El segundo párrafo del artículo 134,2 del texto refundido recoge que “el acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados”. Si se trata de un órgano colegiado, como afectará a todos sus miembros, salvo prueba en contra, la junta que acuerde el ejercicio de la acción deberá nombrar nuevos administradores (108). La sociedad anónima es una persona jurídica que necesita valerse de órganos que actúen por ella y la representen. El órgano que debe representar a la sociedad es el de administración, pero si lo que se pretende es exigir una acción de responsabilidad contra sus miembros se podría producir una clara y patente incompatibilidad (109).

Desde otro punto de vista, los administradores contra quienes se va a proceder pueden oponer en la junta general muchas dificultades, reuniendo votos, pues suelen estar apoyados por grupos de accionistas y utilizar sus propias acciones, en caso de tenerlas (110). Algunas legislaciones se lo

(103) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 507.

(104) *Ibidem*.

(105) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 469.

(106) *Ibidem*.

(107) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. cit.

(108) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 469.

(109) FAIRÉN, *ob. cit.*, pág. ult. cit.

(110) *Ibidem*, pág. 875.

impiden, pero la nuestra no se ocupa de esta cuestión. Girón Tena ha entendido que no se les pudiera permitir que votasen tal acuerdo (111), otros autores se han referido en este punto a un conflicto de intereses (112) o ser juez en causa propia (113). Pero como decimos, la ley no dice si pueden los administradores que sean accionistas participar en la formación del quórum determinante de la exigencia de la responsabilidad. En el sentido de negarles la posibilidad de asistencia y votación se pronuncian algunos autores (114), pero tal opinión no es unánime (115). Entiendo que al no aparecer prohibida expresamente (tampoco de forma implícita) tal actuación, debiera permitirse. El accionista administrador no pierde aquel carácter, ni abdica sus facultades como tal por pertenecer al órgano de administración de la sociedad anónima. En otro caso, también se tendría que prohibir (y por la misma razón), en el caso que el administrador no accionista apareciese apoyado por un número de socios.

Se ha dicho por algún comentarista que esta acción social habrá de entablarse contra todos los administradores y corresponderá a cada uno de ellos probar que han de quedar eximidos de responsabilidad por ausencia de la culpa necesaria para tal exigencia (116). Pero ello, aparte de que se compagina mal con el carácter solidario que se atribuye a la administración plural en el artículo 79,3 de la Ley (133,2 del t.r.), podría chocar con la presunción de inocencia que consagra el artículo 24 de la Constitución y alcanza también al ámbito civil. Al convertirse a los administradores en deudores solidarios de la sociedad, permite a ésta exigir de cualquiera de ellos el daño causado por el colectivo equipo de administración, sin prejuzgar culpabilidades. Cada deudor solidario viene obligado al cumplimiento íntegro de la obligación (art. 1.137 del CC) y por ello el ente social puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos simultáneamente y las reclamaciones dirigidas contra uno no son obstáculo para las que posteriormente se dirijan o puedan dirigirse contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo (art. 1.144 del CC). La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1927 reconoció y admitió que estando pendiente la reclamación contra un deudor solidario puede producirse una reclamación contra otro. Pretender que si no se demandase a todos los administradores, pudiera alegarse por el o los citados la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (117), su-

(111) *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 379

(112) FERRARA, citado por SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, pág. 945.

(113) MINERVINI. *ob. cit.*, pág. 349.

(114) GIRÓN, *ob. ult. cit.*, pág. cit.; RUBIO *Curso de Derecho de sociedades anónimas*.

(115) SUÁREZ-LLANOS, *ob. cit.*, pág. 947

(116) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 506

(117) *Ibidem*.

pone desconocer el carácter solidario de la responsabilidad del colectivo de la administración en la sociedad anónima y la propia naturaleza de la solidaridad.

Lo normal en un caso de estos será dirigir la acción contra todos los administradores, pero también y por tratarse de una acción de responsabilidad civil, que presenta carácter reparatorio, dirigir la acción contra el administrador o administradores más solventes.

No existe ninguna norma que determine el modo de personación del ente social en el correspondiente proceso (118), el tema queda por ello abandonado a la soberanía de la junta general (119). La solución apuntada por la doctrina y que se reputa más normal es conferir la representación a los nuevos administradores nombrados en la junta general (120). Como posibles dificultades se han presentado que el artículo 76, tanto en la primitiva redacción de la Ley de 17 de julio de 1951 como en la reforma operada por la Ley 19/1989 (128 del t.r.), establece que “la representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos”. El texto refundido y la ley que le sirve de fundamento no atribuyen, como el originario, la representación del ente social al Consejo de Administración, sino a los administradores, añadiendo además: “en la forma determinada por los estatutos”, porque, en definitiva, los estatutos, verdadera ley orgánica de la sociedad anónima, son los que han de determinar a quién compete la representación social. Ahora bien, la norma del artículo 134,2, párrafo segundo, del texto refundido, que es la que juega en este punto, constituye un precepto de *ius cogens*, con relación a la destitución que resulta inexcusable porque viene determinada *a fortiori* por el acuerdo de la junta de promover la acción o de transigir y porque la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento de la junta. Por ello puede concluirse que tales destituidos no van a representar a la sociedad. Ciertamente es que cuando existan otros administradores que no se vean afectados por la acción de responsabilidad a ello corresponderá la representación para el planteamiento de la acción (121).

Pero la sociedad puede abandonar la persecución civil reparatoria. La junta general podrá transigir o renunciar el ejercicio de la acción, “siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social” (art. 134,2 t.r.). La Ley de 17 de julio de 1951 hacía referencia a la “décima parte del capital social” (art. 80,2), y por eso el nuevo

(118) SUÁREZ-LLANOS, *ob. cit. ult.*, pág. 953.

(119) GIRÓN, *ob. ult. cit.*, pág. 379.

(120) SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, pág. 953.

(121) *Ibidem*, pág. 954.

porcentaje ha igualado a la minoría señalada para la convocatoria de la junta general extraordinaria en el nuevo artículo 56 (art. 100,2 del t.r.) (122). Y nos equipara con el sistema francés en este punto. Tal cambio ha sido calificado de peligroso, en cuanto la minoría citada pudiera, como destacó la enmienda del Grupo Popular, ser instrumentalizada, “prefabricada, por intereses ajenos y aun contrarios a los de la sociedad sobre todo” en una época de fuertes movimientos bursátiles y operaciones de captura y control de empresas” (123).

En definitiva, los acuerdos de renuncia o transacción pueden ser vetados por dicha minoría. Así, si contra el acuerdo de no promover la acción de responsabilidad contra los administradores, se produjera el veto de tal minoría indicada, no determinaría con ello que se ejercitara la acción de responsabilidad por la propia sociedad, sino que tendría lugar lo dispuesto en el artículo 134,4 del texto refundido (124).

Al no exonerarse en ningún caso la responsabilidad por la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo hubiera sido adoptado con autorización de la sociedad o ratificado por su junta general (art. 133,3 t.r.), puede llevar a sostener que no existe el *quitus* o descargo otorgado por la asamblea que aprueba el balance o las cuentas. Lo intentado en la junta puede ser impugnado por la mencionada minoría.

Problema interesante es el relativo al ejercicio de la acción social de responsabilidad durante el período de liquidación del ente social, que no plantea duda alguna sobre la posibilidad y así se ha recogido en la doctrina (125).

C) *La acción ejercitada por los accionistas*

El ejercicio de la acción social por los socios que alcancen la minoría indicada encuéntrase condicionada a alguno de estos supuestos:

- a) Que los administradores no convocasen la junta general destinada a la exigencia de responsabilidad. Esto se produce si, pese a haberse solicitado con los requisitos del artículo 56 (art. 100,2 del t.r.), los administradores no convocan la junta para tratar de la procedencia de la acción de impugnación (126).

(122) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 508.

(123) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, págs. 469 y 472.

(124) *Ibidem*, pág. 469.

(125) Ver SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, págs. 971 y sigs.

(126) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 508.

- b) Que la sociedad no entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, la oportuna acción. Si acordado en junta el ejercicio de la acción de responsabilidad social contra todos o determinados administradores y la sociedad no la ejercitase en el plazo indicado (el texto derogado señalaba el plazo de tres meses), en tal supuesto pueden los accionistas que alcancen el citado quórum ejercitar la acción social.

Debe tenerse en cuenta que este lapso de tiempo señalado supone un plazo de carencia (127). La aplicación del plazo del artículo 80 lo es con exclusividad al supuesto de ejercicio de responsabilidad de los administradores para el caso de que, previo acuerdo de la junta general de exigir la responsabilidad social de los administradores, no lo realice, los accionistas entablen acciones de indemnización por actos de los precitados administradores, que lesionen directamente los intereses de aquéllos (Sentencia de 12 julio 1984).

- c) Cuando el acuerdo de la junta general hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Este acuerdo contrario legitima a la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

En todos estos supuestos la minoría adquiere legitimación para el ejercicio de la acción social. Se trata de una acción de carácter subsidiario (128), en cuanto se produce en el caso de que la sociedad no la ejercite.

D) *Ejercicio de la acción social por los acreedores*

Con carácter subsidiario de segundo grado se concede a los acreedores el ejercicio de la acción social cuando la junta no lo hubiere ejercitado (no hubiera convocado la junta, no hubiera ejercitado la acción en el plazo de un mes o hubiera recaído acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad), ni los accionistas que representen el cinco por ciento del capital. En tal caso se atribuye la acción a los acreedores sociales y requiere inexcusablemente:

- a) Que se trate de acreedores de la sociedad anónima, o sea supuestos en que el ente social, la persona jurídica sea deudora. No es preciso que se trate de una deuda vencida y líquida (129), ya que se pre-

(127) *Ibidem*.

(128) SUÁREZ-LLANOS, *ob. cit.*, pág. 979.

(129) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 509.

tende prevenir que el patrimonio social sea insuficiente y evitar que se produzca una disminución del patrimonio. Exige una insolvencia patrimonial aunque no haya sido declarada (130). Pero otro sector doctrinal se manifiesta en contra de esta opinión, destacando que no estamos en presencia de un problema de seguridad, sino de pago (131). A mi parecer, la solución resulta clara en la pura literalidad del precepto (arts. 80,5 y 134,5, respectivamente, de la Ley y t.r.): “siempre que el patrimonio social resulte insuficiente par la satisfacción de sus créditos”. Por tanto, entiendo que no es preciso que la deuda esté vencida y sea líquida, bastando con la existencia de un crédito real aunque no sea aún exigible, para que la acción pueda ejercitarse.

- b) Que ni la sociedad ni los accionistas hayan hecho uso de la acción social. Ya hemos visto que se trata de una legitimación subsidiaria de segundo grado, en defecto de la sociedad y los accionistas que alcancen el quórum requerido.
- c) Que el patrimonio social no resulte suficiente. El texto derogado permitía a los acreedores sociales dirigirse contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social, no hubiera sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y se tratara de un acuerdo que amenazare gravemente la garantía de sus créditos. El segundo requisito se mantiene en la redacción actual, pero el problema radica en el diferente texto restante. Actualmente no se exige sino que el patrimonio social resulte insuficiente, mientras que en texto de la Ley de 1951 se requería una finalidad en la acción, resultando así una pretensión concretamente teleológica, de reconstitución del patrimonio social y que se hubiere amenazado gravemente la garantía de los créditos. En realidad el texto derogado resultaba mucho más reducido en su aplicación. Ahora no se basa el ejercicio de la acción en el peligro o amenaza de la garantía de los créditos, sino en atención a un criterio puramente objetivo de insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de los mismos. La acción pretende reconstituir el patrimonio social, garantía de acreedores, y no conseguir el pago del crédito (132).

Se trata así de una acción cuyo paralelo con la del artículo 1.111 del Código Civil resulta patente, aunque el ejercicio contra la sociedad desna-

(130) *Ibidem*.

(131) F. J. ARANGUREN, *ob cit.*, pág. 470.

(132) *Ibidem*.

turaliza tal semejanza, ya que supone una subrogación del acreedor en la posición activa que correspondería al deudor (sociedad), cuya pasividad en el ejercicio de la acción que le compete, perjudica a sus acreedores (133). El acreedor no reclama para sí, sino para la sociedad, en cuanto el éxito de la pretensión ejercitada no hace engrosar su patrimonio, sino que actúa en beneficio del ente social y ejercitando subsidiariamente la acción ante la pasividad o negligencia de sociedad y de accionistas (134). Se trata, pues, de una acción que para los acreedores reviste una naturaleza cautelar, que plantea una genuina figura de legitimación sustitutiva o derivativa, en cuanto no aparecen legitimados por la relación jurídica material, toda vez que sus créditos pueden no ser exigibles, al no ser vencidos y líquidos, y por tanto carecen de acción para reclamarlos *sic et nunc*, pero ejercitan subsidiariamente una pretensión asegurativa y garantizadora.

La acción que concede el artículo 80 de la Ley lo es en último lugar a los acreedores, definiendo el interés que debe asistir al acreedor que la deduce y subordinada su atribución a la circunstancia de que no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, de lo que resulta tener un carácter subsidiario como destaca la Sentencia de 21 de mayo de 1985.

6. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

El artículo 81 de la Ley de 17 de julio de 1951 se ha conservado en su integridad en la reforma operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, y constituye el artículo 135 del texto refundido (Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). Dice así tal precepto: "No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos".

Se trata de un precepto tomado casi a la letra del artículo 2.393 del Código Civil italiano de 1942, como vimos más atrás (135). De su texto se deduce claramente que se refiere a la acción individual, que tiende no a la indemnización de daños indirectamente causados al socio o al acreedor a través del patrimonio de la sociedad (daños secundarios), sino a indemnizarle y repararle de los daños directamente sufridos por el demandante en su patrimonio (daños primarios) (136). Esto quiere decir que los socios y los terceros pueden ejercitar contra los administradores, de acuerdo con

(133) *Ibidem*.

(134) R. URÍA, *ob. cit.*, pág. 308.

(135) *Ver infra* II,3.

(136) J. GARRIGUES *Instituciones...*, cit., pág. 154

los principios generales, las acciones que puedan corresponderles por los actos de éstos que lesionen directamente los intereses de aquéllos (137).

El perjudicado reclama individualmente la indemnización del daño sufrido directamente en su patrimonio (138).

El artículo 81 de la Ley reconoce una acción individual a favor de los socios y de los terceros, distinta de la acción social, que regula en su artículo 80, y tendente no a la indemnización del daño causado por los administradores al patrimonio social y ordenada tal pretensión a obtener la reconstitución patrimonial, como garantía indirecta para el cobro por parte de los demandantes de sus créditos, sino a indemnizarles de los daños directamente sufridos en su patrimonio, como se recoge en la Sentencia de 21 de mayo de 1985.

En cuanto al contenido de esta acción se ha atribuido no sólo al supuesto del artículo 1.902 del Código Civil, de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, sino también a la acción civil derivada del delito, con apoyo en que el precepto no distingue (139). Sin embargo, la acción derivada del delito (no se dice de cuál), que cause un daño a un tercero no precisa para su eficacia y efectividad de este precepto, que para el caso resultaría superfluo, sino de los artículos 19 del Código Penal y 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus concordantes, en caso de ejercitarse en vía penal o de haberla reservado para ejercitarla después de terminada la causa penal, pues en otro caso bastaría con la acción de más amplio espectro del artículo 1.902 del Código Civil.

Nace de cualesquiera actuaciones positivas o negativas de los administradores que lesionen un interés particular (140). Se trata de una acción directa que, a diferencia de la acción social ejercitada por accionistas o acreedores no presenta carácter subsidiario, se atribuye a accionistas y terceros y no se exige que sean acreedores preexistentes, pues su crédito nace del perjuicio causado por los administradores sociales. En resumen, se otorga a los citados accionistas y terceros contra los administradores por los actos de éstos realizados con lesión de terceros (141).

Si los actos se han realizado en nombre y por cuenta de la sociedad, parece que quedan fuera del precepto que nos ocupa, pues pudiera entablarse directamente la acción frente a la sociedad, salvo que ésta careciese de patrimonio suficiente para responder de la obligación contraída (142).

(137) F. SÁNCHEZ CALERO *Instituciones de Derecho Mercantil*, 11.^a ed., Madrid, 1985, pág. 215.

(138) R. URÍA *Derecho Mercantil...*, cit., pág. 308.

(139) R. LÓPEZ BARRIENTOS y M. MEJÍAS GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 400.

(140) J. NEILA. *ob. cit.*, pág. 513.

(141) *Ibidem*.

(142) *Ibidem*, pág. 514; VELASCO ALONSO, *ob. cit.*, pág. cit.

Sin embargo, tal opinión doctrinal no es muy defendible. Se está tratando de una responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima, que representan al ente social y gestionan sus intereses, y no cabe duda de que los actos realizados por ellos en la representación orgánica de la sociedad afectan a ésta directamente. Ha de tratarse de una responsabilidad personal del administrador frente a accionistas y terceros y no de la responsabilidad de la sociedad de los administradores como órgano social a nombre de ella (143). Se trata, en definitiva, de daños producidos por los administradores en el patrimonio de socios o terceros, aunque simultáneamente puedan haber causado daño en el patrimonio social (144). Constituye un supuesto de responsabilidad de los encargados de la administración del ente social, que debe producirse de acuerdo con la doctrina del Derecho común sobre la responsabilidad contractual o extracontractual (145).

Se ha pretendido calcar esta acción sobre la del artículo 1.902 del Código Civil, pero a mi juicio el precepto de la Ley de Sociedades Anónimas tiene más extensión y alcance y comprende los casos que serían subsumibles en la culpa aquiliana y otros casos más. Entre estos últimos se citan los actos de los administradores que no pueden ser atribuidos directamente a la sociedad, ya que para ser operativo el artículo 81 (135 del t.r.) ha de cubrir las acciones no previstas en los artículos 79 y 80 (133 y 134 del t.r.) (146). Puede existir actuación de gestión del administrador, pero no de representación (147). Como ejemplos se suelen citar: no facilitar la asistencia de un socio a la junta, negar el derecho del socio a la suscripción preferente de acciones (148), confección de balance falso, interposición de una demanda por el administrador contra el criterio mayoritario o actuando no como órgano social, pero tampoco como simple particular, celebrar una entrevista periodística sobre temas de la sociedad, etc. (149).

Ciertamente que de los actos de los administradores dentro de la relación orgánica responde la sociedad. Esta se dirigirá después contra el administrador o administradores responsables por medio de la denominada acción social, pero el perjudicado en muchos casos no sabrá con precisión si el acto en cuestión debe atribuirse a la sociedad o al administrador (150). Por eso debiera entenderse frente a la mayoritaria opinión

(143) R. URÍA, *ob. cit.*, pág. cit.

(144) GARRIGUES-URÍA *Comentario...*, cit., II, pág. 157.

(145) GIRÓN TENA *El derecho de sociedades...*, cit., pág. 383.

(146) GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pag. 627.

(147) *Ibidem*, pág. 626.

(148) VELASCO ALONSO, *ob. cit.*, pág. 390

(149) GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pag. cit.

(150) *Ibidem*.

doctrinal, que cuando los administradores con el carácter y representación de órganos sociales causen un daño a tercero, además de la responsabilidad de la sociedad actuante a través de su órgano, debe responder éste también y entender que la mención de este precepto de la responsabilidad del administrador a través de la acción individual, es compatible con la acción contra la sociedad y así se ha previsto por el legislador, precisamente en garantía de los terceros.

El plazo de prescripción es el de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio (151), pero pese al tenor literal del precepto, la doctrina suele distinguir entre acciones fundadas en la culpa contractual y las de la culpa aquiliana y atribuye a las primeras una prescripción de cuatro años, que es el plazo del citado artículo 949 del texto mercantil, computable a partir del momento del cese del administrador o administradores (152). Otros autores señalan un plazo prescriptivo de un año, conforme a lo dispuesto en el artículo 968, 2.º, del Código Civil (153). Ambas opiniones discordantes admitirían conciliación y así cabría estimar que este segundo plazo prescriptivo anual sería aplicable a los supuestos de culpa extracontractual, pero la Sentencia de 3 de febrero de 1962 destacó que la acción contractual de responsabilidad de los administradores prescribe a los cuatro años. No existe, ni debe existir tal distingo y creemos que todos los supuestos no precisan subsumirse en un único plazo de prescripción. Por otra parte, tan sólo existe una única sentencia y no constituye jurisprudencia.

V. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

El artículo undécimo de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades ha dado nueva redacción, entre otros preceptos, al artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Dispone tal precepto: "Será de aplicación a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada lo dispuesto para los administradores de la sociedad anónima, salvo lo establecido en esta Ley". Deja subsistentes, pese a esta remisión a la Ley de Sociedades Anónimas,

(151) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 514.

(152) FAIRÉN, *ob. cit.*, pág. 881.

(153) GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pag. cit.

todo lo relativo a la separación de los administradores (art. 13,2 LSRL), a la prohibición de dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de comercio que constituye el objeto de la sociedad (art. 12 LSRL) y duración en el período de tiempo que señale la escritura social (art. 13,1 LSRL).

JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA Y RODRÍGUEZ

Magistrado

Los orígenes de la publicidad inmobiliaria

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES: LOS DERECHOS ORIENTALES.—BABILONIA: PERÍODO ANTIGUO La plaza oval y la serie ana ittishu. Hammurabi. PERÍODOS MEDIO Y NUEVO.—ASIRIA. PERÍODO ANTIGUO Tabletillas de Asur. PERÍODOS MEDIO Y NUEVO Los Kudurrus. Los hititas EL DERECHO HEBREO El jubileo y el año sabático.—EGIPTO. DOMINACIÓN PERSA GRIEGA Y ROMANA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LAS DOS ÚLTIMAS ÉPOCAS.—GRECIA ATENAS Y ESPARTA Los oroi.—CONCLUSION.

La doctrina patria se ha asomado al fascinante mundo de la evolución histórica de la publicidad registral en raras ocasiones. Así vemos cómo Roca Sastre, en su edición sexta, apenas dedica tres páginas a estudiar los medios de publicidad utilizados en las transmisiones inmobiliarias de los pueblos primitivos y ofrece a la par que una excelente bibliografía un breve índice de estos medios que es el siguiente: publicidad por medio de inscripciones en piedras, losas u obeliscos; publicidad mediante pregones y edictos que daban a conocer a las comunidades las enajenaciones de los inmuebles, abriendo plazos para presentar reclamaciones por retractos; publicidad por medio de asistencia de cierto número de testigos en el acto de la enajenación o gravamen inmobiliario; publicidad consistente en la presencia o intervención de autoridades públicas y publicidad mediante catastros o archivos públicos. Por su parte, Lacruz apenas dedica dos páginas en su *Derecho inmobiliario registral* a estudiar la publicidad en Grecia y Egipto. Galindo y Escosura, en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y ultramar*, en su tercera edición, de 1986, sólo considera la legislación hipotecaria de Roma. José Manuel García, en su *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Civitas, Madrid, 1988, dedica ocho páginas a recoger algunos puntos de vista de diversos autores españoles que se han ocupado del tema. Por su parte, Gumersindo de Azcárate, en su *Ensayo sobre la historia de la propiedad*, Madrid, 1879, aporta ideas originales y siempre valiosas sobre la materia.

Entre los estudiosos españoles que se han ocupado monográficamente de este tema cabe citar a los siguientes: RAMOS FOLQUÉS "Los mojoneros del Atica o la publicidad hipotecaria en el siglo IV antes de Jesucristo", *RCDI*, julio-agosto de 1949, y "El Registro de la Propiedad egipcio según la literatura papirológica registral egipcia", *RCDI*, febrero 1961; ALVAREZ SUÁREZ "Los orígenes de la contratación escrita", en *Anales de la A. M. del Notariado*, t. IV; Guillermo A. TELL Y LAFONT. "El Registro de la Propiedad en Egipto de la época romana" (conferencia pronunciada en la A. L. y J. de Barcelona, 1914); Pedro de CASTAÑEDA Y AGÚNDEZ. *El catastro en las antiguas civilizaciones*, Madrid, 1925, y Alvaro D'ORS. *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano*, Madrid, 1948.

Contrasta esta actitud con la adoptada por la doctrina italiana, francesa y alemana que han dedicado cientos de páginas al estudio e investigación de los mecanismos de que se sirvieran los pueblos primitivos para dar seguridad al tráfico de bienes inmuebles. En este sentido, pueden consultarse en Italia las obras de: S. PUGLIATTI *La Trascrizione*, 1957, Milano, Dott. A. Giuffrè, obra de la que hemos tomado una parte importante de la bibliografía que citamos, y cuya detenida lectura ha inspirado la redacción de este trabajo; FURLANI *La civiltà babilonese e assira*, Roma, 1929, y "recenti pubblicazioni sull raccolta di leggi assire", en *Revista de Estudios Orientales* (1921-3); "Il diritti degli Hittiti", Milano, 1940 (conferencia); BONFANTE. *La leggi di Hammurabi*, Milano, 1903; MOSCATI. "Chi furono i semiti", en *Actas de la Academia Nazionale dei Lincei*, 1957; COLONI *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954; VOLTERRA *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937; WOOLLEY. *Il mestiere dell'archeologo*, Torino, 1957; LUZZATI: *Della Trascrizione*, 3.^a ed., Torino, 1889; GIANTURCO. "Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario", en *Obras Jurídicas*, I, Roma, 1947.

Por su parte, entre los estudiosos alemanes encontramos a los siguientes: SCHUPFER *La legge di Hammurabi*, en Memoria a Lincei; SCHMIDTKE: *Der Aufbau der Babylonischen Chronologie*, Münster, 1952; KOHLER-UNGNAD *Hammurabis Gesetz*, III, Leipzig, 1909; ERMANN-RANKE. *La civilisation égyptienne*, trad. de Mathieu, París, 1952; ERMANN *L'Egypte des Pharaons*, Fred. H. Wild, París, 1952; O. SCHRÖDER. *Altassyrische Gesetze*, 1990, vol. XXX de la Vissenschaftliche. Veröffentlichung des Deutschen Orientgesellschaft; FEHR: *Hammurabi und das Salische Recht*, Bonn, 1910; W. DITTENBERGER. *Sylloge inscriptionum graecorum*, Leipzig, 1920, 3.^a ed.; Ulrich VILCKEN: *Historia de Grecia en la perspectiva del mundo antiguo*, trad. de S. Fernández Ramírez, Madrid, 1942; LANDESBERGER B.: *Die Serie ana ittushu*, Roma, 1937; V.

STEINMETZER: *Die babylonische Kudurru* (Grenzsteine) als Ufkundenform, 1922; SAN NICOLO *Ungrad, Neu Babylonische Rechts und Verwaltungsurkunden*; Rechts und Verwaltungsurkunden del Berliner Museum, 1 Heft (conteniendo 117 documentos), Leipzig, 1928. Nuevamente editada con 785 documentos más en 1935, a cuya publicación siguió un glosario que vio la luz en 1937; MEYER: *Blüte und Niedergang der Hellenismus in Asien*, 1925; TAUBESCHLAG: "Die Gesichte der Reception des griechischen Privatrechts un Aegypten", en las *Actas del Congreso de Papirología de 1935*, Milán, 1936; SEDIL: *Demostische urkundenlehre nach der frühptolemoischen Texten*, Munich, 1937; WEISS *Griechisches Privatrecht*, Leipzig, 1923; OTTO EGER: *Zum ägyptischen Grundbuchwesen in Römischer Zeit*, Leipzig, 1909.

Entre los franceses cabe citar a los siguientes: CONTENAU-DHORME *Les premières civilisations*, París, 1950; CONTENAU: *La civilisation d'Assur et de Babylone*, París, 1951; CAVAGNAC *Les Hittites*, París, 1950; DRIOTON-VANDIER *L'Egypte*, París, 1952; J. PIRENNE: *Histoire des institutions et du droit privé de L'ancienne Egypte*, Bruselas, 1934; BESON *Les livres fonciers et la refôrme hypothecaire*, París, 1891; MASPERO *Histoire ancienne de speuples de l'Orient*, 14 Ed., París; CUP: *Etudes sur le droit babylonien, les lois asyriens et les lois hittittes*, París, 1929; DELAPORTE *Le Proche-Orient aistique*, París, 1948; BERTHOLET *Histoire de la civilisation d'Israel*, París, 1953; JOYGUET-VANDIER: *Les premières civilisations*, París, 1950; BEAUCHET: *Histoire du droti privé de la republique athenienne*, París, 1897; FUSTEL DE COULANGES *La cité antique*, 8 Ed., París, 1870.

De todo ello podemos deducir que los estudios y monografías extranjeros sobre este tema son ciertamente muy abundantes frente a la escasez de los realizados por nosotros, a lo que tal vez haya contribuido la dificultad a veces insuperable con que se tropieza en su realización por falta de documentos específicos que obliga a tener que contentarse con indicios o datos aislados, o acaso por el tibio interés de nuestros hipotecaristas por los estudios históricos. Ya Ramos Folqués se lamentaba hace casi treinta años de que nuestro país sólo conocía la obra del profesor de Santiago Alvaro d'Ors antes citada. No existen traducciones ni ediciones de obras, ni ejemplares de revistas con los trabajos más interesantes. Ni en la Biblioteca Nacional ni en las de algunos Institutos de Investigaciones Científicas ni en las de centros culturales extranjeros establecidos en Madrid existen fuentes directas y son pobres en las literarias. Los datos que él ofrece están basados según nos dice en revistas extranjeras, que a veces no logra desentrañar o entender bien.

Hay quienes han mantenido la opinión, tal vez excesivamente rigurosa, de que el instituto de la publicidad inmobiliaria era desconocido por los

pueblos antiguos y que es producto de la sociedad moderna. Esta posición desconoce procedimientos y medios que presentan caracteres afines o analogías con los relativos a la publicidad inmobiliaria y los arrincona por entender que están inspirados en fines distintos, ignorando la heterogeneidad de fines de estos medios que surgidos para un fin determinado asumiéron con el paso del tiempo, con mayor o menor intensidad, finalidades publicitarias.

Pero acaso sea más acertada la postura de aquellos otros que piensan que la publicidad de las transmisiones inmobiliarias es tan antigua como la misma propiedad inmueble, y así vemos cómo en los tiempos más lejanos de la historia del Derecho las transmisiones de inmuebles han estado siempre rodeadas de publicidad y sometidas a formas solemnes. En este sentido, dice Besson (1) que existe una clara relación entre los antiguos ceremoniales de las enajenaciones inmobiliarias y los sistemas de publicidad de nuestros días, lo que no quiere decir que la publicidad haya tenido la misma significación en los distintos momentos de su desarrollo. Entre el formalismo de los primeros tiempos y el de los modernos existe una oposición sensible de principios. Lo que hoy justifica la publicidad de las transmisiones es la necesidad de activar, a través de la seguridad del tráfico, el crédito territorial y el auge de los intercambios. Las formas antiguas de las transmisiones tenían otra finalidad. Prescritas en interés de la comunidad familiar para asegurar el ejercicio del derecho de control y de veto, esas solemnidades constituían una medida restrictiva a la libre circulación de la riqueza. Es imposible encontrar la menor huella de la idea de crédito y de protección a los terceros. Sólo lentamente y a través de la acción de las fuerzas económicas, la publicidad de las transmisiones se ha ido dirigiendo a su verdadero fin, y el interés de los terceros que había permanecido en la sombra ha podido pasar finalmente a un primer plano.

Conviene recordar que las legislaciones primitivas, como vamos a tener ocasión de ver seguidamente, estaban dominadas por la preocupación de conservar en las familias la propiedad inmueble que con la de los ganados y la de los útiles de labor constituían los elementos esenciales del patrimonio familiar. Cuando no estaba afectada la inalienabilidad absoluta, la propiedad inmueble sólo podía cambiar de mano con gran dificultad. Para su eficacia se requería la sanción de la comunidad y estaba rodeada de un gran número de formalidades y de actos simbólicos dirigidos no sólo a testimoniar solemnemente la existencia de la transmisión, sino a dificultar la libre circulación de los bienes.

(1) BESSON, Emmanuel. *Les Libres Fonciers et la Reforme Hypothecaire*. Paris, Delamotte Editeur, 1891, pág. 12.

Apunta Besson (2) que la historia del Derecho y la etnografía comparadas testimonian que la apropiación individual del suelo es desconocida en los pueblos nómadas o ganaderos. En este período el individuo sólo es dueño de los objetos que él mismo fabrica o de los que él captura, como la caza, la pesca, los frutos, las pieles de los animales que le servían de vestido. La propiedad inmobiliaria sólo empieza a aparecer cuando la vida agrícola sucede a la ganadera. En ese momento, la tierra regularmente cultivada constituye el dominio colectivo de la tribu que la ocupa. Convertida en sedentaria, la sociedad se divide en grandes familias, clanes o gentes y es en provecho de estos grupos que se produce la apropiación y así la comunidad familiar sucede a la comunidad de la tribu.

El grupo familiar de esta época no se circunscribe al círculo estricto de la familia moderna; es una aglomeración de familias, descendientes de un antepasado común, que gestiona su patrimonio bajo la autoridad de un patriarca o pater familias.

Esta constitución de la familia patriarcal excluye la apropiación privada de la tierra. Los inmuebles pertenecían a todos los miembros del grupo, tanto a los niños como a los ancianos. Forma parte del capital necesario para el trabajo en común. Es norma que este capital, que corresponde a las *res Mancipi* del Derecho romano, sea inalienable y sólo excepcionalmente puede venderse con el consentimiento de todos. Para que esta excepción se dé se requieren una serie de circunstancias desfavorables que pongan en peligro la existencia del propio grupo familiar. En todo caso, las ventas sólo son válidas si son consentidas por todos. No basta la mayoría, se precisa la unanimidad.

Es precisamente esta exigencia del consentimiento de todos la que constituye el punto de arranque, al menos históricamente, de la publicidad de las transmisiones. La propiedad inmueble individual se ha ido configurando desde entonces lentamente. Pero a pesar del triunfo de la propiedad privada, los derechos de la comunidad continuaron proyectando su sombra sobre las tierras apropiadas.

Para tener una idea aproximada de la propiedad inmueble y del formalismo de las transmisiones inmobiliarias no es a través del Derecho clásico como deben orientarse las investigaciones. Es en Oriente, en los pueblos que vivieron fuera del alcance de las razas superiores, en donde se puede intentar reconstruir, gracias a una observación minuciosa, las antiguas instituciones, que gracias a los anales de las naciones civilizadas podemos estudiar su existencia. El reciente hallazgo de una inmensa masa de papiros en Egipto y en Grecia, así como de diversas tablillas de inscrip-

(2) *Op. cit.*, pág. 13.

ciones en las excavaciones de las ruinas asrobabilónicas y el descifrado de las mismas, junto con el avanzado estado de los estudios científicos y de la investigación crítica, permiten hoy esbozar una serie de concepciones en torno a los pueblos primitivos, apoyadas en nociones reales, sacadas de pruebas irrefutables y precisas en número mucho mayor de las hasta ahora disponibles. Hallazgos que han venido a cambiar la visión que hasta este momento se tenía de la antigüedad, transformación que alcanza a todos los campos, de la filología al derecho, de la arqueología a la ciencia de las religiones e incluso a las valoraciones éticas de estos pueblos.

En el estudio e investigación de los derechos orientales, advierte Volterra (3), jugaron un papel importante dos hallazgos: el del famoso Libro Siro-romano del Derecho y el del Código de Hammurabi, documentos separados entre sí por milenios pero que por un extraño fenómeno aparecen relacionados, abriendo el camino para las más grandiosas hipótesis.

El hallazgo casual del llamado Libro Siro-romano, por Land, en 1862, constituyó el impulso principal para la investigación del origen oriental de las instituciones romanas. El libro contiene una colección confusa e incompleta de normas de derecho sucesorio y matrimonial. En los manuscritos recibe diversos nombres como leyes de los reyes cristianos victoriosos: Constantino, Teodosio y León, leyes laicas o leyes imperiales. Esta colección legislativa fue asequible a los juristas gracias a las traducciones y comentarios, una al alemán de Sachau, con notas de Bruns, y otra al latín de Ferrini.

En 1901, el encuentro de otro documento, fundamental para la historia de la humanidad, revolucionaba el campo de los historiadores del Derecho. En las excavaciones de la acrópolis de Susa, la expedición Morgan sacaba a la luz el famoso Código de Hammurabi, el más antiguo documento legislativo entonces conocido, que precedía en un milenio a otras legislaciones antiguas estudiadas por los juristas.

Ningún documento ha conmovido tanto a los estudiosos como éste, pues ha venido a subvertir de manera definitiva no sólo las ideas que se tenían del Derecho antiguo y de su desarrollo, sino también lo que podía considerarse como los dogmas sobre la civilización humana. Basta una mirada a la literatura que en pocos meses se formó en torno al Código, para ver rápidamente cómo en todos los campos de la ciencia de la antigüedad los estudiosos habían advertido, de repente, la importancia de este documento. Lo que más llamó la atención de los investigadores no orientalistas era que las normas de este Código no parecían primitivas, sino

(3) VOLTERRA, Edoardo: *Diritto Romano e Diritti Orientali*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna 1937, pág. 35

propias de una civilización moderna y espléndida, con instituciones públicas y privadas perfectamente desarrolladas que revelaban una profunda y sabia organización política, económica y social.

Los estudiosos han subrayado el influjo que el Código ha ejercido durante siglos después de la muerte de Hammurabi y pronto nuevas investigaciones vinieron a demostrar que no se trataba del más antiguo documento de derecho babilónico y que los orígenes de la mayor parte de sus instituciones se encontraban en una época bastante más remota.

En 1904 Wenger anunciaba con entusiasmo, como apunta Volterra (4), el vasto programa de investigación que se proponía ejecutar sobre la antigua historia del Derecho. Proyectaba ampliar el campo de los estudios romanísticos, comprendiendo los varios derechos de la antigüedad, de manera que se formara una historia general y unitaria del Derecho antiguo y de las relaciones jurídicas entre los pueblos, proclamando que sólo un estudio completo podría resolver los numerosos problemas.

Era, pues, la primera tentativa de encontrar un método de investigación, de encuadramiento de los varios estudios realizados desordenadamente en varias direcciones de forma que convergieran hacia un fin determinado. Diez años más tarde intentó llevar a la práctica este grandioso proyecto en su libro *Die Kultur der Gegenwart*. Un primer volumen del mismo lo dedicó a la “Allgemeine Rechtsgeschichte”, que se ocupaba del derecho primitivo, del Derecho oriental y del Derecho greco-romano. La introducción, debida a Kohler, se ocupa del examen del origen del derecho y del derecho de los pueblos primitivos. Sigue un capítulo dividido en dos partes, la primera consagrada al estudio del derecho de los pueblos azteca, inca, malayo y mongol. Y la segunda analiza los derechos babilónico y asirio, egipcio, israelí, judaico, árabe e islámico, indio y budista, persa, armenio y japonés. Este capítulo también es debido a Kohler. El último es un estudio de Wenger sobre el Derecho de los griegos y de los romanos.

Deberían pasar muchos años antes de que el trabajo de Wenger fuera tomado en consideración por Ludwig Mitteis, el iniciador de los estudios sobre los derechos orientales. En 1917 Mitteis, según dice Volterra (5), avanzó su opinión sobre los estudios realizados hasta el momento sobre la antigua historia del Derecho. Las conclusiones a las que llegó —que figuran en su libro *Antike Rechtsgeschichte und Romanistische Rechtssudium*, traducida al italiano con el título de *Storia del diritto antico e studio del diritto romano* por el profesor Biondi— están impregnadas de un profundo escepticismo. La historia del derecho antiguo será una parte de la ciencia del derecho comparado o no existirá. Los datos de hecho conocidos

(4) VOLTERRA, *op. cit.*, pág. 49.

(5) VOLTERRA, *op. cit.*

son insuficientes para que los estudiosos puedan operar sobre un terreno seguro que les impida dejarse guiar exclusivamente por la propia imaginación.

Las tesis de Mitteis, conocidas en Italia bastante tardíamente, provocaron reacciones diversas. Por un lado, Carusi las criticó duramente, destacando que admitida la imposibilidad de una construcción unitaria del Derecho griego, era necesario entrar en el estudio de los derechos orientales cercanos a nosotros, insistiendo en la demostración de que los distintos sistemas jurídicos no serían tan diferentes entre sí como afirmaba Mitteis, sino que existiría entre ellos una innegable similitud. Con este fin sostiene que si entre el derecho babilónico y el romano existe evidentemente un hiato, los estudios de Derecho babilónico hubieran debido llevar inevitablemente al Derecho hebreo para reconstruir un proceso ininterrumpido y altamente interesante hasta el Derecho Romano.

Entre el Derecho hebreo y el romano existirían una serie de influencias recíprocas. El Derecho contenido en las XII Tablas, tal y como ha llegado hasta nosotros, aparece como un Derecho arcaico, propio de una sociedad primitiva, agrícola y pastoril en el que la autoridad de la *civitas* no se estableció, desde el punto de vista del Derecho privado, directamente sobre el ciudadano, sino a través de *pater familias*. Fue, en verdad, un derecho destinado a regular la vida pública y privada de una ciudad que conservaría durante todo el período republicano este carácter fundamental.

El derecho del Código de Hammurabi, el derecho asirio, el derecho egipcio, a partir de la V y VI dinastías, son por el contrario derechos llamados a regular la compleja vida de imperios grandiosos, perfectamente organizados y que deben asegurar la existencia de sociedades ricas industriales y comerciales. Estos derechos responden a exigencias absolutamente diferentes. Tienen detrás de sí un larguísimo y laboriosísimo proceso de desarrollo, regulaban instituciones industriales y comerciales que los romanos sólo conocieron en épocas muy modernas y a muchos siglos de distancia.

Volterra (6) cuenta cómo Bonfante, retomando el concepto que había expuesto en 1903 en su obra *Le Leggi di Hammurabi, Re di Babilonia*, subrayaba nuevamente en 1926, con encendidas palabras, que daban a conocer su admiración por el mundo romano, en su libro *Il codice di Hammurabi e le XII Tavole*, cómo el Código de Hammurabi, confrontado con las XII Tablas, aclaraba la antítesis entre Oriente y Occidente, tanto en las relaciones económicas como éticas. A pesar de las apariencias el Código decemviral se caracteriza por su alta humanidad y por su sentido

(6) VOLTERRA, *op. cit.*, pág. 91.

de la libertad, la más genuina característica de Occidente y su verdadera fuerza. Igualmente reconocía que en las XII Tablas se encontraban las fuerzas vivas del progreso humano que acabaron triunfando sobre los valores del Código de Hammurabi, pensado para regímenes tecnocráticos y despóticos.

En este breve trabajo haremos un recorrido por aquellos pueblos antiguos que alcanzaron un grado más acabado de civilización y nos detendremos en el examen de Babilonia, Asiria, el pueblo hebreo, Grecia y Egipto, dedicando especial atención a aquellas manifestaciones de la publicidad inmueble más relevantes como los Kudurru, en Asiria y los oroí griegos, piedras que aunque mudas y calladas hablaban, y tendremos ocasión de observar el tránsito de las tabletas de barro de escritura cuneiforme a los papiros egipcios en lengua jeroglífica, copta y griega que eran manifestación del fabuloso mundo documental que conocieron los egipcios, propio de una sociedad culta en la que regía el principio de que todo acto importante de la vida debía ser documentado e inventariado.

Es pauta que puede estimarse general, como pone de relieve Pugliatti (7), realizar estas investigaciones con una triple proyección: en relación a la propiedad colectiva, a la propiedad individual y al desarrollo de los intercambios comerciales.

BABILONIA

Dividida geográficamente en dos partes: meridional o sumeria y septentrional o acadia. Los sumerios fueron los antiguos habitantes no semitas de Babilonia meridional, mientras los acadios de lengua semita habitaron el norte.

Los historiadores menos recientes denominaron Caldea a toda Babilonia debido a que la tribu de los caldeos en el período prebabilónico conquistó la supremacía política del país.

El predominio cultural de Babilonia fue sentido por todos los pueblos vecinos: elanitas, persas, medos, hititas, sirios, egipcios y árabes meridionales. Indirectamente su influencia se extendió hasta Grecia.

El período histórico de Babilonia se remonta al cuarto milenio antes de Cristo. A mediados del primer milenio Babilonia se convirtió en una satrapía persa para caer dos siglos después bajo el dominio griego. Los

(7) PUGLIATTI, Salvatore: *La Trascrizione*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, pág. 37.

documentos que se poseen sobre el derecho babilónico forman, como observa Cuq (8), dos grandes grupos: el primero comprende la recopilación de las leyes promulgadas por el sexto rey de la I dinastía hammurabi. Además, existe un gran número de documentos relativos a contratos y actos judiciales correspondientes a los tres siglos que van del año 2000 al 1700 antes de nuestra era. Los documentos del segundo grupo son bastante más recientes y corresponden al período que se abre el año 625, cuando Babilonia recupera su independencia después de estar sometida a Asiria, con la llegada del rey Nabopolasar y termina el año 538 con la conquista por el rey persa Ciro. Sin embargo, se consideran de este período los contratos en escritura cuneiforme del tiempo de los reyes persas y del mismo Alejandro Magno y de sus sucesores hasta el año 100 antes de nuestra era.

Del período intermedio quedan un número pequeño de documentos correspondientes a la III dinastía de los casitas. No cabe indicar los límites precisos de estos tres períodos, pues la cronología babilónica, a pesar de los recientes trabajos de que ha sido objeto, no permiten tal determinación.

La I dinastía babilónica no fue la que se estableció primero, sino la que eligió Babilonia como capital. Después de un millar de años Caldea estuvo sometida a reyes que tuvieron su capital, Kis, Lagos, Accadia, Ur, Uruk, Larsa e Isin. Las dinastías establecidas en estas ciudades fueron más o menos efímeras. Después de uno o dos siglos desaparecieron para dar paso a otras más potentes. La I dinastía tuvo igual suerte que las anteriores: duró sólo trescientos años.

El derecho que se aplicaba en tiempos de los reyes de Babilonia no es el derecho primitivo de Caldea. No cabría compararlo al antiguo derecho romano. En lugar de un derecho tosco como el de las XII Tablas, nos enfrentamos a una legislación ajustada a las necesidades de un pueblo de civilización refinada, que admitió la propiedad individual, la libertad de contratación y reconoció a la mujer una gran capacidad jurídica. El desarrollo de la jurisprudencia fue paralelo al del derecho. Los juristas no se contentaron con una interpretación literal de los textos legales, sino que intentaron descubrir el espíritu de las leyes.

A pesar de las alteraciones que las guerras produjeron periódicamente en Caldea, de los cambios de dinastía y de los desplazamientos de poder según que la supremacía correspondiese a los reyes de origen sumerio, elamita o amorrita, el derecho permaneció estable aunque no inmóvil. De vez en cuando un rey acometió el trabajo de corregir un abuso o de

(8) Cuq, Edouard: *Etudes sur le Droit Babylonien*, Librairie orientaliste Paul Geuthner, París, 1929.

mejorar la legislación para adaptarla a las nuevas circunstancias sociales o para suavizarla y humanizarla.

Los documentos jurídicos correspondientes a la I dinastía no son los más antiguos ni los únicos que se conocen sobre el derecho de Caldea, pero por su número, por su variedad y por el interés que ofrecen, desde el punto de vista científico, constituyen el conjunto más importante que el de las otras épocas.

Antes de Hammurabi otros reyes se habían propuesto una tarea análoga: Urukagina, rey de Larsa hacia el año 2000; Gudea, rey de Lagos en el año 2600.

La reforma acometida por Hammurabi tuvo un alcance mucho mayor que las anteriores. Se hizo necesaria por el engrandecimiento del reino. Hammurabi anexionó al país de Acadia el sur de Caldea y una parte del Elam. Los reyes de Asiria le reconocieron como soberano. Se dio el título de rey de cuatro regiones del mundo: de Acadia, en el norte; del Elam, en el sur; de Amurru, en el oeste, y de Subartu y Gutí, en el este.

Hammurabi promulgó el Código en los últimos años de su reinado, que duró cuarenta y tres años. El Código permaneció siendo la base del derecho babilónico en las dinastías posteriores e incluso en la época neobabilónica, cuando después de un paréntesis de dos siglos se restableció en Babilonia un reino indígena.

Las recopilaciones de leyes realizada en Babilonia por el rey Hammurabi no nos ha llegado íntegramente. El bloque de diorita sobre el cual se grabó el texto y que se conserva en el Louvre ha sido bruñado en su cara anterior no se sabe por qué razón. Faltan las columnas 17 a 23. Un número de artículos que se estima entre 35 y 40 han desaparecido. El descubrimiento de fragmentos de ejemplares del Código ha permitido conocer alguno de estos artículos.

Existían, sin duda, copias del Código en los templos de las principales ciudades del reino. El del Louvre correspondía al templo de Sippar, hoy Abu Habba, cerca de Bagdad. Mide dos veinticinco de altura y tiene un perímetro en su base de uno noventa metros.

Independientemente de las normas propiamente dichas que figuran en el Código, se encuentra, en diversos textos de la I dinastía y en el mismo Código, la cita de leyes reales.

Se aprecian, como enseña Álvarez (9), tres períodos históricos en relación con las fuentes jurídicas que se poseen.

El **período antiguo** de su historia estuvo dominado por los sumerios,

(9) ALVAREZ SUÁREZ. Ursicino: "Los orígenes de la contratación escrita", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, pág. 23.

que pusieron las bases del imperio mesopotámico, que fue dirigido por el pueblo acadio. Su fundador, Sargón el Antiguo, introdujo en el imperio una administración centralizada que fue perfeccionándose con el paso del tiempo. En este período es particularmente notable la tercera dinastía de Ur, fundada por Ur-nammu, durante la cual se ordenó redactar una recopilación de las leyes de su tiempo. De esta misma época poseemos varias fuentes jurídicas de tipo sumerio: la llamada Placa Oval, que publica una reforma del Derecho vigente, y la serie "ana ittishu" o conjunto de siete tablillas que contienen una colección de frases sumerias relativas a fórmulas de negocios jurídicos y de leyes que constituyen una importante obra instructiva destinada a los notarios mesopotámicos. La primera dinastía de Babel, fundada por Sumu-abum, adquiere para nosotros la máxima importancia, por la obra legislativa del quinto sucesor del fundador, Hammurabi, que vivió a principios del segundo milenio antes de Cristo. Fue considerado como el más grande rey de la antigua Mesopotamia y como una de las figuras más eminentes de la historia universal. Fue un gran administrador. Entre sus méritos está el de recopilar las leyes de su tiempo, recopilación que ha llegado íntegra hasta nosotros con el título de Código de las leyes de Hammurabi, redactado en lengua acadia, con 250 artículos y que nos permiten reconstruir la vida jurídica de su tiempo.

La importancia de esta recopilación no puede escapar a nadie. Se ha destacado que el descubrimiento de las leyes sumerias, acádicas, babilónicas y asirias prueba la existencia de una ley común mesopotámica alrededor del tercer milenio antes de Cristo. Sólo una larga tradición pudo haber llevado a aquel Derecho de Hammurabi que con razón se puede calificar de expresión viva de una civilización evolucionada apoyada en un Estado sólidamente organizado.

A la primera dinastía de Babel siguió el **período medio** de dominación extranjera de los casitas que duró casi dos siglos y que constituyó un período de decadencia y de retroceso de la civilización babilónica. El imperio se cuarteó y tanto los egipcios como los mitanos y los hititas contendieron por su dominación. Entre tanto Asiria surgió y se reafirmó como Estado independiente. Son escasos los documentos que poseemos de esta época.

Con la desaparición de la dinastía de los Casitas aparece una nueva dinastía cuyo fundador fue Nebucadrezar I. En el 729 a.C. Tiglat Pileser IV de Asiria se proclamó rey de Babilonia y las dos coronas pasaron a su sucesor Salmanasar V. Inútilmente los babilonios intentaron una revuelta contra Sargón II, cuyo sucesor, Senacherib, destruyó la ciudad de Babel que fue reconstruida por su hijo Assarhaddon. Este dividió el imperio entre sus dos hijos: al mayor le asignó Babilonia y encabezó una

rebelión contra el menor Assurbanipal, al que encomendó Asiria y de la que resultó vencer el último y que en el año 648 conquistó Babel.

A la muerte de Assurbanipal, Nabopalsar se proclamó rey de Babilonia y fundó el reino neobabilónico o caldeo. Pero en el año 539 a.C. Babel fue tomada por los persas, lo que supuso el fin de la gran Babilonia, convirtiéndose en una provincia del Imperio persa.

El **período nuevo** comprende, pues, dos etapas: una de dominación caldea y otra persa. En la segunda etapa se deja sentir la influencia del helenismo y en ella se sitúa la dominación macedónica de Alejandro Magno y la de los seleúcidas. Luego se pasa a la dominación de los arsácidas y de los partos, hasta que Babilonia se convierte en provincia romana.

Durante este período, dice Alvarez (10), se acusa de nuevo una gran abundancia de documentos, hasta la época de los arsácidas alrededor de los siglos II y I a.C. en que cesan los hallazgos, probablemente a consecuencia del desuso de las tabletas de barro y de cuñas, como instrumentos de la escritura. Las fuentes que poseemos de este período han sido publicadas por San Nicolo y Ungnad, pero su abundancia no se corresponde con el escaso conocimiento que poseemos de las disposiciones positivas de este tiempo.

En esta segunda etapa se llevaron a cabo algunas reformas legislativas de las que no tenemos restos, por lo que no puede realizarse un contraste entre los documentos y el Derecho positivo. Sí cabe hacer, en cambio, apunta Alvarez (11), un estudio comparativo entre los documentos cuneiformes babilónicos y los papiros egipcios, cobrando de esta manera la dominación persa una importancia excepcional para la Historia del Derecho.

Con el dominio persa se fue abriendo paso en Babilonia el influjo del helenismo, a pesar de que tras el filohelenismo de los reyes arsácidas, que sucedieron a los seleúcidas, se produjo en Asia Menor y en Egipto una apreciable reacción contra la influencia griega, que hizo que el helenismo quedara enquistado en medio del país.

Los tres primeros siglos de la Era Cristiana representan en la historia jurídica de Mesopotamia una agudización de la tendencia orientalista, que irrumpe en el nuevo Imperio nacional persa de los sasánidas y traspasando las fronteras del Asia Menor, y en contacto con el helenismo, se infiltró en el Derecho Romano tardío.

(10) ALVAREZ. *op. cit.*, pág. 25

(11) ALVAREZ. *op. cit.*, pág. 26.

ASIRIA

En período histórico Asiria era una provincia de Babilonia que adquirió la independencia a la caída de la primera dinastía de Babel en 1758 a.C. El imperio asirio se afirmó con Tiglat Pileser I, bajo cuyo mandato Asiria se convirtió en una de las grandes potencias del Asia Anterior. Pero sus sucesores no fueron capaces de mantenerlo. Nuevo esplendor adquirió bajo Assurnazirpal, que condujo muchas campañas victoriosas. En el 612 Nínive cayó por obra de Chiasar, rey de los medos, y Asiria desapareció como Estado y como nación.

En su estudio se distinguen las mismas tres épocas que en el Derecho babilónico. Tan sólo debe advertirse que el **período antiguo** comienza un milenio y medio más tarde que el babilónico y se prolonga hasta algún tiempo después de que comience el período babilónico medio; y, en cambio, el período asirio medio termina antes que el correspondiente de Babilonia, pero posee tal abundancia de fuentes que compensa, según Alvarez (12), el pequeño número que nos ofrece Babilonia en el mismo período. Entre ellas debemos destacar las tabletas halladas en Assur, que contienen una colección de normas jurídicas. Esta especie de Código asirio, unido a los numerosos documentos que poseemos, permiten reconstruir la realidad jurídica de este período. Igualmente corresponde a esta época el Código Hetita. Tanto el código como los demás documentos hallados en lo que fue biblioteca de los reyes están redactados en idioma acadiano o en idioma hetita, que ha logrado ser comprendido gracias a los esfuerzos del profesor de Praga Hrozny y al de Oslo Marstrand. El Código es posiblemente una obra privada que nos ha llegado en dos redacciones y un total de 200 artículos.

El **período nuevo** que se extiende del 750 al 610 a.C., en que desaparece el Imperio asirio en manos de los persas, ofrece gran importancia para el Derecho privado. El numeroso grupo de documentos que tenemos no sólo permite reconstruir la situación jurídica de aquel tiempo, sino que su comparación con los documentos babilónicos hace posible apreciar hasta qué punto influyó Asiria, durante los últimos años de su vida política en la evolución jurídica de Babilonia sometida entonces a aquélla.

Observa Pugliatti (13) que todos estos pueblos, llegados a un cierto nivel de civilización, conocieron la distinción entre bienes que interesaban a la comunidad y los que interesaban sólo a los particulares, y que aunque en Babilonia no se llegó a una clasificación por categorías abstractas, no hay duda de que con referencia a ciertas cosas singulares se creó un

(12) ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 28.

(13) PUGLIATTI, *op. cit.*, pág. 45

régimen jurídico distinto. Se ha podido por ello, afirmar que las fincas rústicas y las urbanas (también los esclavos) eran bienes que de alguna manera interesaban al Estado. Existían en todas las ciudades archivos u oficinas en las que se conservaban planos de las ciudades con indicación de los edificios y de las fincas que les correspondían. Igual relación existía con los bienes rústicos.

Es difícil determinar la función específica de estos archivos, pero es bastante significativo que cuando se producía cualquier contestación se recurría a los mismos para resolverla. Se trataba de oficinas o archivos catastrales a los que se podía acudir para resolver los problemas derivados de la propiedad inmueble.

En la antigua Babilonia se alternaron y entrecruzaron la propiedad pública, la propiedad familiar y la propiedad privada. Esta última se afirmó bastante temprano y, en consecuencia, ya en época antigua se conocieron actos de enajenación entre vivos. Se poseen datos relativos a ventas anteriores a Hammurabi que prueban la existencia de una propiedad privada en la época de la primera dinastía babilónica.

La propiedad colectiva, especialmente la familiar, había dejado huella sobre la propiedad individual por medio del derecho de retracto que en la época de la primera dinastía babilónica tenía una eficacia reducida; el propietario podía disponer de la cosa y el derecho de retracto quedaba paralizado por medio de una cláusula especial y aunque los familiares podían volver a comprar la finca debían soportar las condiciones del tercero que en ocasiones exigía un precio exorbitante.

Notable pareció la introducción de un procedimiento solemne, que vino a sustituir en orden al rescate la simple restitución en dinero que se realizaba en origen. En días determinados en lugares públicos, en presencia del pueblo, se hacían publicaciones que se repetían cierto número de veces. Luego se redactaba el acto del retracto en la que se precisaba que las partes no tenían ninguna reclamación que hacerse por razón de la finca transmitida.

Aunque este procedimiento presentara caracteres exteriores de publicidad y apareciera para un fin determinado no tardó en convertirse en un instrumento de general aplicación y fue adaptado para liberar a la propiedad de gravámenes eventuales y de derechos de la comunidad.

En el Derecho asirio se conoce un texto del período 1390-1190 a.C., en el que se describen las formalidades necesarias para la venta de casas y campos en la ciudad de Assur, después extendidas a todas las ciudades asirias. La importancia del texto es incontestable y a pesar de la oscuridad de algún punto cabe deducir que la publicidad fue reglamentada con precisión en varias fases. Y esto importa más que ninguna otra cosa cualquiera que fuera la razón que hubiera llevado al legislador a establecer

una disciplina jurídica tan minuciosa. Para darnos cuenta de la importancia del texto seguido conviene tener presente que tanto en Asiria como en Babilonia el Estado y la Administración estuvieron óptimamente organizados.

En la historia de la propiedad inmueble se distinguieron, como hemos señalado ya, dos fases principales cada una con un régimen jurídico distinto. El régimen de la propiedad colectiva y el de la propiedad privada. En el primero la tierra sobre la que se asentaba la tribu era puesta a disposición de las familias que la componían. Tenían el disfrute temporal pero no el poder de disposición. En un momento posterior cada familia ocupaba una parte del suelo durante un tiempo indefinido. El jefe tenía la obligación de conservarla y a su muerte pasaba a sus hijos. Era la propiedad familiar. Era inalienable *inter vivos* y transmisible sólo *mortis causa*. Estas limitaciones desaparecieron en una tercera etapa. El propietario disponía libremente de la tierra, que le pertenece a él y no a la familia. Era el régimen de la propiedad individual.

Cada uno de estos regímenes constituye un progreso con relación al anterior. No se puede decir que la evolución de la propiedad inmueble haya sido igual en todos los pueblos. Hoy la propiedad colectiva de la tierra subsiste en ciertos territorios de Africa y de Asia. Por el contrario, en Babilonia, en donde la propiedad individual se admite en la primera dinastía, se observa un retroceso parcial hacia la propiedad de la tribu en la III. Esta singularidad ha sido revelada, como observa Cuq (14), por una serie de pequeños monumentos llamados Kudurrus, conocidos desde hace mucho tiempo. Las excavaciones de Susa han permitido aumentar su número. Pero su significado no ha podido ser precisado más que gracias a interpretación del P. Scheil de las inscripciones grabadas en los mismos. Su estudio es importante para la historia de la propiedad inmueble.

La propiedad privada fue conocida muy pronto en Caldea tanto para las fincas rústicas como urbanas y para los bienes muebles. La propiedad presenta en esta época los rasgos distintivos de la propiedad individual con ciertos vestigios del régimen de la propiedad familiar para los muebles y sobre todo para los inmuebles. A la muerte del padre, los bienes muebles se transmitían a los hijos, que los distribuían entre ellos por partes iguales, aunque procedieran de matrimonios distintos. Las hijas eran excluidas de la sucesión paterna como en el régimen de la propiedad familiar. Pero esta exclusión sólo tenía valor teórico. En la práctica, la hija recibe en forma de dote, con motivo de su matrimonio, el equivalente a su parte en la herencia.

En cuanto a los inmuebles la inalienabilidad que caracterizó a la pro-

(14) Cuq. *op. cit.*, pág. 77.

piedad familiar no era más que un recuerdo. La ley atenuó el rigor del principio autorizando la venta entre vivos en dos casos: para pagar deudas y para hacer donaciones a la mujer o a una hija.

Los kudurrus del Museo del Louvre

Las excavaciones realizadas en Susa por J. Morgan se han hecho célebres, como apunta Cuq (15), gracias al descubrimiento del Código de Hammurabi. Este hallazgo, cualquiera que sea su importancia, no debe hacernos olvidar los otros documentos encontrados y cuya clasificación metódica permite conocer el estado de la civilización caldea antes y después de Hammurabi. Entre estos monumentos depositados en el Louvre, en la nueva Galería de antigüedades del Emal y de Caldea, hay varios que atraen la atención. Son unas grandes piedras ovoideas, de caliza negra, blanca o amarillenta, de 0,45 a 0,68 metros de altura, de 0,20 a 0,32 de ancho y de un espesor de 20 centímetros.

Estas piedras llevan en la parte superior o en una de sus caras bajorrelieves representativos de toda una suerte de divinidades. En la parte inferior y en las otras caras están inscritos los actos del rey donando la tierra a un particular en recompensa de los servicios prestados o a un hijo del rey. Tres de ellas contienen juicios relativos a los mismos confirmando el derecho del donatario.

Todas ellas designan de modo preciso los linderos de la propiedad concedida por el rey. De ahí el nombre de la piedra sobre la cual se ha grabado el contrato, y por extensión del contrato mismo. Se trata de los kudurrus, palabra que significa lindero o límite. En un kudurru se lee: "indicación de linderos para la eternidad". El Louvre guarda 24 piedras de color claro.

Los kudurrus no eran desconocidos antes de las excavaciones llevadas a cabo en Susa por Morgan. Fue en Bagdad, a orillas del Tigris, en donde se halló el primer kudurru. Se la llamó piedra Michaux, por el nombre del que la encontró. En la segunda mitad del siglo pasado se encontraron en Caldea otras piedras que están, unas, en el Museo de Berlín; otras, en Constantinopla, en Filadelfia y en Londres. En ocasiones, se han considerado como kudurrus ciertas piedras que presentaban exteriormente el mismo aspecto pero que tenían un objeto distinto. Así una contiene una carta de franquicia de Nabucodonosor I, rey de Babilonia, después de vencer a los elamitas. En recompensa a los servicios prestados en el campo de batalla por el jefe de la tribu *karzi yakku*, el rey les devuelve la indepen-

(15) Cuq, *op. cit.*, pág. 81.

dencia de la que gozaban antes de ser vencidos por los elamitas en el distrito de Namar.

Sólo en la mitad de los kudurrus encontrados se conserva el texto. Los kudurrus del Louvre, encontrados entre 1858 y 1905, han sido descritos por Morgan con sus correspondientes dibujos en el tomo I de las Memorias de la Delegación en Persia. Los textos han sido publicados y traducidos por el P. Scheil en el tomo II de la misma colección. Los kudurrus de los restantes museos han sido descritos en la obra de Schrader. Su estudio presenta un doble interés para la historia de las religiones y para la de la propiedad inmueble. Los textos contienen el nombre de un gran número de dioses. Se ha llegado a contar hasta cuarenta y cinco en una inscripción. Los bajorrelieves revelan los símbolos bajo los cuales están representados. Hoy no hay duda de que las esculturas representan los dioses invocados en el texto. ¿Cuándo se utilizaban los kudurrus y qué información suministraban?

Era costumbre en los pueblos de Asiria, del Elam y de Caldea escribir los contratos en tablas de arcilla. Las partes interesadas y a veces los testigos ponían su sello. En defecto de sello clavaban la uña en la masa tierna. Los derechohabientes conservaban en su poder las tablillas. En ciertos casos el uso de las tablillas era considerado insuficiente. Cuando un acto o contrato afectaba a un número grande de personas o debía tener una larga duración era necesario su exposición al público. El ladrillo resultaba muy frágil. El contrato era grabado en piedra. Los kudurrus terminan siempre con una larga fórmula en la que se amenaza con la cólera divina a los que de cualquier manera desconocieran el derecho de los adquirentes.

Estas piedras linderas constituían un medio de publicidad. Se colocaban en el campo del comprador. Se ha dicho que los emblemas y las inscripciones en toda la superficie de la piedra impedían colocarla hundida en el suelo. Pero esto no es cierto, ya que la parte inferior de la piedra estaba concebida para su fijación en el suelo. Al mismo tiempo, se hacía una copia del original que se depositaba en el templo bajo la protección de los dioses.

Todos los kudurrus del Louvre han sido encontrados en las ruinas del templo de Susa. No debe pensarse que fuera allí donde primeramente se depositaran, pues debieron ser llevados por uno de los reyes elamitas que saqueó Caldea.

Aunque el kudurru servía de medio de publicidad del acto adquisitivo no fue esa su verdadera razón de ser. La publicidad no fue en Caldea condición de validez del contrato como ocurría en Derecho griego. Los kudurrus tenían como objeto principal colocar la adquisición bajo la protección de los dioses. En Caldea como en Grecia y en Roma los mojo-

nes de los campos eran puestos bajo la salvaguarda de los dioses. Tenían un carácter sagrado. En buen número de kudurrus aparece invocado el dios Ninib "señor de los mojones y de los linderos". Esta invocación es distinta de la que se refiere a los dioses protectores del acto adquisitivo grabado en la piedra. Poco a poco la segunda invocación se fue convirtiendo en la más importante. En lugar de colocar los kudurrus en las fincas se adquirió la costumbre de colocarlos en los templos ante la imagen de los dioses invocados por el propietario. El kudurru se convirtió así en una piedra conmemorativa y a menudo recibió el nombre de "naru".

Colocado en el campo o depositado en un templo, dice Cuq, el kudurru no era un simple mojón que señalaba los límites de la finca. Había algo más. A la cabeza de una inscripción de una de las piedras se lee que los linderos de la finca habían sido señalados para siempre. He aquí una indicación que nos revela el uso normal del kudurru. Se utilizaba no para la atribución temporal de un campo a una familia, sino cuando la atribución era definitiva como consecuencia de la constitución de la propiedad privada. El kudurru representaba el tránsito de una finca en régimen de propiedad tribal a un régimen de propiedad privada. Presentan dos rasgos distintivos: bajorrelieves simbolizando diversas divinidades y anatemas e imprecaciones contra el que se opusiera al derecho del adquirente. Eran usados en una época en que la autoridad de la ley era impotente para asegurar el respeto a la propiedad.

En la época casita, la propiedad de la tribu convivió con la propiedad privada. La coexistencia de la propiedad individual y la de la tribu suscitó dificultades. ¿Cómo explicar esta forma de propiedad en pueblos con una civilización avanzada y que desde hacía siglos practicaba la propiedad privada? ¿Cómo colocar bajo la protección de los dioses los derechos de adquisición en un pueblo en que la autoridad de la ley desde Hammurabi estaba establecida tan sólidamente? La propiedad privada se conoció en Caldea desde el siglo xxvi bajo el rey de Acadia, Manitusi, y resultaba extraño encontrar en Caldea la propiedad de la tribu dieciséis siglos después.

En caso de discusión, el título hacía fe en derecho. La propiedad privada estaba, pues, garantizada por la ley. Los tribunales tenían a su cargo la obligación de hacerla respetar. Parece como si en esta época los kudurrus no tuvieran razón de ser. Allí donde se contaba con la protección de la ley no hacía falta invocar la cólera de los dioses en caso de perturbación. Pero, sin embargo, también se conocen kudurrus relativos a esta época histórica. ¿Se trataba entonces de una costumbre general? Parece que no. El uso de los kudurrus para la propiedad privada tenía un carácter accidental, como parece derivarse de los monumentos que se han conservado. Estos kudurrus presentan dos notas: primera, la fórmula imprecación

toria está dirigida a los hermanos, hijos y familiares del transmitente, acaso porque la propiedad privada conservaba en esta época uno de los rasgos distintivos de la propiedad familiar: el derecho de retracto. Y segunda, los actos de enajenación entre particulares grabados en los kudurru tenían en ocasiones sanciones muy enérgicas. El que los impugnaba incurría en una sanción igual al décuplo del precio de la cosa. El empleo del kudurru se explica, insinúa Cuq (16), por ciertas circunstancias particulares. La tierra transmitida limitaba con el territorio de varias tribus o estaba en una situación fronteriza expuesta a ataques enemigos. Acaso los kudurru de esta época intentaran facilitar al derechohabiente un título más resistente, menos fácil de destruir que si estuvieran inscritos en una tablilla de arcilla incluso revestida de funda protectora. Como los kudurru se hacían por duplicado, contenían una copia del contrato original, que podría ser un documento privado o un título judicial o administrativo.

Los kudurru del Museo británico

El Museo británico posee desde hace casi cien años una colección de pequeños monumentos en piedra dura procedentes de Caldea que presentan rasgos que les hacen fácilmente reconocibles. Son piedras ovoideas de 0,30 a 0,60 metros de altura, de 0,20 a 0,27 de anchura y de 0,18 a 0,20 metros de grosor. Llevan bajorrelieves representando divinidades y una inscripción cuyo inciso final contiene imprecaciones contra el que las destruyera o las hiciera desaparecer.

De los 23 kudurru del Museo británico, doce se conservan sólo parcialmente y corresponden a la III, IV, VIII y IX dinastías; cuatro son del período neobabilónico y seis de época desconocida.

LOS HITITAS

Entre los pueblos de la antigüedad que alcanzaron un alto grado de civilización y tuvieron parte importante en el desarrollo de los acontecimientos históricos hay que considerar a los hititas, cuya historia sólo ha empezado a conocerse hace poco tiempo. Prescindiendo del período protohistórico, el antiguo imperio hitita es coetáneo de la primera dinastía de Babilonia. La traducción griega de la Biblia, llamada de los Setenta, usa el término XETT IOS, que la Vulgata traduce por Hethaeus. Los asirios

(16) Cuq, *op. cit.*, pág. 54.

conocían a este pueblo con el nombre de HATT; los egipcios que no escribían las vocales lo conocieron con el nombre de HT.

El pueblo hitita se estableció al principio en el sur de Anatolia. Poco a poco fue conquistando grandes extensiones de Asia Menor, Siria y del norte de Mesopotamia. El apogeo de su poderío se sitúa en el siglo XIII antes de nuestra era, momento en el que los reyes hititas concluyeron tratados de paz con los faraones egipcios.

A partir del descubrimiento, hecho en 1906 de la Biblioteca de los reyes hititas como consecuencia de las excavaciones de Bogahz-keui, dice Pugliatti (17), se ha recuperado gran cantidad de documentos entre los cuales figura una recopilación legislativa.

En las ruinas del palacio real y del vecino templo se han encontrado más de diez mil fragmentos de tablillas de arcilla en escritura cuneiforme, de las que trescientas están redactadas en lengua acádica y las demás en lengua hitita. La mayor parte de estas tablillas se encuentran en el Museo de Constantinopla y otras en el Museo de Berlín. El Museo británico posee una colección de estas tablillas procedentes del comercio.

Durante largo tiempo no se pudieron utilizar los documentos descubiertos en Bogahzkeui, a causa de la dificultad experimentada en entender la lengua hitita. Dice Cuq (18) que el anuncio de la publicación de las leyes hititas ha suscitado la cuestión de saber si en el estado actual de la ciencia se podrían traducir textos de una cierta extensión y, caso afirmativo, cuál sería el valor de estas traducciones aplicadas a los textos legislativos. Se trata de dos cuestiones distintas, una competencia de los lingüistas y la otra de los juristas. En el primero de los temas recuerda P. Scheil que las excavaciones de Bogahz-keui han constituido la clave del descifrado gracias a diecisiete vocabularios babilónico-hititas y añade que si este tipo de descubrimientos aumenta nos encontraríamos en el camino de descifrar los textos hititas cuneiformes y a través de éstos los textos hititas jeroglíficos. Las investigaciones del profesor de Praga, Hrozny, y de Oslo, Manstrader, permiten hoy tener confianza en la interpretación de los textos.

La traducción de las leyes hititas fue hecha simultáneamente por alemanes y franceses con resultados coincidentes, y aunque su contenido no contiene ninguna indicación formal de su fecha ni del rey que la promulgó, las traducciones están de acuerdo en relacionar estas leyes con el período al que pertenecen las otras tablillas encontradas en la biblioteca real, es decir, en los siglos XIV y XIII antes de Cristo. Hrozny piensa que son obra

(17) PUGLIATTI, *op. cit.*, pág. 461.

(18) CUQ, *op. cit.*, pág. 461.

de Suppiluliuma, uno de los grandes reyes conquistadores del siglo XIV. Esta colección no constituye un cuerpo sistemático ni un complejo de disposiciones nuevas. En materia de propiedad, parece que regía casi exclusivamente el régimen de la propiedad privada con huellas casi insignificantes de propiedad colectiva.

La propiedad fundiaria presenta caracteres feudales y aparece como una concesión hereditaria con la carga de prestar servicios militares. Exigía una ceremonia solemne, de carácter religioso, a fin de que la tierra fuera puesta bajo la tutela de los dioses. La adquisición de un campo ya consagrado requiere una ceremonia más sencilla. El usurpador de un campo delimitado y consagrado es culpable de ofensa a los dioses.

EL DERECHO HEBREO

El predominio del fin religioso que se observa en la vida de este pueblo se muestra asimismo en lo tocante a la propiedad.

No cabe duda alguna, observa Azcárate (19), acerca del carácter público y nacional de la propiedad, pues se trata de la tierra prometida por Jehová y que distribuye Josué entre las tribus por partes iguales, con exclusión de la de Leví, a la que tocaron, en cambio, 48 ciudades y el derecho al diezmo. Con esta distribución de la propiedad entre las tribus y más tarde entre las familias se aspira a mantener la igualdad dentro del seno del pueblo hebreo y alejar para siempre el pauperismo. Para evitar las desigualdades que el movimiento social tenía que dar lugar estableció Moisés el llamado jubileo, en cuya virtud cada cincuenta años volvían todas las propiedades a la familia primitiva a que habían pertenecido, dado el carácter temporal atribuido a las enajenaciones (20).

Al lado de esta institución hay otra, el año sabático, que se refiere a la par a la propiedad inmueble y a la mueble; a la primera, en cuanto al parecer, era obligación de los judíos el dejar de cultivar la tierra uno de cada siete años, ya para dar descanso a ésta, ya para que así pudiera cohonestarse otra de las desigualdades que eran siempre inevitables, autorizando a los necesitados a servirse de los productos espontáneos de aquélla; y a la segunda, en cuanto que en el año sabático se perdonaban todas

(19) G.^o DE AZCÁRATE "Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa", t. I, Madrid, *Rev. Legislación*, 1879, págs. 34 y sigs

(20) Lev. XXV, 22 "Terra non vendetur in perpetuum, quia mea est, et vos advenae et coloni mei estis"

Gen. II, 2 "Revertur homo ad possessionem suam et unusquisque rediet ad familiam pristinam"

las deudas, así como concluía la esclavitud de los hebreos, que a diferencia de la de los extranjeros, era temporal.

Que esta organización de la propiedad tenía una relación inmediata con la concepción religiosa del pueblo hebreo es algo que salta a la vista. La tierra es de Jehová, el cual la da a su pueblo y éste debe utilizarla para mantenerse en las condiciones en que había nacido y, por tanto, con una completa igualdad entre todos sus miembros. No debe sorprender esta pretensión de mantener la igualdad entre los hebreos. Según su concepción religiosa y su cosmogonía todos los hombres eran iguales, pero ellos eran el pueblo escogido; de aquí que cuando se trata de los hebreos se mostraba siempre este espíritu y tendencia a la igualdad, mientras que con los extranjeros sucedía todo lo contrario.

Los hebreos no conocieron el testamento, que tomaron mucho más tarde, probablemente de los romanos, cuando la jurisprudencia rabínica para llenar vacíos de la ley mosaica aplica el testamento cuando no hubiera o no se conociera ninguno de los parientes llamados por Moisés a la sucesión. Se conocía además el principio de primogenitura, que queda reducido más tarde a percibir el doble de los demás. A su lado figuraba el principio de masculinidad hasta el caso de las hijas de Salphad que pidieron a Moisés que se les diera parte de la herencia de su padre, desde cuya fecha se concedió a las hembras la herencia, pero cuando no hubiera varones y sobre una base de igualdad entre ellas. Todo esto, junto con el retracto gentilicio y con el que podía utilizar el mismo vendedor, demuestran que la propiedad ha sido colectiva o social en un principio y que se desenvolvió siguiendo el mismo camino que en los demás pueblos de la antigüedad.

Dice Gianturco, citado por Pugliatti (21), que el sistema de publicidad de las transmisiones no podía surgir de una ley como la mosaica que había ordenado el régimen político y familiar sobre la inalienabilidad de los campos que sería consecuencia del antiguo sistema de propiedad familiar de la tierra.

Pero cualquiera que fueran las razones de esta inalienabilidad, ésta no era absoluta. El Derecho judío admitió la permuta, así como las ventas fiduciarias, cuya eficacia cesaba, como hemos señalado, con el año jubilar, fecha en que todos recuperaban su propiedad. Se habla también aquí de propiedad colectiva, pero esta afirmación debe ser tomada con cautela porque se trata más bien de afirmaciones de la propiedad divina sobre la tierra. El Señor, hablando a Moisés en el Sinaí, le dijo: "La tierra es mía" y al mismo tiempo le dijo que las ventas no debían ser definitivas, debiendo admitirse el rescate.

(21) PUGLIATTI, *op. cit.*, pág. 56

Se ha afirmado que en este Derecho no tiene sentido la publicidad como no sea para procurar a los adquirentes la conservación de la prueba de adquisición. La contratación delante del pueblo, aunque otra fuese la finalidad específica que la demandaba, ciertamente conseguía el resultado de hacer públicas las adquisiciones. Este resultado se conseguía sin la necesidad de mecanismos de publicidad específicos.

EGIPTO

Egipto ofrece un interés excepcional en la historia de los Derechos de la antigüedad. Con razón ha dicho Wenger (22), que la historia de ningún derecho, como la de Egipto, proporciona en una serie de estratos simultáneos y sucesivos el juego de coexistencia y sucesión de una serie de esferas jurídicas, la indígena, la helénica y la romana, entremezcladas y separadas a la vez. No siempre es posible deslindar por ello en el estudio de sus instituciones jurídicas lo que debe ser atribuido al derecho egipcio de aquello que es producto de influencias extrañas.

Durante la época Tinita, Egipto, dice Ballesteros (23), se organizó en la forma que había de perdurar a lo largo de su historia, sin que la fijeza básica de sus instituciones fundamentales se opusiera al enorme poder de asimilación y de progreso que fue siempre el rasgo distintivo del pueblo egipcio. Precisamente la solidez de su cultura se basa en aquella sabiduría innata para fundir todo lo nuevo en el marco de sus costumbres inmutables proporcionando a todo un carácter egipcio o *facies nilótica*.

Egipto se convirtió pronto en un Estado centralizado dirigido omnímodamente por el rey con el auxilio de una numerosa corte de funcionarios. Equivalían éstos a la verdadera nobleza del país y destacaban entre ellos los "amigos del rey", que ejercían las funciones principales. La vida del país estaba concentrada en torno a la persona del rey y de su corte. El monarca estaba considerado como encarnación humana de la divinidad y hasta su nombre tenía tal carácter sagrado, que no se le llamaba directamente por él, sino con una perífrasis que significaba la gran casa, "per aa", de donde vino el nombre de faraón. Un complicado ceremonial rodeaba todos sus actos y estaba obligado a asistir a numerosas fiestas religiosas porque se creía que la presencia del rey aseguraba la prosperidad del país y la fertilidad de la tierra. Este poder mágico que rodeaba a su persona se extendía a su residencia. Semejante endiosamiento no eximía al soberano

(22) Citado por ALVAREZ en su obra, pág. 33

(23) BALLESTEROS, M. y ALBORG, J. L.: *Historia universal*, Ed. Gredos, 5.^a ed., 1970, pág. 61.

de los más estrictos deberes: por el contrario, estaba obligado a respetar sus propias leyes y su alta misión se justificaba por el deber de procurar la prosperidad de sus súbditos.

Existía una doble administración, central y provincial. La central dirigida por dos cancilleres puestos al frente del Alto y Bajo Egipto. La cancellería real regulaba minuciosamente por escrito todos los actos de gobierno, hacía cada dos años inventario general de todos los bienes muebles e inmuebles, llevando la contabilidad general de todos los gastos y de la recaudación de los impuestos.

Estos archivos y los numerosos creados en los templos permitieron un poderoso desarrollo de la escritura que evolucionaba cada vez hacia formas más simples. Influyó igualmente el empleo de papel, fabricado con hojas de papiro y el de la tinta. También el Derecho fue fijado por escrito, pero sus textos no han llegado hasta nosotros.

La administración provincial nos es menos conocida, pero sabemos de la existencia de un gobernador real en cada zona o provincia encargado de la inspección, conservación y mejora de los canales y de fomentar el cultivo de la tierra y consecuentemente de incrementar la riqueza del suelo y los ingresos del tesoro.

Bajo el imperio menfita se afianzó más aún la centralización de la monarquía, incrementándose el carácter divino del rey. Apareció el cargo de primer ministro, jefe de la administración central y por cuyas manos pasaban todos los actos importantes del Estado. El rey era el centro del Estado, alrededor del cual se organizaba la vida administrativa del país. En esta época el rey se encontraba en el momento más alto de su poder. En un principio sólo él era poseedor de la tierra, pero como consecuencia de numerosas donaciones del soberano se vino a constituir un régimen feudal.

El sistema de gobierno de los faraones se constituyó sobre la base de la división del reino en un cierto número de regiones bien delimitadas a la cabeza de las cuales era colocado un MONARCA. A partir de la V dinastía se empezó a configurar una tendencia clara hacia la sucesión hereditaria del cargo de monarca; algunos de los monarcas se hicieron tan poderosos que fueron considerados reyes: tuvieron una corte, numerosos funcionarios, ejercieron funciones religiosas, jurídicas y militares. Así de un estado burocrático rígidamente organizado se pasó al final a una estructura descentralizada en grado sumo de tipo casi federal.

En el imperio medio se produjo una reacción. Mentouhotep III procedió a la supresión de los monarcas hereditarios.

En el nuevo imperio se asistió a la formación de un feudalismo de origen extranjero y de corte militar. El ejército de mercenarios se convirtió en la potencia principal del Estado y se inmiscuyó de diversas maneras en

la administración. Al propio tiempo se desarrolló la propiedad de los sacerdotes y la de los templos, acaparando al final de esta época la mayor parte de las rentas del Estado.

En todas las épocas de su historia Egipto tuvo una vasta y compleja organización político-administrativa y burocrática. La base y el instrumento indispensable de esta compleja organización fue la escritura y el documento. Estaba profundamente arraigado y generalizado el principio de que lo que no podía ser documentado no existía. Todo acto era documentado, incluso las cartas de negocios llevaban una apostilla aconsejando su conservación como documento acreditativo. Esta tendencia a escribir, registrar, inventariar, adquiere a nuestros ojos el carácter de una manía. Esta pasión por la escritura está presente en toda la historia del pueblo egipcio y no sólo en las épocas más cercanas a nosotros, sino que también en el Antiguo y en el Medio se escribieron tantos papiros como en el Nuevo Imperio. Algún autor ha dicho que los egipcios eran un pueblo grafómano. Basta observar los cuadros de las antiguas tumbas: ya se trate de medir el grano, de contar el ganado; siempre están presentes los escribas. Ellos aparecen siempre, acurrucados en el suelo, teniendo en la mano el rollo de papiro o la tablilla de madera sobre la que escriben y el estilete. Es de todos conocida la estatua del escriba existente en el Louvre.

La administración se apoyó en el documento, en el texto escrito. La necesidad de conservación de los documentos impuso la formación y la organización de archivos. En el Antiguo Imperio los archivos reales, en los que se conservaba, entre otros documentos, los decretos reales, los títulos de propiedad, los contratos y los testamentos estaban a cargo de los visires. En el Nuevo Imperio los títulos de propiedad fueron confiados al mismo visir, que tenía poderes de control y de examen y poderes jurisdiccionales en última instancia en caso de controversia entre los propietarios.

Existía en el olimpo egipcio, desde los tiempos más remotos, un dios escriba, el dios Thot. Era el dios del orden jurídico, celador de su mantenimiento. A esta divinidad se atribuyó la redacción del primer Código egipcio que se remonta a una época prehistórica, y la invención de la escritura.

Los reyes de la I dinastía dispusieron y realizaron el censo de la población de los distritos occidentales, septentrionales y orientales. Tales censos, bajo la II dinastía se realizaban cada dos años y servían de base a la cronología oficial. A partir del tercer rey de esta dinastía el censo de la población se completaba con el inventario general de todos los bienes del país, que constituía la base para la distribución de los impuestos.

Documentos relativos a la III dinastía atestiguan la existencia de un catastro. La determinación y el cobro de los impuestos constityó la base de la política real. En la IV dinastía los propietarios debían presentar una

declaración que era controlada por la casa real. La función de distribución de las cargas fiscales se combinó con el servicio público relativo a la creación de los títulos de propiedad. La existencia del catastro en la época ptolomaica resulta exhaustivamente probada. Su finalidad era típicamente fiscal, ya que el tributo gravaba las tierras, y el reparto de la carga tributaria encontraba su base en la toma de datos. No parece que los impuestos fundiarios fueran uniformes, ya que la organización burocrática permitía la determinación del *quantum* del tributo según la clase de tierra, que estaban clasificadas según les afectara las crecidas del Nilo.

Existía además un impuesto general sobre las casas y otro sobre los esclavos.

En orden a la transmisión de inmuebles, con referencia a la *época anterior a la alejandrino-ptolomaica*, parece que a partir del reinado de Bochoris se realizaba mediante dos actos: la venta verdadera y el pago del precio. Se formalizaba en documento privado o en escritura notarial pero siempre en presencia de testigos. Con el segundo acto el adquirente entraba en posesión de la finca transmitida, acto que se realizaba ante los tribunales. Se encuentran en estas formalidades serios elementos de publicidad evitando, con ello, los graves peligros que pueden alcanzar a los terceros.

Durante *la etapa alejandrina* —que empezó al terminar la dominación persa en el año 323 a.C., fecha del fallecimiento de Alejandro Magno, Ptolomeo Lago, general de Alejandro, a quien correspondió la administración de Egipto en el reparto de los diadocos, se convirtió en rey de Egipto fundando la dinastía de los Ptolomeos o Lagidas— Egipto acogió en sus entrañas el Derecho griego, que provocó modificaciones importantes en las instituciones egipcias, que a su vez produjeron cambios importantes en el ordenamiento jurídico heleno. Durante la dominación griega la población de Egipto era abigarrada y mixta, pues abundaban elementos extranjeros, persas y judíos; se estructuró en dos grupos opuestos: la griega y la egipcia, diferenciación que trascendió al campo jurídico. Vigente el principio de personalidad del Derecho, los egipcios continuaron aplicando su Derecho indígena, siguieron contratando ante sus notarios y redactando sus negocios jurídicos según sus propias normas, como se puede apreciar en los papiros demóticos. Sus litigios se ventilaban ante Tribunales especiales. En la jurisprudencia ptolomaica se distingue el derecho indígena egipcio y el extraño, “*Politikoi Nomoi*”, designación amplia y difícil de precisar, que encerraba dentro de sí todo el derecho no indígena, emanado del gobierno ptolomaico y que comprendía el derecho griego que se aplicaba la población helénica pero que no se identificaba enteramente con él.

Parece indudable que debieron existir influencias mutuas entre el Derecho griego y el egipcio, como acaso las hubo también entre los derechos

orientales y el propio Derecho egipcio en la época de la dominación persa.

En lo relativo a las transmisiones inmobiliarias, a los derechos reales de garantía y a los sistemas de publicidad se revela el influjo decisivo del Derecho griego y su recepción en el Derecho egipcio. Conviene recordar a estos efectos la progresiva difusión de la contratación escrita en el Derecho griego y la costumbre que se convirtió en ley de depositar los documentos en archivos privados y después públicos; a esta tendencia que se iba fortaleciendo en el Derecho griego respondía el Derecho egipcio con la costumbre multiseccular de documentar todos los contratos. Con razón se ha dicho que los egipcios desde su origen fueron ardientes adoradores de la escritura y que la forma escrita era para los egipcios norma que no tenía excepción. Debe añadirse que los egipcios eran apasionados de los archivos y de su organización, así como de la conservación de los documentos.

Son estas las premisas sobre las cuales se desarrolla la venta de tierras y de cosas en el Derecho alejandrino.

La fuente de la que se han obtenido más noticias es el papiro de Halle, cuya integración ha dado lugar a agrias polémicas.

Las lagunas del texto no permiten fijar con precisión la actividad que debieron realizar los "*Tamiai*", por lo que los estudiosos han tenido que dedicarse a conjeturas en base a las cuales se ha tratado de entender el texto del papiro. Algunos han defendido la idea de que los "*tamiai*" tenían por misión compilar y tener expuestas al público las escrituras relativas a la contratación de inmuebles. Esta registración o "*anágrafe*" tenía una clara función publicitaria.

Según la doctrina dominante, la forma primeramente establecida para la eficacia de las transmisiones inmobiliarias fue la de la "*katagrafé*", consistente en la redacción del contrato por parte de funcionarios públicos, con objeto de transmitir al comprador todo el derecho perteneciente al vendedor sobre la finca. Redactado el documento, de acuerdo con la voluntad de ambas partes, se producía la transmisión, con independencia del cumplimiento de los pactos contractuales especialmente el pago del precio. Es éste un pacto del máximo interés porque supone una derogación del Derecho griego, según el cual el pago del precio constituía el único presupuesto y la causa de la transmisión.

Como se ve, la compraventa en el Derecho alejandrino pasaba por dos fases: la redacción del documento privado que recogía las particularidades del contrato y que era comunicado al "*tamiai*", después del pago de una tasa, y la redacción por estos funcionarios del documento público o "*Katagrafé*".

Estos documentos eran previa ordenación, conservados y custodiados en el archivo de los "*tamiai*". La prueba de la eficacia de la adquisición se

valoraba a través del documento del que resultaba el pago de la tasa. Si no se probaba su pago no era válida la adquisición.

Dice Alvarez (24) que el origen del registro de documentos debe ligarse a la tributación fiscal. La obligación de someter los documentos al registro viene atestiguada desde el año 231 a.C. Los ptolomeos crearon una serie de impuestos sobre los negocios jurídicos de entre los que destaca el que gravaba las transmisiones de propiedad y la constitución de derechos de garantía. Se liquidaba y cobraba el impuesto en el momento de otorgarse el documento, dejando constancia de su pago en el propio documento o expidiendo un recibo independiente por el banco del rey.

En la época de **dominación romana**, que abarca los tres primeros siglos de nuestra era, el Registro de la Propiedad no es, como apunta Tell y Lafont (25), que extracta, como él mismo indica, la obra de Eger *Zum Ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit*, una ilusión de arqueólogo, sino una institución real, con grandes semejanzas con las análogas de los pueblos más avanzados.

Eger es el continuador de una literatura rica sobre la materia y de trabajos de sabios, entre otros el del célebre Mitteis que le facilitaron el camino y que unía a los conocimientos y fina investigación del más paciente arqueólogo el espíritu y la comprensión del Derecho de un jurista moderno. La conquista romana de Egipto se produjo en el año 30 a.C., en tiempos de Octavio Augusto, merced a una intervención militar de César. Los romanos organizaron Egipto sobre la base de instituciones griegas e introdujeron el griego como lengua oficial. A los dos núcleos de población griega y egipcia antes citados se unió el romano. Los romanos continuaron utilizando su propio Derecho, como se aprecia en los papiros de la época. El Derecho Romano se dejó influir en Egipto por el helénico, de tal modo que el *ius gentium* que aplican los ciudadanos romanos en Egipto ofrece notas diferenciadoras del que se aplicó en Roma. La Constitución de Antonio Caracalla (212), que concedió la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, con posible excepción de los dediticios, tuvo naturalmente aplicación en Egipto. La publicación de esta Constitución no supuso, contra lo que pudiera pensarse, la unificación jurídica del Imperio y la extensión del Derecho Romano a todas las provincias. Se comprende que era difícil desarraigar del espíritu del pueblo las normas jurídicas por las que habitualmente se regía.

Los numerosos documentos de esta época de dominación romana permiten afirmar que existían en Egipto, con carácter jurídico, dos clases

(24) ALVAREZ. *op. cit.*, pág. 69.

(25) TELL Y LAFONT Guillermo: *El Registro de la Propiedad en Egipto en la época romana*. Conferencia Acad. Legisl y J., Barcelona, 1914.

de archivos que conviene distinguir cuidadosamente y que se encuentran mencionados en una larga lista de papiros. Son la “biblioteke demosion logon” y la “enkteseon biblioteke”. El primero tenía como misión la conservación de las declaraciones, que desde los tiempos de Augusto se hacían en períodos de catorce años. Este censo se hacía casa por casa, con expresión de sus habitantes y servía de base a la percepción del impuesto por cabezas. En él se conservaban los documentos oficiales que se extractaban de las declaraciones hechas por los particulares ante las oficinas catastrales, las listas de contribuyentes con indicación de sus bienes y las cuentas del Estado. También se guardaban los documentos acerca del cobro de varios tributos y las cuentas de las administraciones provinciales.

La centralización administrativa reveló muy pronto ciertos inconvenientes prácticos: no todas las personas podían hacer o pagar los gastos de un viaje a Alejandría. Se hizo necesario la descentralización. A tal fin la “biblioteke demosion logon” se dividió en dos secciones, una de las cuales continuó desarrollando las funciones originarias y la otra comenzó a ocuparse de la publicidad de las transmisiones inmobiliarias. Así es como nació el segundo archivo, semicivil o semiadministrativo, dirigido por funcionarios públicos, los bibliofilakes, en el que se archivaban las adquisiciones de inmuebles. No se sabe si procedía de alguna institución faraónica o si fue importación de los griegos en la época ptolomaica, pero lo que sí se puede afirmar es que los romanos se limitaron a regular o tal vez a restablecer lo que el pueblo egipcio, desde siglos, practicaba.

Esta división de funciones, que no puede remontarse más allá del año 55 d.C., tuvo lugar simultáneamente en todos los distritos. Se aprovechó el personal existente y al frente de ambas secciones se puso un funcionario único. Pero la nueva sección fue tomando un auge creciente y empezó a demandar una organización autónoma, separación que se produjo en momentos distintos en cada uno de los distritos. Nació así la “Biblioteke ton enkteseon”. Este segundo archivo que supone, en palabras de Bonfante (26), la más acabada organización de publicidad inmobiliaria del mundo antiguo, fue diseñado por los romanos en Egipto, un pueblo que se había caracterizado en el período clásico por una extraña hostilidad hacia todo régimen de publicidad. Para explicar su nacimiento debe recordarse cuanto se ha dicho de la “anagrafe”, de la “katagrafé” y del catastro y su utilización para fines del Derecho privado en la época ptolomaica.

El documento más importante referido a ella es el llamado “Petición de Dionisia”. El acto, conservado en un papiro, es del año 186 d.C. Es una especie de memoria defensiva que una tal Dionisia presentó contra su padre, donante de varias fincas, que le había demandado judicialmente.

(26) Citado por PUGLIATTI en su obra, pág. 107.

La demandada opuso, entre otras razones, para defender las fincas, que el acto estaba debidamente inscrito en el Registro.

Este archivo aparece mencionado en los Edictos de los Prefectos Marco Meteo Rufo y de Flavio Sulpicio Similis, que revelan la existencia de un completo ordenamiento jurídico de la publicidad inmueble a través de la inscripción.

Algún estudioso ha insinuado que la “Biblioteke ton enkteseon” era un catastro de la propiedad inmueble rústica y urbana, con doble función: la de fijación de los impuestos y la de determinación de la propiedad inmueble. Pero, recientemente, se ha demostrado que es totalmente distinto del otro archivo y que su génesis se debió a las diferencias entre el sistema formalista romano de la *mancipatio*, la *sponsio* y la *stipulatio* y el espiritualista helénico de *libertas absoluta contractual* que podrían haber creado graves problemas en materia de transmisión de inmuebles y que impuso la necesidad de que se generalizara el uso del documento. La ordenación romana de Egipto, inspirándose, con sentido realista, en las exigencias y recursos ambientales, organizó el nuevo archivo, utilizando los medios y la estructura ya existentes en el período ptolomaico.

En las diversas clases de tierras existentes muestran los documentos que nunca las tierras de dominio público fueron objeto de registro, mientras que las tierras de dominio privado y las cedidas a los soldados, que con el tiempo debían convertirse en verdadera propiedad, sí estaban sujetas a registro. El dominio de las otras tierras estaba fuera de contratación.

En cuanto a la técnica seguida cuando se quería realizar una enajenación o gravamen era la siguiente: el disponente debía obtener del Registrador la correspondiente declaración o *epistalma*, relativa al derecho del transmitente que se entregaba a los interesados para su entrega al Notario que debía autorizar el documento proyectado. La petición al Registro era una garantía para el futuro adquirente, por cuanto la expedición de un “*epistalma*” impedía la expedición de otro relativo a la misma finca. Los documentos que tenían por objeto hacer constar las mutaciones o transferencias efectuadas daban lugar a anotaciones en el Registro que recibían el nombre de *apógrafos*. Los titulares de derechos no inscritos podrían solicitar la anotación de su Derecho; acto que recibía el nombre de “*parazesis*”.

GRECIA

Son conocidas, según Alvarez (27), las dificultades con que se lucha para el estudio de este Derecho dado la escasez de fuentes de que se dispone. A los franceses debe atribuirse los primeros trabajos de investigación en este campo, pues fueron ellos quienes abrieron el camino por el que hoy marchan los nombres de los principales cultivadores. Aun dando por resuelta la posibilidad de hablar de un derecho griego y no de los derechos griegos, la exposición del sistema jurídico de este pueblo apenas cuenta con otras fuentes que algunos informes forenses de oradores atenienses, las glosas compuestas varios siglos más tarde por gramáticos y lexicólogos e inscripciones de leyes y negocios jurídicos. Con tan escasas fuentes se comprenden los esfuerzos de los investigadores para lograr reconstruir el mundo jurídico de este país.

Frente a la tesis de que los griegos, al contrario de otros pueblos, conocieron y practicaron desde la más remota antigüedad la propiedad privada —institución que junto a la de la familia y a la de la religión doméstica tuvieron en su origen una relación manifiestamente inseparable—, es lo cierto, dice Azcárate (28), que los repartos de tierras, las comidas en común de uso universal en Grecia símbolo del carácter religioso de la asociación humana y el carácter inalienable de esa misma propiedad que prohibía las nuevas adquisiciones a fin de mantener de forma indefinida el estado determinado por la primitiva distribución, así como la atención prestada al interés social y común de las tribus, la ausencia del testamento y los principios de primogenitura y de masculinidad muestran, en cambio, que la propiedad empezó en Grecia como en los demás pueblos, siendo primero de la tribu y después de la familia.

Tanto en la república de Esparta como en la de Atenas el descubrimiento del derecho de propiedad fue parecido. Cuando Esparta apareció en la historia, la propiedad había salido de la comunidad primitiva y pasado a manos de la gens. En el seno de aquella sociedad se constituyó una aristocracia que por su reinado despótico originó graves conflictos sociales, que intentó resolver Licurgo, desterrando la insolencia, la envidia, la maldad y el lujo, y las dos pestes todavía más antiguas y peores de la república, la opulencia y la pobreza, persuadiendo a los ciudadanos a que pusieran en común todo el terreno e hicieran con el dinero una división para que vivieran siendo todos iguales entre sí y con igual fortuna. Se autorizó el testamento, por virtud de una ley propuesta en tiempo de Agis, por el éforo Epidates; se autorizaron las dotes antes prohibidas, lo cual,

(27) Página 32.

(28) *Op. cit.*, págs. 53 y 55.

junto con el poder suceder las hijas a sus padres, dio lugar a que llegara a pertenecer la mayor parte de la riqueza a las mujeres y a alcanzar la propiedad de las dos quintas partes del territorio, rompiendo así la igualdad, que fue fundamento de la reforma de Licurgo. Estallaron guerras entre ricos y pobres que se resolvieron merced a una coalición de los reyes con los últimos que se tradujo en la aprobación de dos leyes, una aboliendo las deudas y otra ordenando un nuevo reparto de tierras.

En Atenas tampoco son conocidos los orígenes de la propiedad, pues mientras unos afirman que el Estado fue dueño de toda la tierra y que la dividió entre los ciudadanos sin reservarse derecho alguno, otros atendiendo al modo de formarse la república estiman inaceptable esa opinión.

Plutarco cuenta cómo el Atica (29) estaba dividida en familias, cada una de las cuales vivía con independencia absoluta con su jefe hereditario que era a la vez sacerdote y Juez, las cuales se fueron asociando hasta constituir las ciudades.

Que la propiedad era de la gens o cuando más de la familia lo demuestra que en Atenas existía la primogenitura, era inalienable el patrimonio, desconocido el testamento y prohibida la dote. También en esta república surgió la desigualdad que amenazaba resolverse en luchas entre los eupátridas y eldemos, pero el célebre Solón, con unas reformas oportunas, impidió que llegaran a estallar, siendo Atenas la única ciudad griega que se libró de este flagelo.

La primera manifestación de la publicidad en el Derecho griego, según Pugliatti (30), se remonta a la costumbre de celebrar las ventas en el mercado. Pero debe tenerse en cuenta que cada ciudad adoptó su propio sistema, tratando de conseguir de una manera diferente esa exigencia de publicidad. En Thurii regía la regla según la cual la compraventa de muebles y de esclavos debía efectuarse en el mercado. Pero además estaba prescrito que a tres personas de la vecindad les fuese entregada una mo-

(29) El Atica, refiere RAMOS FOLQUES (pág. 417), que era una de las ocho regiones o comarcas de la Grecia central. Su extensión era pequeña y su población, en la época de Pericles, alcanzó los 250.000 habitantes, de los que unos 10.000 eran propietarios. Se hallaba dividida esta región en cuatro grandes tribus, que estaban dominadas, pese a las importantes reformas sociales introducidas, por la clase aristocrática. Clístenes, en el año 509 a.C., dividió el territorio en tres sectores: la ciudad, las costas y el interior, que subdividió en otros diez, que pobló, según dice Wilcken, con tribus diferentes, intentando con ello romper la unidad territorial y los vínculos de sangre en los que se apoyaba la influencia y el poderío de la aristocracia. Las tierras eran pobres y deficientes las cosechas. El interés del dinero oscilaba del 18 al 20 por 100. En los años malos los pequeños propietarios se llenaban de deudas que difícilmente podían saldar por lo que no era extraño, pues, que se cubrieran de las temidas piedras blancas, de las que no se liberarían hasta la llegada de Solón, que moderó el interés del dinero y revalorizó la moneda, mejorando con ello la condición de los deudores.

(30) PUGLIATTI, *op. cit.*, pág. 74.

neda como recuerdo y testimonio. Esta costumbre no era aislada. En Ainos la compraventa de inmuebles exigía entre otras formalidades la presencia de tres habitantes del mismo pueblo. En otras ciudades, estaban en vigor, sistemas de publicidad más enérgicos para la venta de fincas rústicas y urbanas.

Dignos de conocimiento fueron los sistemas de publicidad conocidos con los nombres de "prokerisis" y de "prografe". Más antiguo y menos evolucionado el primero, que consistía en anuncios hechos, por medio de bandos públicos, de la intención de vender la finca a un tercero. En un primer momento sólo se exigía el bando público, pero posteriormente se exigió que la declaración se hiciera en presencia del magistrado. La legislación de Pitaco de Milene prescribía que el anuncio se hiciera en presencia del rey.

No puede escapar a nadie la importancia y el significado que tenía la presencia del magistrado especialmente si se piensa que el anuncio del vendedor tenía que ponerse en relación con un acto de autoridad, consistente en una especie de investidura pública en favor del adquirente. Esta variante de la prokerisis se nos aparece como un sistema publicitario menos primitivo que el consistente en el bando público.

Las dos formas apuntadas permitían la oposición de los terceros sin que pudiera pensarse que la ausencia de oposición librara al adquirente de toda acción contradictoria posterior.

El segundo sistema o "prografe", vigente en Atenas, no difería sustancialmente del primero en su forma más evolucionada. Consistía en una declaración de voluntad del vendedor de su intención de vender hecha por escrito ante el magistrado, que estaba en vigor durante un plazo de sesenta días. El comprador venía obligado a pagar una tasa equivalente a la centésima parte del precio. Durante la vida de la declaración los terceros podían hacer valer sus derechos eventuales. Por medio del procedimiento descrito y del pago de la tasa el comprador adquiría válida y legítimamente.

La publicidad en el Derecho griego no se limitó a los bandos o a las declaraciones escritas dirigidas a la autoridad que eran expedientes adoptados a falta de normas que articularan más adecuados sistemas de publicidad. Todo ello debía entenderse en el sentido de que allí donde se había introducido la publicidad registral cayeran en desuso las restantes formalidades utilizadas en las ventas que representaban el Derecho más arcaico de los pueblos griegos.

Esta publicidad se afirmó y generalizó mediante la inscripción o "anágrafe" en los registros públicos y especialmente en aquellos relativos a las transmisiones inmobiliarias. En Rodas la transcripción de las ventas en el Registro era necesaria para su eficacia. En Efeso, las ventas y las divisiones

materiales se publicaban en el tablón de anuncios colocado en el templo de Diana bajo el cuidado de los sacerdotes. En Thurií el adquirente no estaba obligado a pagar el precio si no se le exhibía un certificado del conservador de títulos, del cual resultase la libertad de gravámenes.

Como se ve, el sistema de la "anágrafe" comenzó a extenderse y llegó a generalizarse, presentándose como el más completo sistema de publicidad, que permitía determinar si el vendedor transmitía legítimamente la cosa, esto es, si era suya y si estaba o no libre de cargas. De esta manera el adquirente conseguía la protección de su adquisición frente a los terceros, aunque no todavía en el sentido en que esta protección viene dispensada por los sistemas jurídicos modernos.

El instrumento técnico para la actuación de la publicidad hipotecaria está constituido por los "òroi". Los òroi aparecieron en el siglo iv. Son instituciones típicamente atenienses. Se encuentran en otras ciudades griegas como Siro, Lemno, Amorgo, Nasso, lo cual se explica por la presencia de núcleos de atenienses que disfrutaban de las instituciones de Atenas y por las frecuentes relaciones entre aquellas islas y el Atica. Eran lápidas de piedra o cipos colocados en las tierras sobre las que se constituía la garantía. Sobre estas piedras se inscribía el nombre del acreedor, el del deudor, el monto del crédito y se describía el fundo.

El uso de estas piedras aparece vinculado al principio extendido en el antiguo Derecho ático que tendía a evitar el concurso de acreedores. Cuando en el siglo v a.C. razones económicas hicieron difícil la permanencia de este principio y de otra parte resultaba penosa la transferencia de la posesión, la forma de los òroi sufrió un profundo cambio: mientras en un principio tenían valor inhibitorio, pronto adquirieron valor simbólico. La inscripción en las lápidas vino a representar la posesión; asumiendo así la forma que en el Derecho privado moderno tiene la inscripción de los derechos reales inmobiliarios. Este sistema hizo públicas las cargas de la propiedad inmueble y, en consecuencia, aumentó la seguridad en las transmisiones inmobiliarias.

Ramos Folqués (31) ha estudiado detenidamente 15 mojones, todos ellos posteriores a la época de Solón. Nos dice que son piedras toscas, sin labrar, algunas de mármol. Su altura oscila entre los 0,30 y los 0,60 metros. La anchura, de 0,20 a 0,30 metros, y el espesor o grueso, de 0,05 a 0,10 metros. Por lo general sólo está escrita la mitad de su superficie. Las letras son rudimentarias y mal cortadas y suelen tener una altura de 0,015 a 0,024 metros. Clasifica los mojones en cuatro grupos, correspondiendo el primero a las hipotecas romanas; el segundo, a las hipotecas del Derecho

(31) Página 421. RAMOS FOLQUÉS, Rafael: "Los mojones del Atica o la publicidad hipotecaria en el siglo iv antes de Jesucristo", *RCDI*, julio-agosto 1949.

norteamericano o mortgages; el tercero, a la anticresis, y el cuarto, a las garantías prendarias. las inscripciones responden a un modelo. Figura la palabra öroi seguida de las palabras alusivas al inmueble gravado. Expresan además la causa u obligación asegurada. No figura el nombre del propietario del fundo gravado y sí el del acreedor, así como la responsabilidad total de la finca.

El empleo de este medio de publicidad fue desapareciendo a medida que se fue generalizando la práctica de otro mecanismo consistente en el depósito de los documentos en los archivos públicos junto con los decretos del pueblo y del Senado.

CONCLUSION

La doctrina moderna, como hemos tenido ocasión de ver, ha hecho grandes esfuerzos para conocer los mecanismos de publicidad inmobiliaria utilizados por los pueblos orientales. Los estudiosos, por otro lado, han acertado finalmente a trazar una línea divisoria entre dos campos distintos: el relativo a las formas y solemnidades de los contratos jurídicos y el referente a los medios que facilitan la cognoscibilidad de los mismos. José M. García (32) ha destacado las diferencias existentes entre forma y publicidad diciendo: "La forma es una exteriorización de la voluntad que se declara a través de la palabra hablada (forma verbal) o por escrito (forma escrita). Por tanto, la forma tiene que ver con la exteriorización de la declaración de voluntad en que consiste el negocio jurídico. En cambio, la publicidad opera como exteriorización cuando ya se ha producido la forma del negocio jurídico. La forma es anterior a la publicidad. Esta es un ulterior grado de exteriorización que opera en un campo diferente. Primero es la forma del acto y luego sobre la base de una forma pública —normalmente— está la publicidad de la situación jurídica resultante del acto. La forma la efectúan las propias partes del negocio jurídico; en cambio, la publicidad se realiza a través de la exteriorización del acto en unos libros y asientos. La forma afecta a las partes, mientras que la publicidad tiene también una eficacia relevante respecto a los terceros".

Roca (33), por su lado, ha sabido recoger el sentir de la doctrina en torno al discutido problema de las relaciones entre las fórmulas y solemnidades que rodeaban a los negocios jurídicos y la publicidad en su manifestación de dispositivo de seguridad del tráfico inmueble. Contrapone

(32) GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Edit. Cívitas, 1988, pág. 41.

(33) ROCA SASTRE: *Derecho inmobiliario*, t. I, págs. 86 y 87

dos posiciones. La negativa, representada entre los extranjeros por Ferri y Coviello, quienes afirman que relacionar la publicidad inmueble con las formas solemnes es un error, al no estar inspiradas éstas en exigencias de tutela del tráfico jurídico y no buscar la certidumbre del dominio en interés de los terceros, y por el profesor Lacruz, entre nosotros, quien afirma que las formas están preordenadas en interés de las partes y que si bien es cierto que de ellas resulta una cierta garantía para los terceros, al constatar de modo indubitado la existencia del negocio jurídico, ello nada tiene que ver con la cognoscibilidad del negocio por los terceros a que da lugar su publicación. En el extremo opuesto se sitúan Bonfante y Pugliatti, quienes aseveran que si bien la publicidad pudo tener en la transmisión de la propiedad una función accesorio, con el tiempo ha adquirido un papel principal y exclusivo.

En el centro de ambas posiciones se sitúa la opinión de Gianturco, para quien los primitivos medios de publicidad eran sólo formas de notoriedad, pero no de publicidad jurídica, aunque en la notoriedad como hecho se encuentra la raíz de la publicidad como institución jurídica.

En los Derechos orientales, la forma y la publicidad fueron, a nuestro parecer, caras de la misma moneda. La solemnidad y rigidez de las formas utilizadas que obligaban a celebrar los actos jurídicos en los templos, en los mercados o en las asambleas del pueblo en presencia de magistrados, y con la asistencia de un número de testigos, proporcionaba un grado de publicidad que era el adecuado en aquellas sociedades para que se tuviera conocimiento de la situación jurídica de los inmuebles. No se pensaba si se necesitaba ir más lejos en el camino de la seguridad jurídica y, sin embargo, ciertos pueblos crearon registros inmobiliarios con una perfección técnica que todavía hoy asombran a los estudiosos.

Lo cierto es, para terminar, que la publicidad inmueble es tan antigua como la misma propiedad a la que sirve. Todos los pueblos de la antigüedad, a partir de una fecha, que puede situarse alrededor del año 3000 a.C., han conocido y usado, de manera generalizada, mecanismos e instituciones dirigidas a hacer públicas las transferencias del dominio de los inmuebles. La publicidad inmueble ha existido, pues, desde siempre y su existencia no responde a capricho o ilusión de arqueólogos o historiadores, sino que es real y obedece a la voluntad generalizada de satisfacer una necesidad fuertemente sentida en todo momento por todos los pueblos tanto antiguos como modernos. Como es la de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. Lo que sí es contingente, o mudable, es el objeto o fin de la publicidad que empezó regulando los derechos de veto y control de las comunidades familiares sobre los bienes de su propiedad, con la aspiración de mantener la distribución de la riqueza primitivamente efectuada, pasó después a tener una finalidad fiscal o recaudatoria para, en época moderna

y previo abandono de las formas solemnes que rodeaban la contratación y actuada a través del registro de la propiedad, activar la circulación de la riqueza y la generalización del crédito territorial. La aparición del tercero y la tutela de sus intereses es lo que diferencia al Registro moderno del antiguo, que no conoció al misterioso tercero de hoy. Sólo modernamente, y gracias a la acción de las fuerzas económicas, la publicidad de las transferencias se ha ido dirigiendo a su verdadero fin y el interés del tercero que había permanecido en la sombra ha pasado finalmente a un primer plano, aunque, como dice don Jerónimo González (34), no sea hoy el interés individual del tercero el que late en el fondo de la publicidad registral, sino como elemento de la riqueza general y del bienestar de la sociedad.

Entre las manifestaciones de la publicidad inmobiliaria que han aparecido a lo largo de la historia hay algunas que llaman la atención más que otras por la manera de presentarse o por su mayor o menor capacidad de publicidad. Así, se destacan los kudurrus de Asiria y los öroi griegos, piedras temidas por la sociedad helena por cuanto revelaban la existencia de una propiedad fuertemente endeudada e impotente para salir de esa situación, por lo que ha podido decirse que eran piedras que hablaban. Pero lo que verdaderamente llama más la atención del estudioso es la existencia misma del registro de la propiedad en dos sociedades diferentes, la egipcia y la griega. En Egipto, la organización de archivos y registros alcanzó un nivel de perfección insospechado, porque se apoyó en un mundo documental generalizado. La pasión por la escritura o grafomanía les llevó a tener una red de archivos públicos perfectamente ordenados y gestionados, entre los que ocupó un lugar destacado el registro de la propiedad, que representó la organización de la publicidad inmueble más perfecta del mundo antiguo, debida, paradójicamente, a un pueblo, como el romano, extrañamente hostil a toda idea de publicidad.

ANTONIO MORO SERRANO

Registrador de la Propiedad

(34) GONZÁLEZ, Jerónimo: *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, Ministerio de Justicia, 1948, t. I, pág. 32.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ SUÁREZ, Ursicinio: "Los orígenes de la contratación escrita", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV.
- AZCÁRATE, Gumersindo: *Historia de la propiedad*, Madrid, 1879.
- BALLESTEROS, M., y ALBORG, J. L.: *Historia universal*, Ed. Gredos, 5.^a ed., 1970.
- BESSON, Emmanuel: *Les livres fonciers et la Reforme Hypothecaire*, París, 1891.
- CUQ, Edouard: *Droit Babylonien*, Librairie Orientaliste, Paul Geuthner, París, 1929.
- GARCÍA G, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Civitas, 1988.
- D'ORS, Alvaro: *Introducción al estudio de los documentos en el Egipto romano*, Madrid, 1948.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho inmobiliario registral*, Librería Bosch, 1968.
- PUGLIATTI, Salvatore: *La Trascrizione*, 1957, Milano, Dott. A. Giuffrè.
- RAMOS FOLQUÉS, Rafael: "Los mojones del Atica o la publicidad hipotecaria en el siglo IV antes de Jesucristo", *RCDI*, 1949.
- "El Registro de la Propiedad egipcio según la literatura papirológica registral egipcia", *RCDI*, 1961.
- ROCA SASTRE, Ramón María, 6.^a ed., Bosch, 1968.
- TELL Y LAFONT, Guillermo: *El Registro de la Propiedad en Egipto en la época romana*, Acad. Legisl. y J., Barcelona, 1914.
- VOLTERRA, Edoardo: *Diritto Romano e Diritti Orientali*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1937.
- GONZÁLEZ, Jerónimo: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Ministerio de Justicia, 1948.

La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias “a non domino”

[Trabajo especialmente realizado por el concursante para la plaza de Catedrático de Universidad, en el Area de Derecho Civil, Departamento de Derecho Privado, convocada por la Universidad de Zaragoza. Resolución de 1 de febrero de 1990 (BOE de 21 de febrero de 1990)]

SUMARIO: I. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO CUESTION PREVIA: 1. LA PUBLICIDAD Y EL REGISTRO 2. LA PUBLICIDAD Y LA DOCTRINA 3. LA PUBLICIDAD Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO 4. PUBLICIDAD FORMAL.—II. DE LA FE PUBLICA REGISTRAL AL LLAMADO TERCERO Y SU CONDICION: 1. EL VALOR DE LA FE PÚBLICA 2. LA FE PÚBLICA EN SUS ASPECTOS POSITIVO Y NEGATIVO. 3. LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE Y SUS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA 4. EL LLAMADO TERCERO HIPOTECARIO. VALORACIONES DOCTRINALES 5 CLASES DE TERCERO TERCERO Y PARTE 6. LA OPINIÓN DE PEÑA SOBRE EL TERCERO PROTEGIDO 7. EL CRITERIO DE LACRUZ. 8. PARTICULAR JUICIO CRÍTICO 9. ARTÍCULOS DE LA LEY HIPOTECARIA QUE HACEN REFERENCIA AL TERCERO.—III. DE LA APARIENCIA A LA LEGITIMACION EN LAS SITUACIONES POSESORIAS EN GENERAL. 1. APARIENCIA Y POSESION 2. APARIENCIA Y LEGITIMACION 3. LA APARIENCIA JURÍDICA COMO PRINCIPIO.—IV. SOBRE CONTROVERTIDO MODO DE ADQUIRIR. LA CATEGORIA JURIDICA DE LAS ADQUISICIONES “A NON DOMINO”: 1. PLANTEAMIENTO DOCTRINAL 2 EL DERECHO ROMANO 3. DERECHOS GERMÁNICOS 4 EL IMPACTO DE LA RECEPCIÓN 5 CODIFICACIÓN 6 FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA 7. DERECHO ESPAÑOL. CRITERIOS GENERALES 8. SOBRE EL 464. POSICIONES DOCTRINALES 9. SOBRE EL ARTÍCULO 34 LEY HIPOTECARIA Y SUS EFECTOS.—V. DE LA LLAMADA ADQUISICION REGISTRAL “A NON DOMINO”: 1. CRITERIOS SOBRE UNA CUESTIÓN 2. VÍA DOCTRINAL NEGATIVA a) *Criterios generales*, b) *De Núñez Lagos a la “bicicleta de Ewald”* 3 VÍA DOCTRINAL POSITIVA a) *Adquisición “a dómino”*: Opinión crítica, b) *Adquisición “a non dómino”*: Opinión crítica.

1. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO CUESTION PREVIA

1. LA PUBLICIDAD Y EL REGISTRO

Para BESON y ROCA SASTRE en la historia de la publicidad (1), se pueden señalar tres fases. A la primera corresponde aquella publicidad de tipo meramente “publicitario”; de anuncio, noticia, etc. Pertenecen a este tipo de publicidad los pregones, edictos y demás formas de publicación de las transmisiones, pues público es lo que resulta notorio. A la segunda se sujetará la publicidad en vista y razón de la “protección de terceros adquirentes” o publicidad legitimadora, para esos terceros de buena fe que actúan confiando en esa situación pública que les afecta y no cabe impugnación inmediata (situaciones posesorias...). A esta finalidad son ajenas las formas publicitarias del Derecho antiguo, a pesar de que, en el aspecto de protección a los acreedores del transferente, se encuentra recogida en ciertos textos del Derecho aragonés y catalán relacionados con la acción pauliana en materia de donaciones. A la tercera y última se manifestará la publicidad de “valor constitutivo”, aquí actúa a nivel de requisito esencial del acto “forma dat esse rei” que se inicia con la implantación de los sistemas registrales. En ellos tiene especial preponderancia la inscripción en el Registro, variando en unos y otros sistemas según el papel desempeñado por aquélla en las transmisiones, desde las que le conceden valor meramente declarativo hasta los que consagran el principio de fuerza formal o probante de la inscripción (2).

Es en este tercer grupo en donde nos situamos y a la vez partimos, al afirmar que, la finalidad primaria de la publicidad registral es algo trascendente y conocido, pues mediante ella se agilizan considerablemente las transacciones inmobiliarias, se protege el tráfico de las mismas y se mar-

(1) Al observar la evolución histórica de la institución se comprueba la dificultad de separar las manifestaciones embrionarias de la fe pública, imposición de creencia, de aquellas otras manifestaciones que son el germen de la publicidad en su sentido registral y cuya finalidad no es imponer o justificar hechos, sino garantizar facultades de los titulares.

En los edictos por heraldo, repetidos tres veces en un mes y en los ladrillos grabados en la ciudad de Asur, en la transcripción exigida por el palimpsesto alejandrino en Grecia, en esa misma transcripción llevada a Egipto por decisión del precepto Marco Mezzio Rufo según la famosa “petición de Dionisio”, en las fórmulas romanas de la “mancipatio”, la “in iure cessio” y la “traditio” o en la justificación previa del dominio del transmitente impuesta en el Bajo Imperio por Constantino según el “fragmento Vaticano”, incluso en el “nantissement” germánico o francés cumplen una doble misión, es decir, una función de acto autenticador y una genuina función de publicidad en su moderno sentido de garantía y legitimación.

(2) BESSON. *Les livres fonciers*, París, 1891; ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho hipotecario (Contestaciones a Registros)*, 2.ª ed., Barcelona, 1945.

ginan las tortuosas investigaciones que sobre la titularidad de los derechos sería, en cualquier caso, necesario realizar. Sabido es que la forma es el modo de exteriorización de la voluntad del sujeto, la *publicidad* atiende a aquellos particulares procedimientos con los cuales se quiere hacer “cognoscible” a los terceros la existencia de algunos hechos, de situaciones jurídicamente relevantes, o bien el contenido de negocios o de actos judiciales. En algunos casos y para algunos efectos no basta la forma, no basta que la declaración sea fácilmente cognoscible, sino que ésta debe exteriorizarse con medios determinados. Según TRABACCHI, “la publicidad se diferencia de la forma en los negocios, bien por la función que ésta cumple, bien por los modos con los cuales la publicidad se realiza, bien por las consecuencias que derivan en caso de inobservancia; sin embargo, es común a ambas el carácter de carga cuya observancia se impone al que quiere servirse de las consecuencias que la ley les asigna (3).”

La idea de publicidad es alcanzable a través de una serie de presupuestos previos sobre la estática y la dinámica de los derechos y muy especialmente sobre la entrada en conflicto entre la seguridad en la tenencia del derecho y la seguridad en su adquisición. La publicidad garantiza titularidades y otorga seguridad a los compradores que en otra situación no obtendrían. Esta publicidad fue del todo necesaria cuando la “revolución industrial” necesitó movilizar capitales para comenzar la reforma de las viejas industrias del siglo XIX. La única manera de conseguir el capital preciso de los bancos y prestamistas que lo tenían era que éstos confiaran que su dinero estaba garantizado con el respaldo físico del inmueble, su posible venta inmediata mediante un sistema de publicidad que evitase los fraudes de titularidad. Todo ello respondió a una organización, a una oficina pública: el Registro de la Propiedad.

Los Registros, considerados en general, son archivos donde se almacenan debidamente ordenados informaciones escritas, documentos, copias, transcripciones completas o abreviadas de los documentos trasladadas a libros o a ficheros respecto de hechos o actos jurídicos de manifiesta importancia en relación con las situaciones jurídicas. No puede dudarse, opina Díez-Picazo, de que los registros públicos son, en los dos últimos siglos, la forma de publicidad preferida por los ordenamientos jurídicos; poseen la virtud de la fácil conservación a través de los medios de escritura y permiten también un fácil acceso y una fácil consulta. Su proliferación actual es evidente. Ahí está el Registro Civil, Mercantil, de la Propiedad Inmobiliaria, de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin desplazamiento, de Ventas de Muebles a plazo, de la Propiedad Intelectual, de la Industrial,

(3) TRABACCHI, A.: *Instituciones de Derecho civil*, trad. por M. Calcerrada, vol. I, Madrid, 1967, pág. 249.

amén de múltiples registros administrativos que sería prolijo enumerar (4). Será en el Registro de la Propiedad donde se centrará su actividad primordial en dar a conocer la situación jurídica real de los bienes inmuebles y ello mediante unos "apuntes" en unos libros, descripción de inmuebles, practicada por unos profesionales como lo son los Registradores de la Propiedad y en razón de un procedimiento establecido por la norma. El Registro es una institución jurídica administrativa señala Cristóbal MONTES: "El Registro es una creación técnica organizada por el Estado, constituyendo parte de la estructura administrativa del mismo". Y añade más adelante: "el fin de la publicidad, con una u otra eficacia, es común a la generalidad de los registros inmobiliarios la casi universal difusión del Registro de la Propiedad inmueble se debe, en forma sustancial a que el mismo constituye un instrumento o medio técnico que matiza mejor que cualquier otro de los conocidos el principio de la publicidad en la transferencia y gravamen de los bienes inmuebles" (5).

Pero el Registro no es un "medio de difusión" que como tal medio llegase a los particulares informándoles "cotidianamente" de las situaciones jurídicas inmobiliarias que en sus libros se van reflejando. Su política de "puertas abiertas", la publicidad que manifiesta no es sino la posibilidad que se otorga y facilita a las personas para conocer "in situ" la consignación de las titularidades recogidas en sus libros que podrá consultar todo aquel que se halle interesado en saber sobre un inmueble en concreto, caso de que dicho inmueble venga reflejado en los libros del Registro. LACRUZ consideró que "la publicidad registral inmobiliaria en el Estado moderno constituye una actividad de naturaleza semejante a la jurisdicción voluntaria, destinada a dar a conocer la situación jurídica de los bienes inmuebles mediante su descripción en libros oficiales practicada siguiendo el procedimiento legalmente establecido. Se trata no de procurar que las situaciones jurídicas inmobiliarias lleguen a conocimiento de todos, sino que todos tengan medio de conocerlas. La expresión "publicidad" no significa aquí propaganda y difusión, sino posibilidad de conocer... y añade el citado autor: "La publicidad registral es una hetero-publicación, esto es, publicación por parte de un sujeto extraño a la verificación del evento publicado; más exactamente consiste en una publicación de acontecimientos que interesan a situaciones de Derecho Privado, realizada por la Administración" (6). En cualquier caso, quien no acceda a esa consulta

(4) DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1986, pág. 240.

(5) CRISTÓBAL MONTES, A.: *Introducción al Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1986, pág. 158.

(6) LACRUZ-SANCHO *Elementos. Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984

lógicamente desconocerá lo allí recogido; sin embargo, ello no le excluye de estar sujeto a ese deber de abstención o de respeto que impone toda situación real que afecta *erga omnes* lo que significa, *a contrario sensu*, que todos estamos en situación de infringir y que si esto no sucede es por nuestro implícito deber de conocer la realidad de esos derechos reales origen de nuestro obligado respeto.

Por otra parte, la “corporalidad” de las cosas hacen a éstas colocarse más “a la vista”, siendo su situación más estable y duradera, a la vez que sosegada. En la relación obligacional sabemos bien que el proceso es de acción y movimiento, que suele terminar con cierta rapidez con la extinción de vínculo que, tal vez poco antes, se generó entre ese acreedor y aquel deudor. La cual quiere decir que la relación creditica está destinada a desaparecer cuando los sujetos cierran el círculo de su relación. No sucede así, en cambio, en el campo de los derechos reales y, consecuentemente, en el ámbito de la propiedad, pues su estabilidad la proyecta hacia el futuro, hacia factibles transmisiones en el inmenso campo del tráfico jurídico, pues ellas son el objeto de ese tráfico en el que estamos inmersos. En un mundo de cosas, bienes y objetos debemos establecer criterios precisos apoyados en clasificaciones puras. ¿Por qué no dividir todo ese universo de objetos y cosas en registrables y no registrables, tal como lo hacía en su programa de Derecho Civil y en sus explicaciones de cátedra don Federico DE CASTRO? Así, al hacerlo, centramos la clasificación en las normas de publicidad relativas a unas cosas u otras, situando el problema en sus justos términos. En cualquier caso, en mi opinión, sería preferible asumir aquella distinción adoptada por ciertos hipotecaristas entre cosas susceptibles de publicidad material y aquellas otras cosas susceptibles de publicidad registral. En el campo de las primeras se estará sujeto a las normas generales de publicidad contenidas en el artículo 464 y concordantes del Código Civil en cuanto a los cambios o alteraciones de la titularidad sobre las mismas. Las segundas serán aquellas que, dada la finalidad económica que por su utilidad, importancia o adecuabilidad para el crédito están destinadas a cumplir, hacen indispensable la constatación de sus cambios de titularidad en un instrumento de publicidad formal o registral. Por otra parte, creo que hoy los criterios enumerativos forzosamente han de fracasar ante un tráfico jurídico en evolución constante, en el que día a día hay que encontrar hueco a nuevos tipos de cosas pertenecientes a los más heterogéneos grupos y cuya regulación registral se impone. Así será preferible acudir al viejo criterio general de la posibilidad de “individualización”, porque siempre que una cosa puede ser identificada, individualizándola será apta para ser objeto de esa publicidad formal o registral, ya que en los libros registrales se podrán reflejar perfectamente los datos necesarios para esta “identificación” al mismo tiempo

que dichos libros la dotarán de una fuerte garantía de seguridad engendrada en valor de su publicidad.

2. LA PUBLICIDAD Y LA DOCTRINA

El ilustre profesor de matemáticas, maestro después de hipotecaristas, don Jerónimo GONZÁLEZ, señaló que “el principio de la publicidad ha impreso sus huellas en todas las legislaciones y ha cristalizado en las del siglo xx bajo la forma de principio de legitimidad. Puesto que el individuo tiene únicamente valor como miembro de un gran todo, el derecho individual debe estar ungido con el óleo social. No es verdadero derecho el que se oculta como venenoso aguijón, sino el que se luce como una armadura de gala ante compañeros y conciudadanos” (7). Es así que civilistas ya clásicos, como COVEILLO, estiman que la publicidad en el sentido que la concebimos en el Derecho moderno no es muy antigua, pues los precedentes que de ella se pueden citar en Derechos pretéritos no son obviamente verdaderos precedentes del moderno sistema de publicidad y lo digo, lógicamente entendida como publicidad registral, aunque tampoco conviene olvidar que en el fondo se obedece a un proceso histórico enmarcado en los Derechos germánicos (8). Cualquier investigador que se haya adentrado mínimamente en la historia del Derecho medieval no podrá negar la importancia que en el desenvolvimiento de los Registros hipotecarios tuvieron los “libros de tradiciones” (*Salkopialtraditionsbücher*; *liber traditionum*), donde se copiaban o extractaban las adquisiciones de fincas. Pero la verdad es que toda la evolución histórica de la publicidad inmobiliaria es una constante lucha por alcanzar la seguridad del tráfico y por superar el secreto a lo privado que aquellos negocios sobre inmuebles, hasta conseguir una publicidad constitutiva o legitimadora.

Hoy tenemos claro que la técnica moderna concede a la inscripción respecto de los inmuebles iguales funciones legitimadoras que a la posesión corresponden en orden a los muebles. Las exigencias de publicidad de los bienes muebles se consiguen mediante la posesión: el traspaso material de una cosa implica, con respecto a terceros, que ha sucedido un cambio en la titularidad del derecho sobre la misma. Se habla bajo este perfil de “publicidad de hecho” y las consecuencias son obviamente importantísimas para la seguridad de la propiedad mobiliaria.

El principio de publicidad, eje de nuestro sistema hipotecario, engendra

(7) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Madrid, 1948.

(8) COVEILLO *Della trascrizione*, Napoli/Torino, 1924

otro principio: el de legitimación registral, siendo a su vez emanación directa de la *fides publica*. Señala Díez-Pícazo que para entender la función de la publicidad de los derechos reales es importante perfilar el concepto de legitimación trasplantado del Derecho procesal al civil. Este concepto, “al trasladarse al Derecho civil se yuxtapone al concepto de capacidad jurídica, como aptitud general de la persona para ser sujeto activo o pasivo de relaciones de derecho y al concepto de capacidad de obrar como aptitud efectiva para el ejercicio de los derechos de los que se es titular. La legitimación justifica la razón por qué una persona ejercita un determinado derecho” (9).

Así, con el principio de publicidad en su aspecto positivo cuyo ámbito se proyecta sobre los derechos reales y otorga al tercero adquirente de ese o aquel derecho real, su existencia y extensión, en los términos fijados en el asiento principal. Este sistema, con categoría de principio, rompe así con el apotegma “*nemo dat quod non habet*” para preceptuar que quien haya contratado con el titular, según el Registro, será siempre amparado en su derecho inscrito aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, en virtud de título anterior no inscrito, o de posibles causas que no consten en el Registro (v. art. 34). Ahora bien: aunque la Ley Hipotecaria concrete la fe pública del Registro, esto no ha de traducirse que el llamado tercero deba llegar a inspeccionar obligatoriamente todos los asientos de una oficina concreta para asegurarse de lo que allí se contiene. Según una ya vieja Resolución de 20 de octubre de 1926, el Registro es para una finca los folios especiales que le están destinados y los asientos que concretamente se relacionen con ella, bien por hallarse mencionados en el fondo de las inscripciones, bien por referencias marginales, bien por asientos de presentación o documentos presentados mientras aquéllos se consideren vigentes. Si por deficiencias en el modo de llevar los libros llegasen a existir dos inscripciones contradictorias corresponderá a los Tribunales fijar, según las circunstancias del caso, el valor de los derechos derivados de las mismas respectivamente (*vid.* resolución cit.) en cualquier caso la protección del artículo 34 veremos que es de carácter absoluto, es decir “*iuris et de iure*” bajo los parámetros de la buena fe.

3. LA PUBLICIDAD Y LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

Pensemos que, a veces, también la seguridad del tráfico jurídico exige el sacrificio de la seguridad del derecho (HECK) y ello supondrá liberar a la inscripción de toda razón causal y dotarla de relevante autonomía,

(9) Díez-Pícazo, L. *Fundamentos...*, cit., pág. 243

haciéndola valer como la única y total verdad en cuanto interviene un adquirente de buena fe, a título oneroso que haya inscrito su derecho, y todo ello cualquiera que sea la suerte civil del título reflejado en esa inscripción. Porque ese derecho y por una incontrovertible ficción jurídica se reputa que el Registro *es exacto* por corresponder a la realidad jurídica, *e íntegro* porque agota a la misma. Así: lo inscrito es real y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter. Ello llevó a los hipotecaristas a discutir si la adquisición del tercero hipotecario es originaria, derivativa o posiblemente mixta, porque así como en el primer momento se destaca la sucesión particular *inter vivos*, es decir, el carácter derivativo de la adquisición, después resulta éste inconciliable con la afirmación de que, por virtud de la ley, ingresa en el patrimonio del adquirente una facultad jurídica y un valor económico que no se encuentran en el patrimonio del verdadero tradens, pues éste no podrá, por obra y gracia de la inscripción, “convalidar los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes” (art. 33), de donde se sigue la posibilidad de su impugnación en cualquier momento. Sólo ese accipiens, tercero de buena fe, adquirente a título oneroso, cuyo derecho ocupe asiento claro en el Registro, será protegido (y aun defendido) por la norma del 34 cuya fuerza se repetirá en la letra del 37, pár. 1, 38, pár. 2 *in fine*, y 40 *in fine*. Volveremos sobre esto más adelante.

Cabe, por último, señalar en defensa y justificación de la publicidad registral su adecuabilidad a razones de interés público, pues interesará siempre al Estado crear y mantener el medio más preciso para que todos puedan conocer la verificación de determinadas situaciones, logrando con ello la seguridad del tráfico que en definitiva es alcanzar la seguridad jurídica. El Registro, valga el símil, es una “ventana” que proporciona inmediatamente a los posibles contratantes de una relación, la información necesaria para la defensa de sus intereses y además, en base a esta poderosa razón, contribuye a crear esa tan necesaria conciencia pública en las relaciones jurídicas inmobiliarias. Así, podemos afirmar, que existe una cierta entente que tiende a vincular la naturaleza del Registro a la doctrina de la seguridad jurídica, puesto que sirve en primer término al orden público, contribuyendo, sin lugar a dudas, a la realización de la justicia. Y todo ello nos conduce a establecer que si la publicidad viene proyectada a tutelar los intereses generales, el derecho a obtener la actuación del Registro, como principal instrumento de la publicidad no es renunciable ni susceptible de caducidad aunque esta afirmación que hago, apoyada por autores tan clásicos como COVIELLO y PUGLIATTI, no la comparte MAIORCA (10) y la

(10) MAIORCA “Della trascrizione”, *Comentarios de D'Amelio y Finzi*, Florencia, 1943.

matice CORRADO (11), al distinguir el pacto de no proceder a la publicidad, previo acuerdo con el funcionario encargado del Registro, pacto nulo a todas luces, y el concertado entre las partes que hayan intervenido en el acto y que puede ser válido, con matizaciones.

4. PUBLICIDAD FORMAL

La publicidad formal de los libros del Registro está ampliamente desarrollada en nuestra legislación hipotecaria; el artículo 221 de la LH establece categóricamente que los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos. Todo ello se alcanzará por los tres medios precisos establecidos por el legislador en aras de la eficacia divulgadora del Registro: 1.º *Exhibición de los libros*, dice el artículo 222 de la LH: “Los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación”, y añade a tal fin el 228 de la LH: “Cuando el Registrador se negare a manifestar los libros del Registro o a expedir certificación de lo que en ellos conste podrá el que lo haya solicitado acudir en queja al Presidente de la Audiencia...”. 2.º *Expedición de certificaciones*, señala el 227 de la LH que “Los Registradores no expedirán certificaciones sino a instancia, por escrito del que a su juicio tenga interés conocido en averiguar el estado del inmueble o derecho real de que se trate o en virtud de mandamiento judicial”. El 223 dice que “los Registradores expedirán certificaciones: 1. De los asientos de todas clases... 2. De asientos determinados que los mismos interesados designen... 3. De no existir asientos de ninguna especie o especie determinada sobre ciertos bienes o a nombre de ciertas personas”. 3.º *Expedición de nota simple informativa*, el Reglamento a la LH, en su artículo 332, establece que “La manifestación del registro que dispone el artículo 222 de la Ley podrá hacerse mediante exhibición de los libros o por nota simple informativa sin garantía y en virtud de petición verbal o escrita del interesado que indique claramente las fincas o derechos cuyo estado pretende averiguar”.

In fine, señalar que el artículo 9.3 de nuestra Constitución dice: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los

(11) CORRADO *La pubblica nel Diritto Privato*. Torino, 1947.

poderes públicos". Es así como los amplios parámetros de la seguridad jurídica (fin del Derecho en general) deben proteger no sólo a la publicidad registral, sino a todo el Derecho inmobiliario. La protección acogerá la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario como fin fundamental de la publicidad resultante del Registro de la Propiedad, alcanzándose a su vez protección y garantía a la seguridad de los derechos reales inmobiliarios que son precisamente los fines principales de la publicidad registral.

II. DE LA FE PUBLICA REGISTRAL AL LLAMADO TERCERO Y SU CONDICION

I. EL VALOR DE LA FE PÚBLICA

La fe pública, al igual que todas las instituciones que integran la publicidad jurídica o satisfacen sus necesidades, se producen necesariamente en la sociedad para la realización normal del derecho que es uno de los fines del Estado. Si es axiomático que "*ubi societas ibi ius*" del mismo modo puede afirmarse que donde exista una sociedad regida por una serie de normas, hace falta un conjunto de organismos que contribuyan al cumplimiento de esas normas y faciliten su eficacia (12).

La llamada fe pública registral, elevada por algunos hipotecaristas a la categoría de principio, es ante todo y sobre todo la base de la institución del Registro de la Propiedad. El principio de publicidad, eje de nuestro sistema, puede ser examinado desde dos puntos de vista o bajo dos aspectos: como legitimación registral y como fe pública. La diferencia está en que la presunción de exactitud que el principio de publicidad encierra es, con respecto a tercero que reúna los requisitos exigidos por nuestra legislación "*iuris et de iure*": Fe pública. En cambio, cuando protege a cualquier persona por la simple cualidad de ser titular registral la presunción de exactitud del registro es "*iuris tantum*": Legitimación.

(12) La expresión "fe pública" no es más que una especificación adjetiva del sustantivo "fe" y, por tanto, tiene muy diversos sentidos que corresponden a los diferentes criterios en que puede entenderse la fe. Cicerón la definió "*quia fiat quod dictum est appellata est fides*". En el lenguaje del Antiguo Testamento y según la interpretación de Fray Luis de Granada al versículo 13, cap. II del Eclesiastés, la fe son "aquellos ojos que están en la cabeza del sabio", los cuales siguen y enderezan los pasos de la vida. El que tiene fe, tiene una creencia, una convicción, una seguridad o plena confianza. Entre estas fórmulas, no carentes de matices diferenciales, hay una virtual sinonimia: "relación de verdad entre el hecho y el dicho" (F. Casado).

Pero la presunción legitimadora antes referida, de extraordinario valor en el campo procesal, no es suficiente para mediar en el tortuoso tráfico jurídico de los bienes. La fe pública supone la seguridad total dada a todo sujeto que adquiera el dominio o un derecho real de otro titular inscrito, de que ese “tradens” era dueño o titular del derecho referido en iguales términos que resulten del asiento correspondiente, produciéndose automáticamente una subsanación en los posibles defectos de titularidad. Pues, puede suceder, que el Registro recoja una inexactitud en la titularidad del “tradens” o ignore limitaciones a la propiedad del mismo.

Como bien señaló SANZ FERNÁNDEZ, el Registro sólo toma en consideración el acto o el contrato como la causa jurídica que dio vida al derecho real y que debe ser, lógicamente, el elemento inscribible, el objeto de la inscripción. Obvio es decir que, ese acto o contrato idóneo para ser inscrito, sólo deberá llamar a las puertas del Registro cuando sea válido, ya que de no ser así, de no serlo, no podrá jamás dar vida al derecho real. Por ello será el Registrador “el tamiz”, la garantía, mediante su calificación, de que los títulos inscritos son perfectos y a la vez eficaces. Pero, en el supuesto caso de que no lo fueran, y a pesar de ello hubieran sido inscritos: el Registro se inhibe en la cuestión de su validez sin entrar en convalidaciones ni subsanaciones de nulidades. Porque al margen de lo dicho, y como más adelante señala el citado autor, en nada tiene que ver la cuestión de dominio y su encaje con el titular real y, en consecuencia, la preexistencia del derecho en el patrimonio del tradens enajenante. Así, cuando el titular inscrito es efectivamente dueño de esos bienes, porque el Registro y la realidad se hallan en completo acuerdo, los actos dispositivos que realice no encontrarán tropiezo alguno en la vida registral ni en la extrarregistral. Pero si esto no es así, o su derecho está sujeto a condiciones o límites dispositivos y éstas, para nada constan en el Registro y el “*verus dominus*” o el favorecido por aquellas condiciones no ha pedido la rectificación (o anulación) de la inscripción, si entonces aquel “titular irregular” realiza un acto dispositivo en favor de otra persona y este nuevo sujeto inscribe su derecho, se produce *ipso iure* una rectificación automática de la realidad jurídica en favor de la situación aparente que los asientos reflejan, siendo la adquisición de esta persona perfecta e inatacable. Así lo que era antes una simple titularidad más bien débil y sólo aparentemente fortalecida por una presunción “*iuris tantum*” se transforma en una titularidad real bajo los parámetros de una presunción “*iuris et de iure*” de una indiscutible fuerza (13). Por ello dijo Jerónimo GONZÁLEZ que en base al principio de la fe pública la Ley transforma la autenticidad de los

(13) SANZ FERNÁNDEZ, A: *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1947, pág. 369.

asientos en una verdad casi incontrovertible cuando se trata de asegurar a los terceros que contratan confiados en sus declaraciones (14).

El preámbulo a la Ley de 1944 señalaba: "Objeto de particular estudio ha sido el principio de la fe pública registral, elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles. Después de ponderar los inconvenientes que en orden a la aplicación del predicho principio rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter "iuris et de iure" a los que contratan a título oneroso, mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de los que sus propios títulos exigiere. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.

La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario."

2. LA FE PÚBLICA EN SUS ASPECTOS POSITIVO Y NEGATIVO

Verdaderamente el llamado principio de la fe pública fue clave en nuestro sistema hipotecario a partir de 1861, aunque recibió diferentes pinceladas de matiz por la legislación anterior a 1944 y concretamente por la vigente del 46. Hasta la reforma de 1944 el criterio general adoptado fue de aceptación del principio en forma que los autores han llamado "negativa". Hoy, a partir de la Ley del 46, se tiende a visualizar la cuestión desde el punto de vista positivo. Aclaremos que para los hipotecaristas en su aspecto *positivo* significa que el contenido del registro se presume exacto sin duda alguna, y así, el llamado tercero que venga a adquirir fiado en los asientos del Registro se convertirá en titular del derecho inscrito en toda su extensión y contenido que reflejen los asientos y, como ya hemos dicho, aunque en la realidad el transferente no fuera propietario de los derechos que transmitía. Aspecto positivo de este principio que recoge el artículo 34

(14) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.. *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. I, Madrid, 1948, pág. 384

de la Ley. El ambiente propio de este principio es en el campo de los derechos reales y consecuentemente sirve, como hemos apuntado, para defender al tercero y garantizarle que el derecho existe y pertenece, según el Registro, a la persona que en él figura como titular y que su extensión será con la que figure inscrito. Así se concreta el criterio de que, en caso de discordancia de la realidad jurídica exterior y el Registro, se da valor absoluto al contenido de éste y en favor del tercero protegido.

En todo caso, y a pesar de la formulación del principio en una forma tan clara en este su aspecto positivo, lo evidente es que no entra en juego en diversos casos o supuestos que constituyen otras tantas excepciones al mismo. Así no entra en juego el principio de la fe pública cuando se está protegido por una anotación preventiva, salvo que ésta se haya obtenido como consecuencia de ser defectuoso el título presentado y que subsanado el defecto se convierta en inscripción definitiva. Igualmente y lógicamente quedan fuera del alcance de la fe pública las adquisiciones a título gratuito. El tercero debe haber adquirido su derecho en virtud de un negocio jurídico oneroso. No debe afirmarse de modo absoluto, según LACRUZ, que los adquirentes a título gratuito estén excluidos de la protección registral, sino que su protección no deriva de su propia inscripción, sino de la de su causante. “Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección que la que tuviese su causante o transferente” (34.3 LH), asimismo queda excluido todo lo relativo a la representación (15).

Tampoco alcanza la presunción de exactitud del Registro a las circunstancias de mero hecho consignadas en las inscripciones, es decir, todo lo relativo al elemento físico del derecho inscrito (existencia, extensión, linderos, etc.). Así la jurisprudencia se expresa en repetidas Sentencias. La de 6 de febrero de 1947 pudo decir que “la fe pública registral actúa asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de la finca”. Lo mismo expresa la Sentencia de 5 de diciembre de 1949. Según la Sentencia de 31 de mayo de 1955 el Registro no ampara los datos materiales, físicos o descriptivos de las fincas y sí solo el dominio que resulta de la inscripción del enajenante. Dice la Sentencia de 11 de febrero de 1956 que el principio de “fides publica” no comprende los datos físicos de los inmuebles. Para la Sentencia de 16 de noviembre de 1960, las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de la Propiedad de un modo inexacto o incompleto no producen inexactitud de éste en sentido técnico, por no alcanzarles la fe pública registral, que sólo se refiere a las indicaciones relativas a los derechos reales, a lo jurídico, pero no a las noticias que da el Registro sobre cabida, situación, construcción y natura-

(15) *Vid.* LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 163.

leza de la finca, datos puramente materiales, pues la fe pública podrá por una ficción hacer transmitir un derecho de un no titular del mismo y dar por existente lo que en realidad no existe, pero el legislador no puede por la sola fuerza de la ley crear de la nada un área de terreno, fingir un edificio donde sólo hay un solar, etc.

Expresa la Sentencia de 31 de octubre de 1961 que las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de un modo inexacto no puede hacer que la finca se conforme con lo que dice la inscripción, ya que los datos físicos de la finca no se hallan amparados por la fe pública. Asimismo, la Sentencia de 20 de febrero de 1962 afirma que la doctrina científica, lo mismo que la jurisprudencia, reconocen unánimemente que, dada la forma como los límites de las fincas se llevan al Registro, la protección al adquirente de buena fe no puede ser absoluta e incondicionada y tal como los libros la refieren. La Resolución de 27 de junio de 1953 afirma que nuestra legislación hipotecaria, conforme en este particular con la germánica, no preceptúa que los asientos garanticen que el inmueble inscrito tenga la cabida que conste en las respectivas inscripciones y, por consiguiente, la protección del fundamental principio de publicidad no abarca tal extremo. Igual la Resolución de 8 de mayo de 1959 expresa que los datos físicos de la finca no se encuentran amparados por la fe pública.

ROCA SASTRE entiende que hasta aquí es donde la norma de que la fe pública registral no se extenderá a los datos registrales de mero hecho. Sin embargo, considera el autor que hay casos en que no es sencillo precisar cuándo se está ante una pura circunstancia de hecho o frente a un dato fáctico absorbido por la sustancia jurídica. Según Jerónimo GONZÁLEZ, citado por ROCA, a veces resulta difícil decidir si para una litis determinada los datos son jurídicos o de mero hecho. La agregación de varios metros de una parcela, los límites de dos fincas, el ancho de una servidumbre, etc., quedan al amparo del principio de publicidad en muchos casos como declaraciones trascendentales. Así la citada Sentencia de 20 de febrero de 1962 dice que, en materia de límites de las fincas, la protección registral opera cuando se trate de negocios de deslinde o de manifestaciones unilaterales hechas por el propietario que deba por ellas ser perjudicado (16).

No entra en juego tampoco el principio de la fe pública en el caso de doble inmatriculación de la finca, esto es, que una misma finca figure, en todo o en parte, inmatriculada dos o más veces en hojas distintas del Registro. Ni la presunción establecida en el artículo 38 de la LH alcanza a la capacidad del transferente, ni actúan los principios del sistema protegiendo a los derechos personales, aunque estos derechos pueden estar garantizados con eficacia real mediante la constitución de una hipoteca o

(16) ROCA SASTRE *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1968, pág. 620.

por una condición resolutoria. Por último, la fe pública tampoco revalida lógicamente los derechos de aquellos terceros que no realizan inscripción, como más adelante veremos.

En su aspecto o sentido *negativo* la fe pública equivale a la afirmación de que el contenido del Registro se presume íntegro, es decir: agota la realidad jurídica y, en su consecuencia, el titular inscrito puede rechazar cuantos derechos, títulos y acciones no figuren en los asientos, pues, como se verá, en lo que afecta al tercero protegido se presume que el Registro concuerda con la realidad jurídica exterior. Este aspecto del principio está recogido en el artículo 32 de la LH, al decir que “los títulos del dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero”. Negativamente considerado el principio, priva de efectividad a cuantas pretensiones inscribibles carezcan de base hipotecaria o se apoyen en causas que no consten claramente en el Registro.

Ahora bien, en sentido negativo, también el principio de la fe pública mantiene excepciones. Así, por ejemplo, perjudican al titular inscrito las limitaciones legales del dominio y las servidumbres aparentes. E igualmente perjudican a terceros, aunque no consten en el Registro, la servidumbre de paso del artículo 564 del Código Civil y la obligación de respetar el año agrícola en favor del arrendatario a que alude el artículo 1.571 también de nuestro Código Civil. Por último, quedan afectados los titulares del derecho inscrito, aunque no consten en los libros de inscripciones, por todas aquellas limitaciones nacidas de lo que podríamos llamar “derecho social”. Así, en lo agrario, resultará que el titular, según el Registro, de una finca rústica tendrá que soportar los arrendamientos, retractos arrendaticios y limitaciones impuestas por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (situaciones de concentración y cultivos mínimos) aún en vigor en buena parte. Asimismo, el tercero que inscriba una finca urbana, aunque no consten en el Registro, se verá limitado y tendrá que soportar los arrendamientos existentes, retractos, retornos y todas aquellas limitaciones derivadas de la ordenación urbana del suelo o de las ordenanzas dictadas por el municipio.

3. LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE Y SUS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA

La Ley Hipotecaria del 44 y el texto refundido del 46 han realizado una seria labor de corrección y refundición de preceptos, más que de modificación sustancial de los mismos. Las modificaciones más importantes introducidas por la actual Ley sobre el régimen anterior han sido dos:

1.^a La adopción definitiva del aspecto positivo de la fe pública, y 2.^a La supresión de algunos artículos que antes recogían aplicaciones particulares del principio. Hoy, según opinión de SANZ FERNÁNDEZ, la fe pública se halla recogida en nuestra Ley en la siguiente forma: *Aspecto positivo*: exactitud del Registro que se recoge por la Ley en una doble forma: *a*) como adquisición por el tercero del derecho (regla general del 34); *b*) como subsistencia de los derechos inscritos en beneficio de terceros; *c*) como eficacia de las acciones rescisorias y resolutorias derivadas de causas que consten en el Registro. Y en el *aspecto negativo*: protección del tercero contra: *a*) acciones rescisorias o resolutorias; *b*) derechos mencionados (art. 29); *c*) nulidad formal de los asientos (art. 31); *d*) inexactitud del Registro (art. 40); *e*) errores del Registro (art. 220) (17).

La regulación legal del principio de fe pública registral en la LH vigente significa un notable avance de estructuración normativa respecto de la anterior, pues se ha mejorado la formulación del principio en el artículo 34 en cuanto ha incrustado en él un precepto básico. Precepto que operará en beneficio del tercero que, en su adquisición, concurren las circunstancias exigidas en el párrafo 1 del citado artículo 34. Dicho artículo es el que fija los requisitos que reunirá el tercero para gozar plenamente de la protección de la fe pública. Tales requisitos serán: Primero: haber adquirido de buena fe, entendiendo por tal al que inscribe convencido de que el contenido del Registro es exacto e íntegro y refleja sin error el derecho del adquirente. El concepto de buena fe, en sentido positivo, resulta del artículo 1.950 del Código Civil, que dice que “la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio”. Y en sentido negativo, también resulta del artículo 433 del mismo cuerpo legal, que dice que: “se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que la invalide”. Según DE LA RICA (18), al titular registral le basta haber creído honradamente, el negociar sobre inmuebles y derechos reales, que el Registro expresaba la verdad. Por el contrario, VALLET DE GOYTISOLO cree que se exige al tercero cierta obligación de diligencia para ser considerado como persona de buena fe, porque con arreglo al artículo 36 para probar la mala fe de un adquirente hay que demostrar que tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer la verdadera situación posesoria de hecho de la finca en caso de prescripción. Por mi parte, opino que la letra del artículo 36 responde a un supuesto excepcional y que la única diligencia que puede exigirse al tercero hipotecario es la referente a conocer

(17) Vid. SANZ FERNÁNDEZ *Instituciones ...*, cit., pág. 778

(18) DE LA RICA Y ARENAL. R: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 323.

el contenido del Registro y esto es bastante ya. En todo caso, los límites de esa buena fe serán: que ésta debe ser entendida en relación al título del que *transmite*, no del adquirente y, por consiguiente, sólo en relación al estado real contradictorio o modificativo de la inscripción vigente cuando el tercero adquiere. Además, la buena fe debe darse en el *adquirente*, siendo inoperante la que tenga o no tenga el “tradens”. Y, por último, la buena fe ha de existir en el momento de la adquisición, sin que pierda este carácter porque posteriormente se descubra el vicio del transmitente.

El segundo requisito cualificado del artículo que nos ocupa será haber adquirido a *título oneroso*, requisito que se introdujo por primera vez en la reforma de 1877 (17 de julio), lo que implica necesariamente un contrato traslativo bilateral, en el que el adquirente tiene que haber entregado cosa, dinero, bienes o trabajo como compensación del derecho que se le transmite, quedando, por tanto, excluidos de la fides pública todos aquellos terceros que adquieren a título de herencia, legado, donación o cesión gratuita. Finalmente, será el tercer requisito el haber adquirido el derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo. No se encuentra en tal situación el que provoca una primera inscripción de inmatriculación, porque sabido es que la presunción “*iuris et de iure*”, que consagra la LH, lo es sólo en consideración de que el adquirente lo sea fiado en lo que resulte de los libros del Registro, de donde se sigue que como la inscripción de inmatriculación no hace otra cosa que provocar la *apertura* de una hoja o folio, el que la obtiene, no ha adquirido fiado en lo que resulta del Registro, pues del Registro, hasta este momento, no hay nada del inmueble de que se trate y no hay en tal caso que mantener integridad alguna registral porque se carece de una inscripción anterior que deba ser protegida.

También señalar que, aunque el artículo 34 no lo diga, es evidente que los requisitos referidos deben darse conjuntamente, de modo que la falta de uno de ellos priva al tercero de su condición, perdiendo toda posible protección.

Cabe, por último, decir que cuando la protección de la fe pública registral en provecho o beneficio de este tercero adquirente, por reunir las condiciones de tercero hipotecario (a la que luego nos vamos a referir) creemos, con la generalidad de los hipotecaristas, que todo adquirente posterior puede aprovecharse de aquella actuación, salvo en casos excepcionales de readquisición, que no vamos a tratar. Expresa J. GONZÁLEZ, citado por ROCA, que la fe pública se halla orientada en el sentido de favorecer al adquirente, jamás para perjudicarlo. Si yo compro una finca gravada con un crédito hipotecario que en realidad es nulo, mas no se halla cancelado en el Registro, el acreedor de este crédito no podrá invocar el artículo 34 para reputar viva la carga, cuya inscripción estaba y sigue sin

embargo vigente. Nuestro protegido adquirente puede invocar el contenido de una inscripción, siempre que le sea más favorable que la verdadera situación jurídica o esta situación cuando le sea más favorable que la inscrita. Nuestro autor nos da este ejemplo: en el Registro aparece una primera hipoteca cancelada, aunque en la realidad se halla vigente y, una segunda hipoteca como vigente, aunque en la realidad se encuentre ya extinguido el crédito. Sucede que si yo inscribo una tercera puedo verdaderamente apoyarme en el contenido de la cancelación relativa a la primera para ser preferido a su titular y puedo igualmente invocar la realidad extrahipotecaria para colocarme en el lugar de la segunda. Por tanto, a diferencia del principio de legitimación, que funciona lo mismo en lo favorable que en lo perjudicial respecto del titular registral, la fe pública del Registro únicamente funciona para beneficiarle, para protegerle, manteniendo su adquisición en los términos que resultan del Registro. La fe pública hace que el tercero pueda eludir las consecuencias perjudiciales de la inexactitud del contenido del Registro, pero sin impedir que el mismo haga prevalecer la realidad jurídica (19).

4. EL LLAMADO TERCERO HIPOTECARIO, VALORACIONES DOCTRINALES

Señala Díez-PICAZO, con frase gráfica, que, en puro Derecho civil, tercero es el que no es segundo ni primero. Puesto que toda relación o negocio jurídico supone la existencia de dos partes; tercero es el que resulta extraño a tal relación, a tal negocio. Y añade “sin embargo, ha de tratarse de persona que entre en colisión o en conflicto con el negocio, con la situación negocial o con los derechos derivados de ella, porque a su vez deriva derechos contra una de las partes o los ostenta o los ejerce” (20).

Por otro lado, Francisco HERNÁNDEZ GIL se expresa sin ningún tipo de duda que la figura del tercero se ha presentado en nuestra doctrina como uno de los conceptos más imprecisos y vagos. Aún hoy, dice, no hay acuerdo en si es un concepto inútil o, en cambio, conveniente (21). DUALDE, por el contrario, afirma que el término técnico de tercero no puede desterrarse y su utilidad no puede negarse, sin que sepamos a punto fijo en qué consiste. “El tercero es el quicio o, si se quiere, el eje en torno al cual se mueve todo el régimen hipotecario”. Y añade: “el derecho se desenvuelve entre sujetos que toman formas abstractas, y tan absurdo

(19) ROCA SASTRE *Derecho hipotecario*, ob. cit., pág. 636

(20) Díez-PICAZO *Fundamentos de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1986, pág. 376.

(21) HERNÁNDEZ GIL *Introducción al Derecho hipotecario*, Madrid, 1970, pág. 178

como sería pretender suprimir los nombres de vendedor y comprador, arrendador y arrendatario, es pensar en la supresión o desvalorización del concepto del tercero" (22). SANZ FERNÁNDEZ, en opinión diametralmente opuesta, considera que la noción de tercero es, en Derecho hipotecario, innecesaria y perturbadora, de tal manera que si en nuestra Ley se suprimiera totalmente esta palabra las cosas quedarían exactamente igual, sin modificación alguna del sistema (23). Lo cierto es que, como curiosamente dijo el citado DUALDE: "Todo el mundo manejaba la idea de tercero y sin necesidad de definir su concepto; con el tiempo se fue viendo que acontecía como a San Agustín con el concepto del tiempo: 'Si no me lo preguntan, sé claramente que es; si me lo preguntan, descubro que lo ignoro'" (24).

Pues bien, en cualquier caso, estamos por afirmar que el tercero es el "leit motiv" de una gran parte de los estudios hipotecarios, pues se trata de un "algo" excepcional y privilegiado y, en consecuencia, digno de la mayor atención, pues, como es obvio, para su provecho se llegarán a "torcer" las normas del Derecho civil común. La Ley de 1861, llamada "Ley de terceros", dio una definición en el artículo 27 diciendo que "para los efectos de esta ley se considera como tercero, aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito". Esta definición suscitó críticas y comentarios y en cierto modo confusión, pues en otros artículos se utilizaba la expresión tercero para referirse a personas cuya posición jurídica era muy distinta a la contemplada en el referido artículo 27. Así, la reforma 44-46 suprimió la definición, pero sigue utilizando el término tercero con significados distintos. En la exposición de motivos, ya el legislador trató de aclarar su criterio ante el problema. Así estableció la distinción entre el "poenitus extraneus", que es el extraño al acto o contrato y, el adquirente o causahabiente, lógicamente por vía onerosa, de un titular registral. Sólo este último tiene la consideración de tercero. Es, pues, tercero a los efectos del 34 el adquirente amparado por la fe pública registral.

5. CLASES DE TERCERO TERCERO Y PARTE

ROCA SASTRE, partiendo del concepto en Derecho civil respecto del tercero distingue el tercero simple, que es el ajeno o extraño al contrato (*poenitus extraneus*) y, el tercer adquirente, que es el que ha entrado en relación jurídica con alguna de las partes de un contrato y respecto de lo

(22) DUALDE. "Todavía sobre el concepto de tercero", *RDP*. 1947, pág. 341.

(23) SANZ FERNÁNDEZ. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, ob. cit., pág. 243.

(24) DUALDE, ob. cit., pág. 342.

que es objeto del mismo, ya sea en virtud de un nuevo negocio jurídico, ya por derivación de la Ley. El Derecho hipotecario no altera el concepto, se limita a regular la posición jurídica del tercero desde el punto de vista registral, pero siempre a base de reputar como tal al extraño al negocio en cuestión. Así, cuando se habla de tercero en Derecho hipotecario se alude al tercer adquirente frente a una situación inscrita. Por tanto, tercero hipotecario es el adquirente considerado fuera de su condición de parte frente a un determinado contenido registral.

Ahora bien: creo oportuno que antes de tratar y situar al tercero protegido por la Ley Hipotecaria convendrá, aunque sea someramente, concretar quién es tercero en el Derecho civil general. Sirva de ejemplo lo que dice al respecto CASTRO F.: “Aunque la LH se haya denominado ‘ley de terceros’, ello no quiere decir que ella haya elaborado el concepto técnico de tercero, como no ha construido el concepto de nulidad, ni de rescisión, ni los demás conceptos que han de ser influidos por la misma en sus aplicaciones y a base de la fecundidad de los principios informadores de dicha Ley. En el Derecho inmobiliario, y señaladamente en la actuación de su importante dispositivo de la fe pública registral, juegan o se emplean conceptos que el Derecho civil proporciona, tales como los de bienes inmuebles, dominio, derechos reales, actos, contratos, negocios jurídicos, testamentos, herencias, legados, resoluciones judiciales o administrativas, acciones o posibilidades de nulidad, anulación, resolución, rescisión, revocación y otros muchos más; pero todos estos conceptos los recibe o encuentra ya elaborados por el Derecho civil general, de suerte que el Derecho inmobiliario registral no hace más que someterlos, bajo su propio punto de vista, a las normas específicas del sistema” (25).

En principio, el concepto de tercero se determina en Derecho civil por oposición al concepto de parte (*vid.* art. 1.257.1: “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”). Si entendemos por parte a todo aquel que queda vinculado mediante la prestación de su consentimiento a un acto o contrato. Entonces son terceros, siguiendo a LACRUZ, “aquellos que no son parte: que no se vinculan en el contrato ni tampoco es asimismo parte en el contrato, quien, sin haber concurrido a él ha heredado a quien lo celebró y, al aceptar la herencia, ha sucedido tanto en los derechos como en las obligaciones de su causante”. Cita el ilustre Profesor una Sentencia de 15 de noviembre de 1982 que dice: “Parte, en el sentido contractual del término, es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta un contrato y, por exclusión, todos aquellos en quienes no concurre esa condición o la de ser heredero de algunos de los sujetos del contrato, tienen con relación al mismo la consideración de

(25) CASTRO, Felicísimo: *Manual de Derecho hipotecario*, pág. 205.

terceros". Y añade LACRUZ: "También suelen citarse entre otros, para mostrar la diferencia entre tercero y parte, los artículos 1.218, 1.219, 1.225, 1.227 y 1.230. Distinguen tales preceptos entre: los que han suscrito como otorgantes el documento (y sus causahabientes) por un lado, y los terceros, por otro; aquéllos son parte y vienen vinculados por sus declaraciones; los terceros no han asumido ningún compromiso y el documento les afecta sólo, en su caso, como un hecho ajeno. El llamado tercero hipotecario, concluye, es algo más, mucho más que un tercero civil pero es también y ante todo un tercero civil" (26).

Para VILLARES PICO es tercero hipotecario sencillamente el tercero civil que haya inscrito su derecho. Por el solo hecho de la inscripción, cumplidos los requisitos de la Ley Hipotecaria, el tercero civil toma la categoría de tercero hipotecario. Con gran precisión, GONZÁLEZ PALOMINO señala: "Nadie es tercero hipotecario. No se 'es' tercero, se 'está' tercero. Tercero hipotecario es el titular inscrito, en su posición defensiva, protegida. Se trata de una calidad accidental o 'modo de estar', no de una calidad intrínseca o 'modo de ser'".

SANZ FERNÁNDEZ opina, creo con gran acierto, que lo que caracteriza al tercero no es su concepto, sino su "situación". De aquí, añade, que no sea posible formular una definición especial del mismo, como lo demuestra la circunstancia de que las intentadas por los autores, o mezclan en el concepto los requisitos de protección del tercero o adolecen de la más absoluta vaguedad. Y esta imposibilidad deriva de la inexistencia de un concepto especial del tercero en Derecho hipotecario. Entiende nuestro autor que el tercero puede estar en alguna de estas *dos situaciones siguientes*: 1.^a) terceros en general ajenos a la relación jurídica y no afectados por ella ni directa ni indirectamente. Estos terceros son los "poenitus extraneus" a que se refiere el preámbulo de la Ley del 44. Para ellos sólo existe, respecto de la relación jurídica, un deber pasivo de abstención o respeto. Cuando esta relación jurídica es de carácter real, estos terceros forman el llamado sujeto pasivo indeterminado del derecho real; 2.^a) terceros que por estar en relación con la cosa misma a que se refiere aquel acto o contrato o relación jurídica real pueden ser afectados por ésta. Así, el tercero que interesa a los efectos hipotecarios es el que, lógicamente, no siendo parte en un acto o contrato constitutivo de un derecho real ha adquirido con posterioridad alguno de estos derechos sobre la misma finca. La exposición de motivos lo precisa igualmente calificando a este tercero de tercer adquirente, lo cual acerca totalmente el concepto al Derecho civil. La idea del adquirente de un derecho real que es tercero

(26) LACRUZ-SANCHO *Elementos. Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pág. 179.

frente a un acto o contrato anterior aparece recogida por el Código Civil en varios artículos, especialmente en el 650 y 1.295 (27).

Pero cabe formularnos, a la definitiva, la siguiente pregunta: ¿Existe un único supuesto de tercero protegido? Hemos visto cómo ROCA SASTRE se refiere al tercero hipotecario como una "pieza" única. Así, este autor considera que sólo entra en juego una sola categoría de tercero en protección. Pero esta respetable posición, y que en cierta medida comparto, no es la que podríamos considerar mayoritaria entre los hipotecaristas que tienden a contemplar dos supuestos distintos de protección: el previsto en el artículo 32 LH (606 CC) y el previsto en el artículo 34 de la LH. Veamos otra vez la letra del 32: "Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a terceros". Y el artículo 34.1: "El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro".

A la vista de la letra y contenido del primero de los artículos citados, el 32 LH, podremos preguntarnos si estamos ante un supuesto distinto de protección. Como digo, ciertos autores (AMORÓS, LA RICA, NÚÑEZ LAGOS, ...) lo creen afirmativamente, puesto que el tercero resulta entonces protegido, aunque no se den todos los requisitos que se exige en el artículo 34 LH. Bastará que un título de dominio u otro derecho real no haya sido inscrito o anotado en el Registro para que tal título sea *inoponible* frente a aquellos terceros que inscriben; es el caso del supuesto del 1.473 del CC de doble venta. El tercero está protegido, aunque no adquiriera su derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, es decir, aunque la inscripción del tercero sea la *primera inscripción* de la finca, o bien aquella inscripción que, roto el tracto, reanuda éste que se interrumpió. Es a partir de aquí cuando un sector doctrinal discute los requisitos que debe reunir el tercero para ser protegido por el artículo 32 LH frente al título no inscrito. Particularmente se cuestiona si está protegido aunque el tercero no sea de buena fe, tal es la opinión de NÚÑEZ LAGOS, y si también está protegido el adquirente de un derecho a título gratuito, criterio con cierto apoyo jurisprudencial con base en la Sentencia de 8 de mayo de 1982.

(27) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 421.

6. LA OPINIÓN DE PEÑA SOBRE EL TERCERO PROTEGIDO

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, frente a la opinión que hoy podemos considerar dominante, opina que, cuando en la LH actual se habla de tercero protegido (no perjudicarán a terceros...), frente a derechos reales no inscritos, se está refiriendo a un mismo concepto de tercero: el tercero protegido con arreglo al artículo 34 LH. Y estas son las razones que aporta el autor citado:

1.^a) “Para conocer los requisitos que ha de reunir el tercero para conseguir la protección del Registro ha de estarse a la LH no sólo por ser Ley ulterior, sino porque así la preceptúa el propio CC. El artículo 606 del CC (que recoge la doctrina del art. 32 LH) ha de conjugarse con el artículo 608 CC, según el cual, para determinar los *efectos* de la inscripción o anotación, se estará a lo dispuesto en la LH. El artículo 1.473 del CC (y también el 1.526), que hace aplicación de la doctrina del artículo 606 del CC ha de conjugarse con el artículo 608 y con el 1.537; según este último *todo lo dispuesto* “se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la LH” (28).

2.^a) Según la exposición de motivos de la Ley de Reforma del 44, “las dudas que... con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de ‘tercero’ han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo

(28) J. M. GARCÍA GARCÍA discrepa de esta argumentación que da PEÑA. Dice textualmente. “En primer lugar, es un argumento ‘reversible’. El artículo 606 no recoge la doctrina del artículo 32, sino la doctrina del antiguo artículo 23 LH de 1861 y es el nuevo artículo 32 de la Ley de 1946 el que recoge la doctrina del artículo 606 del CC. El artículo 608 del CC ha de conjugarse en primer lugar con el artículo 606, que es un precepto específico dentro del propio Código, por lo que si quiere significar algo ha de separarse de la remisión genérica del artículo 606. Pero, además, entendemos que el apoyo exclusivo en el artículo 606 tampoco resuelve nada, pues no remite a la LH. Y en la LH está tanto el artículo 34 como el artículo 32, que son los preceptos que se pretenden interpretar. Por eso, la remisión del artículo 606, tan importante en otros aspectos, no resuelve esta cuestión. En cambio, la existencia autónoma del artículo 606, con contenido específico, significa una posición ‘dualista’ del CC. En cuanto al artículo 1.473 CC, que también cita PEÑA, lo consideramos muy claramente ajeno al artículo 34 y a la fe pública registral, entre otras cosas, porque cuando se promulgó el Código no existía la fe pública registral en el sentido que dio la Ley de 1944-46. Lo que revela el artículo 1.473-2, según hemos visto, es el carácter configurador o cuasi constitutivo de la inscripción, pues es determinante de la ‘adquisición’ del que inscribe frente al que no inscribe (‘pertenece’ dice el precepto) aludiendo además a la inscripción como requisito único sin referirse a los demás requisitos del artículo 34. En cuanto al artículo 1.537 es un precepto importante pero, aparte de remitirse a lo dispuesto en la LH, con lo que nos lleva nuevamente a los artículos 32 y 34 frente a frente y no a uno solo de ellos, hay que tener en cuenta que ese ‘todo lo dispuesto’ (a que se refiere el 1.537) es, ‘todo lo dispuesto en el título de compraventa’, pero no el artículo 606, que conserva su propia autonomía respecto a cualquier interpretación de la LH.” (*Derecho inmobiliario registral e hipotecario*, t. I, Madrid, 1988, pág. 602).

34". En esta reforma de 1944 se suprimió la norma que hoy reproduce el artículo 32 (29) (antiguo 23). La resurrección de la norma en el texto publicado por el Gobierno no puede significar, dadas las limitadas atribuciones concedidas al Gobierno por la Ley de 1944 (disp. adic. 2.^a), tan fundamentales modificaciones sustantivas como pretende la doctrina mencionada. Habiendo dejado de estar vigente, su "reaparición" sólo debe entenderse como una aclaración de la doctrina del artículo 34 LH (juega este artículo no sólo cuando el derecho del otorgante es anulable o resoluble, sino también cuando ya no es dueño o no es ya dueño pleno) (30).

3.^a) El artículo 32 LH (o el 606 CC) no puede ser interpretado aisladamente, sino en conjunción con el sistema. Una interpretación aislada daría como resultado que lo que está prescribiendo el artículo 32 LH es la necesidad de inscripción o anotación para que los títulos puedan perjudicar a tercero, sea adquirente o acreedor y haya o no inscrito). La inscripción a anotación tendría así un cierto carácter constitutivo de la eficacia real. Pero la misma doctrina que se critica exige, para la protección del tercero, requisitos que el artículo 32 LH no contiene: que el tercero sea adquirente de derechos reales y que inscriba su derecho. Pues bien, también resultan exigidos por el sistema los demás requisitos previstos por el artículo 34 LH (31): a) *Necesidad de que el adquirente lo sea de buena fe y a*

(29) Dice LACRUZ, al respecto: "La Comisión redactora (Ley del 44) llena de entusiasmo 'germánico' prescindió de cualquier alusión a la virtualidad del simple hecho de 'refugiarse' el segundo comprador en el Registro, inscribiendo primero, e inspiró la nueva normativa en la única idea de la protección a la apariencia libraria: a quien (se supone) confía en las manifestaciones en orden a la titularidad del bien que adquiere" (*Elementos de Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pág. 168).

(30) J. M. GARCÍA GARCÍA opina textualmente. "Peña parte en segundo lugar de que la Ley de Reforma de 1944 derogó el antiguo artículo 23 LH. Frente a esto hay que decir que la Ley de Reforma del 44 no tuvo como finalidad modificar el CC que recoge ese artículo 23, en el 606. Precisamente por eso, el texto articulado de 1946, basado en la necesidad de armonización de los textos vigentes que exigió la Ley de 1944, salva de la nada, o sea, no lo deroga, sino que lo acepta, al artículo 32, porque estaba vigente a través del artículo 606 del CC, que es un precepto básico y de contenido autónomo en el CC, pues no se remite a la LH. Por tanto, el artículo 32 no es ninguna aclaración del supuesto del artículo 34 de la LH, sino el mantenimiento de la vigencia del artículo 606 del CC y la corroboración de esa vigencia que la LH de 1944 no pretendió derogar (*ob. cit.*, pág. 603).

(31) J. M. GARCÍA GARCÍA vuelve aquí a opinar "a la contra", señalando que: "También aquí nosotros nos situamos en distinta posición que Peña, pues entendemos que precisamente a través de una interpretación sistemática se advierte que el supuesto del artículo 32 no necesita de los requisitos del artículo 34. Ante todo, está la interpretación sistemática en relación con el CC, y concretamente con el artículo 606, que no exige los requisitos del actual artículo 34, porque en la época del Código tampoco se exigían ni existían. Además, está el artículo 1.473 del CC, que sólo exige la inscripción. Pero tan importante como ésta, es la interpretación sistemática del artículo 32 en relación con el artículo 225 y con el 313 de la LH, de lo que se desprende que aquí no estamos ante el supuesto del artículo 34.

título oneroso. Varios de los autores que sostienen la autonomía del concepto de tercero del artículo 32 LH, entienden, sin embargo, que, para que el tercero sea protegido, incluso por el artículo 32, debe ser adquirente de buena fe y a título oneroso. Esta solución coordina con los principios de nuestro sistema, en cuanto a la buena fe, artículo 7 del CC. La exigencia de que el tercero sea adquirente a título oneroso es también lógica; pues no parece justo proteger, en caso de doble enajenación, al adquirente “segundo” y donatario frente al que es primero y comprador (el art. 1.473 del CC sólo prevé el supuesto de doble enajenación a título oneroso); y b) *La necesidad de que el adquirente lo sea de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*. Esta es la cuestión fundamental y se pregunta el autor ¿realmente supone nuestra LH que pueda ser protegido el tercero sin haber adquirido de titular registral? La LH de 1861 no crea un sistema de protección de terceros ajenos al mecanismo del sistema. Sobre la base optimista de que toda la propiedad llegará pronto a estar inmatriculada, la Ley idea la protección del tercero que adquiere “de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo”. Así aparece con claridad en el artículo 69 LH vigente, cuyos términos persisten desde la LH de 1861. El primer adquirente (por ejemplo, primer adquirente comprador en el supuesto del art. 1.473 CC) si no es posible la inscripción por defecto subsanable, pudo pedir la anotación preventiva durante los sesenta días que dura el asiento de presentación. Si no la hace, es hipotéticamente posible que un segundo adquirente (comprador) inscriba su adquisición (proveniente de quien ya no es dueño, pues había vendido al primer adquirente). Pues bien, del artículo 69 LH resulta con toda claridad que no basta una inscripción de inmatriculación para resultar protegido frente al primer comprador (y ya dueño). Para estar protegido es necesario, conforme al artículo 69 LH, que el tercero “haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo”. La idea de que el tercero ha de haber adquirido a su vez de titular registral está también presente en el artículo 40 *in fine* (32).

En cuanto a que de aceptarse la tesis dualista, la inscripción tendría cierto carácter constitutivo de la “eficacia real”, no es sino la conclusión lógica de la teoría que trato de mantener, es decir, la de la inscripción constitutiva respecto a terceros o conformadora de la eficacia real, por lo que aquí estamos ante un resultado aceptado y no ante un argumento que haya de rebatir.

En cuanto a la alusión a que el requisito de la “inscripción”, tampoco la exige el artículo 32, entendemos que se deduce no del artículo 34, sino aparte de los preceptos concordantes (art. 1.473-2 CC, por ejemplo), de la naturaleza de la LH como referida a la propiedad inscrita. La LH no se puede referir, por definición a un tercero que no inscribe, sino al que inscribe, pues sólo con la inscripción entra en el ámbito de la LH (*ob. cit.*, pág. 604).

(32) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.. *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, págs. 597-598.

7. EL CRITERIO DE LACRUZ

He creído oportuno reproducir la opinión al respecto de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que viene a ocupar un lógico espacio crítico al problema de las diferencias entre el artículo 32 y 34 de la LH, señalando en notas consecutivas los juicios que sobre los criterios que aporta PEÑA, tiene GARCÍA GARCÍA que incorpora en su importante obra de *Derecho inmobiliario registral*, citada en notas. LACRUZ en orden al problema, señala el mismo que ha variado su criterio de una edición a otra de su *Derecho inmobiliario registral*. Primero, considera que fue un acierto del legislador del 46 reponer el polémico artículo 32. Dice: "El régimen exclusivo de la 'fe pública registral' es una dieta harto severa en los ordenamientos donde los cambios reales acaecen al margen del Registro y únicamente puede jugar sin fallo en los de inscripción constitutiva. El sistema latino de protección sigue siendo necesario en España como contrapeso a la posibilidad de transferencias extrarregistrales" (33).

Opina el desaparecido profesor que los argumentos de PEÑA le hacen dudar de la solución favorable a la autonomía del artículo 32, que reconoce, defendió en anteriores ediciones. Sin embargo, tampoco le parecen concluyentes y añade "aun siendo cierto que los redactores de la primitiva LH, como los del proyecto del CC de 1851 pensaban en un Registro que recogiera rápidamente el grueso de las fincas del país, por lo cual fueron poco previsores en cuanto a procedimientos de inmatriculación; sin embargo, ello no implica forzosamente que la previa inscripción fuera condicionante de la protección del Registro; no la exige el actual artículo 32, que aparece con mucha anterioridad al 34 y forma un sistema coherente con el resto de la Ley, ni tampoco en su momento el 1.473 del CC. La mayor dificultad que se opone a la autonomía del 32 es, sin duda, su derogación por la Ley de 1944 con reposición ulterior por el DL de 1946. Tal reposición, opina LACRUZ, podría entenderse de dudosa legalidad a la vista de la disposición adicional segunda de la Ley de Reforma, que no autorizaba a revitalizar preceptos derogados; pero se puede justificar por dos vías. La primera, la del artículo 606 CC, que no fue afectado por la Ley del 44 y reproduce el artículo 32: el poder ejecutivo, entonces no hizo sino armonizar ambos textos legales, el CC y la LH, tomando del uno un precepto vigente para hacerlo figurar en la otra con la vigencia que ya tenía. Y la segunda, a través de las máximas de jurisprudencia del Tribunal supremo que los redactores podían incorporar a la Ley.

Señala, por último, LACRUZ que el artículo 69 LH que igualmente en anteriores ediciones de su libro lo consideraba un importante argumento

(33) LACRUZ-SANCHO *Elementos. Derecho inmobiliario registral*, cit., pág. 175.

contrario a la autonomía del 32, opina ahora que se “refiere a un supuesto harto concreto que no podía servir para desvirtuar con seguridad una afirmación basada en los principios generales y la estructura básica de la Ley”. Reconoce, finalmente, que “la jurisprudencia más antigua no parecía favorable a la interpretación del artículo 32 que aquí mantenemos, si bien todo cuanto se puede obtener de ella son afirmaciones circunstanciales y *obiter dicta*. Pero la más moderna, la Sentencia de 8 de mayo de 1982, si acepta la autonomía del citado precepto, incluso en mayor medida que en esta obra” (34).

En conclusión, pese a la censura de los autores de la Ley del 44 y pese a su intento de reducir el concepto de tercero hipotecario al del artículo 32 de dicha Ley y en cierta manera de la vigente, la doctrina hipotecarista permanece dividida en dos sectores muy definidos. Aquellos que defienden que en nuestro sistema hipotecario no hay más tercero que el destinatario de la “fides” pública, el llamado “tercero germánico” definido y normatizado bajo los parámetros del artículo 34 de la Ley. Y aquellos otros que creen firmemente que, además de este tercero, hay y está el destinatario de los preceptos inspirados en el principio de inoponibilidad, que ha sido llamado “tercero latino”. Así han surgido las tesis nominalista y dualista del concepto de tercero hipotecario.

8. PARTICULAR JUICIO CRÍTICO

Particularmente yo me inclino a señalar que nuestro sistema hipotecario responde más bien al criterio dualista o mixto, porque, por una parte, el dominio y otros varios derechos reales se pueden transmitir fuera del Registro sin duda, y se les aplica, en consecuencia, el Código Civil. Por esto mismo existe la posibilidad de que sobre una misma finca existan derechos incompatibles, y para dividir la colisión se establezca un sistema que dé preferencia al titular que al Registro se acoja antes que ningún otro; y este sistema sería aquel que mejor se adapte a la realidad, y es el sistema de transcripción o de prioridad. Pero, por otra parte, está muy claro que en nuestro régimen hipotecario también existe el principio de exactitud registral, la legitimación registral, hoy establecida en el artículo 38 de la Ley (35), la fe pública registral en su aspecto positivo que al servir

(34) LACRUZ-SANCHO, *ob cit.*, pág. 176.

(35) Opina VILLARES PICO que “la legitimación registral está admitida expresamente en la Ley 44-46, en su artículo 38, que dice así: ‘A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo...’. Implícitamente este principio de exactitud ya actuaba, por lo menos en parte, en nuestro sistema ya antes de la Ley

de base al adquirente a título oneroso para decidirse a adquirir la LH le mantiene en su adquisición.

Entiendo que, sin restar importancia al 34, hay que centrarlo en su ámbito propio sin que se trasvase su aplicación al principio de inscripción, en el que, opino, opera únicamente el tercero del artículo 32. El artículo 32 actuó en lo que podíamos llamar "la vida normal del derecho real" y la inscripción representa una característica o elemento más del derecho real en su eficacia *erga omnes*. En cambio, el tercero del artículo 34, con sus cuatro requisitos, opera en los casos de nulidad o resolución y concretamente en el ámbito de las adquisiciones "a non domino" y en el de la inexactitud en sentido estricto (36).

Hoy nuestro régimen se basa en la fe pública registral, que se funda en la integridad y en la exactitud registrales. La integridad es la fe pública registral en su aspecto negativo: lo que no está en el Registro no perjudica a tercero y este aspecto negativo, como ya hemos dicho, encaja perfectamente en el artículo 32 e igualmente en el 37 de la LH. Y así, la fe pública en sentido negativo determina que el dominio, los demás derechos reales y las causas de nulidad o de rescisión si no constan en los asientos del Registro no perjudican al tercero que se acoge a la protección registral. Esta prioridad, unida al principio de exactitud que servirá fundamentalmente para que todo adquirente esté seguro y confiado en los asientos del Registro, imprime a nuestro sistema el carácter de mixto, resultando en cualquier caso, creo, más perfecto que los otros sistemas latinos. En definitiva, la LH previene en varios artículos la seguridad del tercero, pues dicha seguridad no ha estado ni está defendida totalmente en uno solo. Creo que, en verdad, la LH no pudo concentrar en uno o dos artículos solamente *todos los efectos positivos o negativos del contenido del Registro y determinó en varios artículos dichos efectos, expresando cuando éstos favorecen o perjudican a ese titular de la relación inscrita*.

44-46 Además de la exactitud que se presuponía en el artículo 34, en el 31, en el 69, en el 264 (hoy 220), en el tracto sucesivo juega la legitimación dispositiva y lo mismo en la prioridad del artículo 17 en el cual una vez que inscriba o anote el comprador ya el vendedor carece de legitimación dispositiva y se rechaza cualquier otro título que se oponga al que primero se haya presentado" ("La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción", *RCDI*, núm. 453, 1966, pág. 366)

(36) En contra de la opinión de ROCA SASTRE "la inexactitud registral no es un concepto apropiado para el artículo 32 según sus antecedentes y su propio contenido, ya que en el artículo 32 no hay inexactitud, sino que se trata de determinar por medio de la inscripción cuál es el dueño que prevalece, es decir, cuál es el título exacto (*vid.*, al respecto, GARCÍA GARCÍA, J. M.: *El tópico de la inexactitud registral en el principio de la fe pública*, comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Roma, 1982)

9. ARTÍCULOS DE LA LEY HIPOTECARIA QUE HACEN REFERENCIA AL TERCERO

Así, siguiendo a VILLARES PICO, y una vez salvada la contienda dialéctica antes expresada, citaremos para finalizar, y en resumen, los artículos siguientes que hacen referencia al tercero.

El artículo 11 dice: “La expresión del aplazamiento de pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita...”. En consecuencia, el artículo señala cuándo no perjudica a tercero y cuándo sí lo hace.

El artículo 13 establece cuándo los derechos reales limitativos y otras cargas perjudican a tercero y cuándo no. Es decir que cuando no constan en la hoja registral del predio sirviente no perjudican a tercero.

El artículo 15 señala que las menciones a que hace referencia sólo perjudican al tercero hipotecario cuando consten en la inscripción de las respectivas fincas.

El artículo 28 preceptúa que las inscripciones de títulos de herencia o legado que no se practiquen a nombre de herederos forzosos no servirán de base para que los terceros tengan protección registral hasta que hayan transcurrido dos años desde la muerte del causante.

El artículo 31 (cuyo contenido está comprendido en el art. 40) previene que la nulidad de las inscripciones por falta de forma no perjudicarán al tercero protegido por el artículo 34.

El artículo 32 viene a señalar que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados no perjudicarán a tercero, al tercero hipotecario.

El artículo 34 viene a decir que el tercero confiado en el Registro no será perjudicado por las causas que no consten en el mismo.

El artículo 36 viene a decir que el tercero confiado, según el artículo 34, no será perjudicado por la prescripción si adquirió con diligente buena fe, y será, por el contrario, perjudicado si adquirió con falta de buena fe.

El artículo 37 establece que las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito su título, contra tercero simplemente activo o confiado. Expresa varias excepciones.

El artículo 40, en su último párrafo, dice que en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero hipotecario durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.

El artículo 69 establece que aquel que pudiendo pedir anotación preventiva de un derecho dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto no podrá después inscribirlo o anotarlo a su nombre en perjuicio de

tercero que haya inscrito el mismo derecho adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo.

El artículo 76 señala que las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona.

El artículo 97 previene que, cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere. Se presume extinguido en cuanto a tercero.

El artículo 114 indica que, salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

El artículo 115 dice que la ampliación de la hipoteca no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella.

El artículo 116 viene a decir que en cuanto a las pensiones atrasadas de censos se estará a lo establecido en los artículos 114 y 115.

El artículo 120 dice que, fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que, respectivamente, estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, según los artículos anteriores.

El artículo 142 dice que la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surte efecto contra tercero desde su inscripción si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse. Si se tratase de condiciones resolutorias producen efecto contra tercero hasta que conste en el Registro el cumplimiento de la condición.

El artículo 144 establece que toda modificación de una obligación hipotecaria no perjudica a tercero mientras no se haga constar en el Registro.

El artículo 157 hace constar que la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas perjudicarán al tercero teniendo en cuenta los artículos 114 y 115.

El artículo 207 señala que las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a los artículos 205 y 206 no surtirán efecto respecto de terceros hasta que transcurran dos años desde su fecha. Quiere decir este artículo que durante los dos años no perjudican al tercero civil de mejor derecho ni surtirán efecto para que en ellas se base el tercero hipotecario, ni que las mismas inscripciones de inmatriculación producirán efectos de prioridad.

El artículo 220 está comprendido en el artículo 40, o sea, que no

perjudica a tercero que adquiriera basándose en el asiento que luego ha sido rectificado.

Este elenco de artículos de la LH que de alguna manera aluden al tercero, unos hacen referencia a supuestos de títulos o causas que no han tenido acceso al Registro y, en consecuencia, actúa la presunción de integridad que sirve de base al principio de prioridad; son los artículos 11, 13, 15, 32, 37, 69, 97, 115 y 144. Los otros hacen alusión a constancia determinada en el Registro y a la que se sujeta el adquirente, o sea, la presunción de exactitud en la que confía el tercero y que responde al aspecto positivo del contenido del Registro. Son los artículos 31, 34, 36, 40, 76, 114, 116, 120, 142, 207 y 220.

Creo verdaderamente, con VILLARES PICO, que todos estos citados artículos aclaran y apoyan la tesis de que nuestro sistema hipotecario adopta criterios eclécticos, es decir, mixtos, adoptando lo que se cree mejor y más conveniente del sistema alemán y del sistema francés, cuya resultante supone un régimen más perfecto, en nuestra opinión, para el ordenamiento inmobiliario español.

In fine, he procurado en escasas páginas hacer comprender el concepto de tercero cuando lo contemplamos en acción y ante la puesta en juego de dos relaciones jurídicas enfrentadas sobre un mismo inmueble y en el resultado de que el titular de una de ellas será tercero respecto del titular de la otra y en la colisión uno de los titulares se situará en condición preferente si se cobijó en el Registro, de lo que resultará el otro titular perjudicado. Este juego de terceros, uno hipotecario y el otro civil, se nos presenta en la Sentencia de 25 de mayo de 1965, que cita VILLARES PICO, y en la que señala como Ponente a Francisco Bonet Ramón: "Tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a tenor del apartado 2 del artículo 1.473 del CC, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada pertenecerá al comprador de buena fe que antes la haya inscrito en el Registro" (37).

III. DE LA APARIENCIA A LA LEGITIMACION EN LAS SITUACIONES POSESORIAS EN GENERAL

1. APARIENCIA Y POSESIÓN

Sabido es que en Derecho civil puro, en materia inmobiliaria la posesión lleva a adquirir la propiedad después de un largo plazo de treinta

(37) VILLARES PICO, M.: "La polémica...", *cit.*, pág. 377.

años si el poseedor obra de mala fe; el plazo baja de diez a veinte años si opera con buena fe. La duración de estos espacios temporales se basan en el deseo de dejarle al propietario del inmueble, "verus dominus", la posibilidad real de entablar la consiguiente acción reivindicatoria en tiempo útil. Por otra parte, el adquirente de un inmueble tiene además en el generalmente largo curso de las negociaciones de compra de esa finca medios para informarse acerca de los derechos de su "tradens", con lo que nos aventuramos a señalar que la adquisición de un inmueble en transmisión "a non domino" en Derecho civil implica casi siempre por parte del comprador una cierta ligereza de ánimo y previsión.

Pero si esto es así en los inmuebles, no sucede lo mismo en la adquisición mobiliaria. La actividad comercial en la que vivimos multiplican día a día las transacciones mobiliarias, sin espacio para el descanso, no concediéndonos a nosotros, eventuales adquirentes de innumerables mercancías la más remota posibilidad de información en cuanto a los derechos o eventuales titularidades de los enajenantes vendedores. Así, por la fuerza de las cosas y de todo el conglomerado que supone el tráfico económico, debemos sólo asirnos, como único y último remedio, a la "apariencia" que constituye la potestad de nuestro causante o "auctor iuris" sobre la cosa transferida. En la exposición de motivos del proyecto referente a la prescripción al Code Civil Français, BIGOT DE PREAMENEU señalaba enfáticamente: "Ha llegado a estimarse el solo hecho de la posesión como un título: no se cuenta ordinariamente con otro para las cosas muebles. Además, resulta casi siempre imposible verificar su identidad y seguir las en su circulación de mano en mano".

Por otra parte, opina PUIG BRUTAU, que en términos generales hay que reconocer que la posesión de bienes muebles no exige un régimen jurídico distinto del que exige la posesión de bienes raíces. La exigencia sólo se hace sentir cuando se penetra en el terreno de la función de dar "apariencia" a los derechos que desempeña la posesión, esto es, en materia de publicidad, así como en algunas otras cuestiones enlazadas, como las de la prescripción. La legitimación de un derecho por la apariencia, es decir, la apariencia de titularidad de un derecho cuyo estado de hecho traduce el fenómeno posesorio, descansa en una distinta organización de la publicidad de los derechos reales según que recaigan sobre bienes muebles o inmuebles. Respecto a estos últimos, la apariencia de los derechos no está confiada a la apariencia física o situación de relación material en que se halle el titular del derecho y el objeto del mismo, sino que descansa en la organización de la publicidad registral (38).

(38) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, V, I, Barcelona, 1978, pág. 121.

El jurisconsulto francés SALEILLES marcó la diferencia que existe entre uno y otro sistema, al afirmar que: “la posesión es la apariencia, la exteriorización frente a terceros de un derecho presunto. La diferencia con la publicidad resultante con los libros del Registro consiste únicamente en que respecto a los inmuebles esta publicidad se halla reglamentada y organizada, mientras que la posesión es la publicidad en bruto e inorgánica, en su forma elemental y natural, como la vida nos la presenta” (39).

Conviene advertir que al tratar aquí la posesión como manifestación directa de una apariencia legitimadora nos referimos al “señorío de hecho sobre una cosa”, es decir, al “ius possessionis” que tiene una persona, no al ejercicio del contenido de un derecho real llevado a cabo por su titular: el “ius possidendi”. O sea: se hace referencia a la situación de hecho consistente en el ejercicio del contenido de un derecho real por un no titular. El poseedor en concepto de dueño, o sea, el que adquirió derivativa y originariamente la posesión y se manifiesta exteriormente como titular del derecho real de que se trate, tiene una legitimación desde luego, por vía extraordinaria o irregular, para actuar en el tráfico jurídico, puesto que la ley establece la presunción de que posee con justo título, es decir: tiene una apariencia de titularidad en base de la cual el ordenamiento le legitima para obrar en lo que es esfera ajena (art. 448 CC). Por otra parte, sólo el poseedor en concepto de dueño puede usucapir. Ahora bien: donde verdaderamente se manifiesta la protección dispensada al titular aparente es cuando se trata de un poseedor de buena fe, entendiéndose por tal el que, habiendo adquirido la posesión derivativa u originariamente, “ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide” (art. 433 CC). Es la ley la que establece la presunción de la buena fe (art. 434 CC) y este poseedor hará suyos los frutos percibidos mientras no se interrumpa dicha posesión (arts. 451 y sigs.). Más aún, el Derecho positivo, nuestro Código Civil, le concede un derecho de retención (art. 453 CC) y le exonerará de la responsabilidad por deterioro o por pérdida de la cosa poseída (art. 457 CC). La posesión adquirida derivativamente, de buena fe, es base para la usucapción ordinaria y consecuentemente base de la “acción publiciana” gracias a la cual, aun antes de ser verdadero propietario, opina GARCÍA VALDECASAS, “el poseedor se ve asistido de una acción que le permite recobrar la posesión perdida frente a cualquier otro poseedor de inferior condición” (40).

En resumen, es criterio definido por la doctrina que la posesión, especialmente la que se tiene con concepto de dueño y la de buena fe, consti-

(39) SALEILLES *La posesión de bienes muebles*, cit., pág. 103.

(40) GARCÍA VALDECASAS: “La acción publiciana en nuestro Derecho vigente”, *ADC*, 1948, pág. 78

tuyen una situación de hecho en base de la cual su detentador (poseedor o titular aparente), es investido por la Ley de suficiente legitimación (extraordinaria o irregular) para poder realizar, con eficacia, actos de conservación y goce posesorio.

2. APARIENCIA Y LEGITIMACIÓN

En opinión de Juan LADARIA, la teoría de la apariencia jurídica (41) y de la legitimación extraordinaria alcanza el máximo interés en la explicación de la eficacia de los actos de disposición realizados por una persona que no es titular del derecho de que dispone, ni obra tampoco por sustitución, ni como autorizado, ni como representante, etc. de aquélla, es decir, por una persona que no goza de legitimación directa o indirecta para disponer y concretamente en la explicación de las adquisiciones "a non domino". Cuando el detentador de una situación posesoria (en sentido amplio) o registral realiza un acto de disposición, ¿cuál debe ser la eficacia de este acto para cuya realización no está legitimado directa o indirectamente su autor? Caben, según el autor citado, dos soluciones radicales: *a)* declarar la ineficacia (o la invalidez, en su caso) del acto dispositivo; *b)* declararlo ineficaz *erga omnes*. En el primer caso prevalece la seguridad de los derechos subjetivos; en el segundo, predomina la del tráfico y la protección de la buena fe. En los ordenamientos jurídicos modernos se admite, en determinados casos, que constituyen excepciones del sistema prevalentemente acogido por el Derecho romano, la eficacia de los actos de disposición realizados por el titular aparente (legitimación extraordinaria para disponer). Cuando se trata de un acto traslativo existirá una adquisición "a non domino" (42), es decir, realizada contra la regla "nemo plus iura in alium trasferre potest quan ipse haber" (nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene), cuyo valor absoluto

(41) La primera nota definidora de la apariencia la señala BÉRGAMO, y son "los actos realizados por una persona 'engañada' por una situación jurídica que es contraria a la realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera, son definitivos y oponibles como lo serán los actos fundados en situaciones absolutamente regulares".

(42) Sabemos que en un sentido propio "dominus" es el titular del derecho. En la doctrina se habla de "no dominus" sin embargo para designar al que no es titular ni obra sustituyendo o representando al dominus ni en virtud de autorización conferida por éste, es decir, para designar al que actúa sin legitimación directa o indirecta (vid. MENGONI *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1975, pág. 58). Las adquisiciones "a non domino" constituyen actos sobre el patrimonio ajeno que sólo serán eficaces cuando el transferente esté legitimado extraordinariamente para disponer (vid. SACCO *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato*, Torino, 1949, pág. 166).

obviamente está en crisis. A tal respecto, dijo CARNELUTTI, citado por nuestro autor, "las necesidades del tráfico han producido este milagro y los juristas deben saber explicarlo, y se pregunta: ¿Es posible dar una explicación técnica unitaria de la eficacia de los actos de disposición llevados a cabo por el titular aparente? Y añade: a nuestro juicio, tal explicación viene dada por la teoría de la legitimación, el titular aparente no tiene un derecho ni un poder de disposición, dice ENNECERUS, la eficacia de sus actos, observa MENGONI, sólo puede explicarse por la posición de la apariencia del mismo disponente. La función técnico-jurídica asumida por la apariencia de derecho de que está investido el *non dominus*, se traduce, en favor de tercero, en una revalorización del acto dispositivo que de lo contrario sería ineficaz; y surge de reflejo para el "non dominus" en cuanto titular aparente, la posibilidad de disponer eficazmente del derecho ajeno (43). No se trata de una simple "posibilidad material", como pretende VON TUHR, ni de una "legitimación aparente", que supone una "posibilidad de hecho", como indica MENGONI. El titular aparente, en los casos que así lo determina el ordenamiento jurídico, tiene una verdadera legitimación extraordinaria para disponer, gozando del poder jurídico necesario para realizar los actos de disposición sobre la esfera jurídica ajena. El fundamento de su legitimación para disponer es la apariencia de titularidad de que está investido. Que el acto de disposición del titular aparente pueda ser ilícito no impide afirmar que dicho "non dominus" goza de una verdadera legitimación que explica la eficacia de sus actos dispositivos sobre la esfera jurídica ajena (44).

3. LA APARIENCIA JURÍDICA COMO PRINCIPIO

Por último, cabe hacernos una pregunta, cuestión que la doctrina ya se plantea de antaño, ¿verdaderamente existe un principio general sobre la apariencia jurídica? ¿Los casos en los cuales la apariencia prevalece sobre la realidad jurídica pueden formar una regla unitaria y compacta, un principio general con propia unidad y autonomía? ¿O estamos ante situaciones, supuestos aislados frente a la realidad palpable de que el Derecho sólo está para tutelar realidades y no apariencias? Estas preguntas las formula HERNÁNDEZ GIL con la precisión y agudeza que le caracteriza (45).

(43) MENGONI, L., *ob. cit.*, pág. 318.

(44) *Vid* LADARIA, J. *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pág. 140.

(45) HERNÁNDEZ GIL, A., "De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil", *RDP*, 1945, pág. 424

Nosotros no queremos tomar posiciones ni sumarnos a criterios inmutables, sólo decir que en el mundo del Derecho vivo hay situaciones envueltas en el velo de la apariencia que necesitan ser defendidas, pues en ellas está la confianza en el tráfico jurídico del ciudadano de a pie, de ese tercero de absoluta buena fe que “usa” en el comercio diario una honesta diligencia. Obvio es decir que este criterio es el que podríamos bautizar como “germánico”, aunque tuvo amplio eco en la doctrina francesa e italiana. BETTI afirmó que “la teoría de la apariencia requiere una situación por la cual, quien ha confiado razonablemente en una determinada manifestación jurídica y se ha conducido conforme a ella, tiene derecho a contar con tal manifestación aunque no corresponda a la realidad” (46).

Otros, por el contrario, niegan no con cierta razón la existencia de un principio general que avale la apariencia jurídica, lo hacen autores de peso como CICU, CORRADO o MENGONI (47). Opinan (y me sumo a su buen criterio) que los casos en que la apariencia prevalece sobre la realidad son más bien excepcionales, en cierto modo escasos, que en definitiva estamos ante un concepto que informa algunas hipótesis singulares que reconducidas por la vía de la teoría de la legitimación extraordinaria harán necesariamente posible que los actos realizados por el titular o representante aparente sean eficaces, pues el Derecho *necesita* esa confianza, aunque obviamente esto no implique la existencia doctrinal de un principio general de la apariencia que desbordaría la cuestión, pudiendo ser incluso peligroso desde el punto de vista jurídico.

IV. SOBRE UN CONTROVERTIDO MODO DE ADQUIRIR. LA CATEGORIA JURIDICA DE LAS ADQUISICIONES “A NON DOMINO”

1. PLANTEAMIENTO DOCTRINAL

Opina gran parte de la doctrina que no puede hablarse en términos históricos de origen de la adquisición “a non domino”, porque éste es un concepto más bien de elaboración tardía. En todo caso, podría hablarse de precedentes de las diversas figuras que han sido causa formativa de dicho concepto. Pues bien, antes de enfocar el problema principal que me ocupará este trabajo, quiero situar en vía de principios, la cuestión de las llamadas adquisiciones “a non domino” en general, dejando, eso sí, bien

(46) BETTI *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pág. 125.

(47) CICU *Le successioni. Parte generale*, Milano, 1947, pág. 93, CORRADO *La pubblicità nel Diritto privato*, Torino, 1947, pág. 33; MENGONI *Gli acquisti ...*, cit., pág. 77.

claro que sólo trato de reconducir mi estudio hacia ese efecto del artículo 34 LH. Jamás será mi pretensión profundizar en este “controvertido modo de adquirir”, pues rebasa el marco de mis intenciones el examinar, tanto el origen de las aludidas figuras concretas (pues ello nos llevaría al estudio de los precedentes de la simulación, revocación del mandato y poder, heredero aparente, usucapión, etc.) como toda la teoría germanista en orden a la naturaleza jurídica de esta forma adquisitiva y sus repercusiones en el Derecho español. Por demás, ilustres tratadistas ya ocuparon su tiempo en ello, a la vista está la abundante bibliografía sobre el tema (48).

En vía de principios, la transmisión de la propiedad en virtud de negocio jurídico, presupone que el enajenante posea el derecho que pretende transmitir o, en todo caso, que esté facultado para disponer de él. Así, en toda la transmisión por vía derivativa será necesario basar el derecho de adquisición en el derecho del precedente titular, que siempre lo condiciona. En las adquisiciones derivativas y como una consecuencia de su propia naturaleza, se aplica la regla clásica de que nadie puede transmitir a otros más derecho de los que tiene (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*). Es así que el derecho del enajenante se transmite al adquirente con todas las ventajas y a la vez defectos con que lo disfrutara el tradens. Si, consiguientemente, el derecho del “auctor iuris” fuera precario y resoluble, igualmente será precario y resoluble el derecho del causahabiente o “sucesor” (*resolutio iure concedentes resolvitur ius concessum*), por todo lo cual sólo cabía la posibilidad de adquirir válidamente la propiedad “a vero domino”, es decir, de quien sea o fuese verdadero propietario. Pero nos dice LEHMANN que el ordenamiento jurídico no es un mero resultado de la lógica. Sus conceptos son reglas, son medios para la mejor reglamentación de las relaciones de la vida y del

(48) GONZÁLEZ, M.: *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979; AMORÓS, M. “La protección al comprador de buena fe”, *ADC*, 1972; DÍEZ DEL CORRAL “La adquisición ‘a non domino’ de bienes muebles”, *ADC*, 1972, DÍEZ-PICAZO, L.: “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, *ADC*, 1966; FONT BOIX “La adquisición ‘a non domino’”, *RCDI*, 1967, FUENTES PÉREZ “Coordinación del artículo 464 con los artículos 1.955 y 1.962, todos del Código Civil”, *RCDI*, 1960; HERNÁNDEZ GIL “El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 de Código Civil y una posible interpretación de privación ilegal” *RDP*, 1944; del mismo autor, “De nuevo sobre el 464 del Código Civil”, *RDP*, 1945, y *Nuevas perspectivas para la interpretación del 464 del Código Civil*, discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976; IGLESIAS ATOCHA *Sobre la interpretación romanística y germanística del 464*, Foro Gallego, 1851; IHERING. *Teoría de la posesión, el fundamento de la protección posesoria*, trad. Posada, Madrid, 1982; MARTÍNEZ CALCERRADA “Adquisición de la posesión de bienes muebles del artículo 464 CC”, *RDP*, 1967; VALLET DE GOYTISOLO Varios estudios en su obra recopilada *Estudios de derecho de cosas*, Madrid, 1972. La bibliografía extranjera es muy amplia, siendo clásicos los estudios de MENGONI, FERRI, GENTILE, MORITTU, MAIORCA, SALEILLES y un nutrido grupo de autores alemanes.

tráfico. En el tráfico no siempre es posible al individuo investigar en la esencia de las cosas y debe atenerse normalmente a su apariencia externa y confiar en ella. La seguridad del tráfico quedaría muy perjudicada si esta confianza no encontrase protección. Ello debe tenerlo en consideración el ordenamiento jurídico y, en determinadas circunstancias, hará prevalecer la apariencia sobre la existencia. La cuestión radica en saber en qué medida ha de protegerse la confianza en estos supuestos de hecho extremos (49).

Estamos ante un problema de política legislativa cuando se trata de adquisiciones "a non domino" que imponen al legislador dar preferencia a la seguridad del tráfico jurídico sobre la seguridad del derecho subjetivo. El fundamento político, de este controvertido modo de adquirir en el régimen inmobiliario, radicará siempre en el interés público de la seguridad del tráfico jurídico en detrimento, las más de las veces, de intereses individuales o particulares. Así lo cree MENGONI, al señalar que el problema de la protección de los intereses del adquirente de quien no estaba legitimado para disponer es de índole de política legislativa, pues implica resolver el conflicto de intereses conexos con el acto de disposición del no legitimado, contemporizando la exigencia de la tutela del *dominus*, que no quiere verse despojado del derecho, con la exigencia de la tutela de la expectativa del tercer adquirente de buena fe y, en general, de la seguridad del tráfico (50).

2. EL DERECHO ROMANO

Según WOLFF (51), en el Derecho romano no alcanzaba la propiedad de las cosas aquel que adquiría "a non domino", y de nada le servía haber creído sin culpa que su enajenante era propietario. En este caso tenía, sin excusa alguna, que resituír aquello adquirido al que era el "vero domino", pues la máxima "ubi rem meam invenio ibi vindico" (el propietario puede reivindicar la cosa de cualquier detentador que la posea), era una realidad tangible. Según el romanista SCHULZ, en el Derecho romano clásico, cuando un no propietario enajenaba una cosa sin el consentimiento del dueño de la misma, el accipiens, aunque fuese de buena fe, no adquiría el dominio de la cosa, pues la protección de su "bona fides" hubiera implicado una verdadera *expropiación* a cargo del dueño de la cosa. Los juristas clásicos no creyeron procedente discutir la cuestión de si protegiendo la buena fe

(49) LEHMANN *Tratado de Derecho civil*, I, Madrid, 1956, pág. 203.

(50) MENGONI "Gli acquisti...", *cit.*, pág. 243.

(51) WOLFF, M.: *Derecho de cosas*, t. III, vol. I, 3.^a edic. a cargo de P. Brutau, Barcelona, 1970, pág. 448.

del accipiente se fomentaba la seguridad del comercio, pues lo que les interesaba en realidad no era esta seguridad, sino la de los *derechos*. Así pues, el propietario podía demandar al “possessor bona fide” mediante la “reivindicatio” y éste no podía ni siquiera reclamar del actor el precio que había satisfecho por la cosa (52). El acto de disposición llevado a cabo por un “non dominus” sólo, excepcionalmente, en Derecho romano, era apto para producir la adquisición del derecho, cuando el adquirente entraba en la posesión de la cosa y dentro de los concretos términos de la usucapión. Ello suponía la exigencia de buena fe, justo título y posesión continuada durante cierto tiempo, si bien breve: dos años para los fundos y uno para las cosas muebles.

En principio, la usucapión del período clásico fue una regla procesal introducida en la Ley de las XII Tabas. Se consideraba que, transcurrido un año o dos, según casos, el poseedor demandado en juicio por el dueño, podía limitarse a afirmar que la cosa era suya sin necesidad de indicar la causa ni la persona de quien había adquirido la cosa. Ahora bien, si se trataba de algo mueble, el actor podría replicar demostrando que el demandado había robado la cosa, ya que la regla en las XII Tabas no servía para el que había robado. La verdad es que en la práctica, esta norma procesal perseguía sanar el defecto de poder de disposición por parte del transferente “non dominus”. Con el tiempo, y la evolución del pensamiento jurídico, dicha regla se transformó en un principio de Derecho material, es decir, la posesión fue considerada como un modo de adquirir la propiedad. Con la citada transformación, respecto de los bienes muebles, se produjo un recorte a la regla general en varios sentidos. Primero fue a partir de la Lex Atinia (finales del siglo III a.C.) que vino a excluir toda posibilidad de usucapir “res furtive”. Así, ante la situación de hurto, por ejemplo, sólo cabía la devolución de la cosa hurtada a su propietario. Segundo, el reivindicante no tenía ya necesidad de demostrar que el demandado le había hurtado o robado esa cosa, simplemente le era bastante en su demanda, demostrar la sustracción de la cosa mientras que el demandado debía, en tal caso, expresar la causa de la posesión y quién había sido su tradens. De esta forma, y aunque el Derecho de Roma, por principio, no admitiera las adquisiciones “a non domino” (53), éstas quedaron fuera de

(52) SCHULZ *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, pág. 232.

(53) Sin embargo, hay autores que no ven tan clara la inexistencia de las adquisiciones “a non domino” en Derecho romano. HERNÁNDEZ GIL señala que se llegaron a admitir cuando provenían del príncipe y sobre todo hay que admitir que en materia de adquisiciones a heredero aparente se producía una propia y verdadera adquisición *a non domino*. El *Digesto* señala que el acreedor pignoraticio podía enajenar la prenda con la finalidad de resarcirse en su crédito de tal forma que, sin ser verdadero dueño, transformaba al adquirente en propietario.

posible usucapción cuando las cosas salían del patrimonio del dominus y de su posesión, contra su voluntad. La no adquisición de lo robado era paralelo en Roma a su imprescriptibilidad.

La norma de la Lex Atinia, con el tiempo, se amplía, no limitándose sólo a aquello perdido contra la voluntad del dominus. Así pues, llegó a abarcar posteriormente a todo aquello que fuese hurtado y a las cosas que habían sido enajenadas de mala fe por arrendatarios, comodatarios..., es decir, por aquel o aquellos que por cualquier título la habían recibido del propietario. Así se parte de la mera ficción y se reconoce, en consecuencia, que no se ha producido una sustracción de la cosa al control del dueño; sin embargo, el detentador cometía delito por abuso de confianza del dominus y vicia la posesión del tercero y de los eventuales subadquirentes como si la cosa proviniera siempre de hurto (*vid.* TRIFONINO D. 26,7,55,1). En todo caso, la Lex Atinia supuso un reforzamiento claro de la protección dominical. La usucapción anual de las cosas muebles, como modo de adquisición "a non domino", se reduce a un fenómeno marginal que sólo podía verificarse en las poco frecuentes situaciones de enajenación por parte del detentador de buena fe (54).

Sirva de epílogo el señalar que en Roma se tomó partido decididamente en favor del "verus dominus", sacrificando las más de las veces el interés del tercero de buena fe (sólo compensado en ciertos casos con la "usucapción corta"), según LEHMANN en el Derecho romano se adoptó la posición de dar prevalencia a la realidad jurídica sobre la apariencia, defendiéndose que sólo el verdadero titular del derecho podía disponer del mismo, de suerte que, sin distinción de bienes muebles o inmuebles, imperaba la regla de la reivindicabilidad incondicionada (55).

3. DERECHOS GERMÁNICOS

En el largo período medieval, donde ya los Derechos germánicos respondían a una entidad propia y definida, se mantuvo igual principio que en la vieja Roma en cuanto a las cosas que hubiesen salido de la posesión sin voluntad del poseedor y, muy particularmente, aquellas cosas perdidas o robadas, situaciones en las que el desposeído podía exigir siempre e incluso del tercero adquirente su restitución. O sea: la acción de defensa de la "Gewere" ("una relación exterior de la persona con la cosa" def. O.

(54) GAYO trae como ejemplo de lo dicho el caso del heredero del depositario que enajena de buena fe la cosa que ignoraba había sido recibida en depósito por el "de cuius".

(55) LEHMANN *Tratado de Derecho civil*, I, Madrid, 1956.

GIERKE) atendía a igual fin que la “reivindicatio”, recuperar la posesión de la cosa a los que perdieron su “Gewere” involuntariamente (casos de pérdida, hurto y robo). Ahora bien: hasta aquí se llegaba y nada más, porque el tercer adquirente de cosa en que no se daban los tres supuestos apuntados, desde el momento en que recibía dicha cosa del tradens enajenante —arrendatario, comodatario, depositario, etc.—, si bien no adquiría la propiedad “ipso iure”, alcanzaba una posesión inatacable. Y precisamente porque no era perseguible mediante la acción de defensa de la “Gewere”, dado el carácter voluntario de la pérdida de la posesión por parte del anterior propietario, y esto independientemente de la buena o mala fe del tercero, es decir, aunque el tercero conociera el abuso de confianza cometido por el enajenante.

Como hemos podido observar, esta distinción entre pérdida voluntaria y no voluntaria tiene en los Derechos germánicos diferente sentido y razón que en el Derecho romano. En éste, y bajo los auspicios de la Lex Atinia, supone un límite a la tutela del tercero de buena fe y a su defensa. Para los Derechos germánicos la distinción constituye desde su origen un límite a la tutela del propietario contra el tercer poseedor, aunque operasen con ausencia de buena fe, pues era irrelevante. Y éste fue el sentido de los viejos brocardos alemanes: “*Wo du deine Glauben gelassen hast da sollst du ihn suchen*” (donde hayas dejado tu confianza allí la has de buscar) y la conocida “*Han whare Hand*” (que la mano guarde a la mano) y el brocardo francés “*meubles n'ont pas de suite*” o en la frase “*mobilia non habent secuelas*”. Ello supone, según señaló Dusi, que “la confianza y la garantía que es consecuencia de ella, actúan solamente en las relaciones entre el que da y el que recibe, entre la mano que da y aquella que recibe; pero no contra el tercer poseedor, a cuyas manos haya pasado la cosa cuando sea de buena fe, esto es, cuando excusablemente ignorase la relación precedente” (56). En cualquier caso, las citadas máximas o brocardos hay que valorarlas con cautela y no como principios dogmáticos. Los resultados de la investigación histórica son desmitificadores, hoy se opina que nunca justificaron por sí solos auténticas adquisiciones “a non domino” (57).

(56) DUSI *Instituzioni di Diritto Civile*, vol. I, pág. 299.

(57) José María MIQUEL dice al respecto “en los llamados Derechos populares germánicos parece muy dudosa la vigencia del principio ‘Hand wahre Hand’ Desde hace mucho tiempo se ha reconocido por la opinión dominante que las *Leges Visigotorum* (también el en Código de Eurico) y *Baiuwarorum* otorgaban al propietario una acción contra el tercer adquirente y no sólo en el caso de cosas hurtadas. Esta es también una opinión muy difundida respecto de la *Lex Ribuaria*. Pero la doctrina dominante ha afirmado la especialidad de esta regulación y la ha reconducido al influjo del Derecho romano. De este modo, han quedado estas fuentes desvalorizadas para la discusión del

En consecuencia, el propietario dueño que quería reclamar su cosa no podía alegar la violación del abstracto derecho dominical que ostentaba, sino la pérdida de la relación material sobre dicha cosa contra su propia voluntad, es decir: la violación ilegítima de la "Gewere". Ahora bien, sabemos que en los Derechos germánicos no se admitió la posesión por medio de otro, una "reversio" sólo podía darse por parte de aquel que robó, hurtó o encontró aquello perdido, pero, repito, el dominus que había entregado lo suyo en depósito, arrendamiento o comodato no podría aducir frente al tecer poseedor el abuso de confianza de que hubiera sido víctima, ya que él, si sólo él, había sido responsable voluntario de su "Gewere" (58).

4. EL IMPACTO DE LA RECEPCIÓN

El importante fenómeno de la recepción del *ius romanorum* en el área de los Derechos germánicos agilizó los principios de la vieja "Gewere" en su traspaso del Derecho moderno, haciéndola más favorable y adaptable a las necesidades del tráfico jurídico. Desde luego, se mantiene inmutable para los muebles la distinción germánica entre pérdida involuntaria o voluntaria de la posesión, o sea: no se recepcionó el amplio concepto del hurto en Roma, que prácticamente hacía irrelevante el sistema por el que el propietario perdía la cosa. Sí, en cambio, se mantuvo el criterio romano de distinguir entre propiedad y posesión, otorgando a la primera la correspondiente acción reivindicatoria con independencia de la posesión. Si consecuentemente, se producía una pérdida voluntaria de la posesión, al propietario sólo se le admitía la reivindicatoria contra el tercer poseedor adquirente "a non domino" y siempre que actuara de mala fe.

Donde verdaderamente se sitúan diferencias entre el criterio germánico y el latino es en materia de inmuebles. SALEILLES, citado por CASTÁN, señaló que el origen y consecuente diferencia del régimen inmobiliario alemán estuvo en el antiguo Derecho feudal, qué no admitía se pudiera

problema de si el principio "HwH" existió o no en las leyes de los pueblos germánicos redactadas en los siglos inmediatos a la caída de Roma. Aparecen así decisivos los testimonios de las restantes fuentes, en especial la Lex Salica y las diferentes de los reyes longobardos (Rotario Liutprando, sobre todo), pues el resto no contiene disposiciones de las que quepa deducir nada seguro" (MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979, pág. 25).

(58) Del estatuto de la ciudad de Viena (formulario judicial, art. 78) se desprende que no bastaba que el actor afirmase: "esto es mío", sino que debía alegar que "la cosa era suya y le había sido robada". Así, sólo el que perdía la cosa en estas circunstancias podía ser reintegrado de la "Gewere", derecho que subsistía frente a cualquier poseedor, fuese de buena o mala fe.

llegar a ser propietario de un inmueble sin una entrega solemne de la posesión, llamada vestidura o "Auflassung", que era una especie de cesión judicial. Como desenvolvimiento de la "Auflassung" penetró, en la legislación de casi todos los estados alemanes, un sistema de publicidad que consistía en la participación de un oficial judicial en el acto de la transmisión y la inscripción del mismo en los registros de la propiedad inmueble (59). También leemos en WOLFF y RAISER "después de la recepción, el principio romano llegó a ser derecho común y subsistió hasta 1900". Pero en muchos derechos particulares se conservó el "principio jurídico alemán" (Hamburgo, Rostock, Derecho austríaco...), aunque en la mayor parte de ellos, con dos modificaciones: a) bajo la influencia de los principios romanos sobre la usucapión, la protección del tercero adquirente se condicionó a su buena fe (la adquisición "a non domino" aparece a veces propiamente como una usucapión sin plazo. Razón por la que muchas veces se exige, además de la "bona fides", un título de usucapión. b) La exclusión de la acción posesoria sobre muebles se transformó en pérdida de la propiedad, la posesión inatacable del adquirente se elevó para convertirse en propiedad. La distinción que el Derecho germánico establecía entre cosas extraviadas y cosas abandonadas voluntariamente se mantuvo sobre todo en el Derecho francés (60). En algunos Derechos medievales el que en el mercado público había comprado una cosa robada estaba obligado a devolverla a su dueño, pero también le asistía el derecho a exigirle la restitución del precio pagado al vendedor. Esto fue entendido y llamado "derecho de rescate", que vino a favorecer el tráfico de mercados y ferias (61).

Según LACRUZ: "El instituto de los libros registrales, que se había desarrollado en regiones aisladas del centro de Europa, continuó extendiéndose lentamente durante la edad moderna dentro de ese mismo ámbito geográfico. Había corrido un grave riesgo a la recepción del Derecho romano cuyo sistema de clandestinidad y de aplicación incondicionada de la regla 'nemo plus iuris' era opuesto a la garantía que presta la inscripción del adquirente, pero en este punto la gran parte de los numerosos Derechos 'particulares' de reinos, principados y ciudades, hicieron excepción al sistema romano, conservando tal garantía o, donde cedieron a los principios romanistas, volviendo al sistema de publicidad registral en el que introdu-

(59) CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. I, Madrid, 1987, pág. 282.

(60) WOLFF, M.: *Derecho de cosas*, vol. I, trad. Pérez González y Alguer, Barcelona, 1971, pág. 449.

(61) Un privilegio de rescate correlativo existía —según el Derecho talmudiano— a favor de los compradores judíos aunque no hubieran comprado la cosa robada en mercado abierto.

cen y mejoran las leyes hipotecarias, de moderna técnica, promulgadas en el siglo XVIII y finalmente en el XIX en territorios que actualmente forman parte de Alemania y Austria y en diversos cantones suizos" (62).

Fue así, con la referida aparición de los libros registrales, la potenciación de la "Auflassung" que actúa vinculada a la inscripción y con el principio de consentimiento, se llega a dar al Registro su valor constitutivo en la adquisición de derechos registrales que hizo perfectamente posible la adquisición "o non domino". Por otro lado, en los países latinos la protección del adquirente "a non domino" se sigue manteniendo dentro de los límites de la usucapión que presupone transcurso de tiempo y por ello no implica auténtica adquisición "a non domino", según lo que por ella entendemos.

5. CODIFICACIÓN

El movimiento codificador aceptó en la letra de sus códigos el principio de la no reivindicación de las cosas muebles frente al tercer poseedor de buena fe, principio formulado en términos de derecho sustantivo y consecuentemente como modo de adquirir el dominio. En el Derecho francés anterior al Código de Napoleón se considera a la posesión prolongada durante cierto tiempo, equivalente al título. Según explica VALLET DE GOYTISOLO, citado por DÍEZ-PICAZO, en el Derecho francés, durante el siglo XVII, la práctica judicial y la doctrina jurídica reaccionaron contra una ilimitada reivindicación mobiliaria, con el fin de asegurar el comercio jurídico. El primer paso de esta reacción, señala VALLET, fue reconocer que los que compran una cosa en un mercado y en una venta pública no pueden ser sometidos a una acción reivindicatoria, a menos que el reivindicante satisfaga el precio que ellos hubiesen pagado por la cosa (derecho de rescate). Continuando dentro de la misma línea durante el siglo XVIII, la práctica y la doctrina francesas consagraron la regla según la cual "possession vaut titre" (63).

Por otra parte, el principio de que una posesión determinada equivalga al título es cosa antigua, así opina SCHUPFER, que la prescripción inmemorial no exige el título porque ella misma lo suple y, por tanto, no hay necesidad de alegarlo ni probarlo (64). El vigente artículo 2.279 del Code

(62) LACRUZ-SANCHO *Elementos...*, "Derecho inmobiliario registral", Barcelona, 1984, pág. 24.

(63) VALLET DE GOYTISOLO "La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464", *ADC*, 1956, pág. 361.

(64) SCHUPFER En *Digesto Italiano* voz "Ab Inmemorabili". Este autor cita a

dice "en fait de meubles possession vaut titre" (65). La opinión general de los autores galos ha entendido que esta fórmula significa que la posesión tiene claro valor de título adquisitivo del dominio (66). Si bien, también hay criterios opuestos que ponen en duda esta interpretación. SAVATIER y AUBRY et RAU consideran categóricamente que el 2.279 del Code, más que título de propiedad, consagra una "presunción de propiedad", pero como admite el primero: dispensa de la prueba de la propiedad equivale prácticamente a una adquisición de ella (67). Por otro lado, el Code no pide que el adquirente actúe de buena fe, pero la doctrina, por aplicación interpretativa del artículo 1.141, ha considerado oportuno su exigencia (el citado artículo contiene la reserva expresa de la buena fe de tercero). En cambio, los civilistas galos han negado reiteradamente que sea requisito esencial el justo título, pues opinan que la protección se concede al poseedor de buena fe, aunque su título no observe las debidas exigencias y esté viciado.

El Código italiano de 1865 copió, en su artículo 707, el contenido del 2.279 francés, si bien con una rectificación interesante, ya que no sólo incluyó en el texto legal el requisito de buena fe, sino también el de justo título. Y este criterio ha sido el adoptado por el vigente Código del 42, cuyo artículo 1.153 dice: "Aquel a quien son enajenados los bienes muebles por parte de quien no es propietario adquiere la propiedad mediante la posesión siempre que esté en buena fe en el momento de la entrega y tenga un título idóneo para el transferimiento de la propiedad" (68).

Obvio es decir que el BGB alemán consagra la adquisición "a non

Pablo de Castro, que defiende en la posesión inmemorial que el título se presume "etiamsi non allegetur" y esta presunción es "iuris et de iure".

(65) Esta regla, se dice, proviene de un viejo aforismo recogido por BOURJON en su obra *Le droit dotoummier de la France*, publicada en 1747. Mitchell FRANKLIN, citado por PUIG BRUTAU, afirma que este artículo es el más importante del Código francés y que protege la seguridad de las transacciones en bienes muebles, por lo que es una norma adecuada a las necesidades de una sociedad predominantemente comercial y en la que domina en alto grado la división del trabajo. Pero, como añade el autor, su colocación en el Código y, sobre todo, su elíptica redacción, suscitan grandes dudas. Es uno de los últimos preceptos del Código francés (el antepenúltimo) y está situado entre los artículos que regulan la prescripción. Esta clasificación, sin duda alguna, ha influido en la concepción romanista de que se trataba de una prescripción instantánea. Pero el artículo 2.279 no es de stirpe romana y no hay por qué torturarlo para que encaje en conceptos romanizados (FRANKLIN, M.: "Security of Acquisition and of Transaction", en *Tulane Law Review*, VI, 4, 1932).

(66) MENGONI ha expresado claramente la función que la equivalencia al título tiene la posesión en la reivindicación mobiliaria en el siglo XVIII francés ("Gli acquisti", *ob. cit.*, pág. 62).

(67) SAVATIER *Cours de Droit Civil*, I, 2.^a edic., París, 1947, pág. 123.

(68) Artículo 1.153: "Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purchè sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al transferimento della proprietà".

domino” respecto de muebles en su artículo 932, el cual dice que: “el adquirente se hace propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante a no saber que él —el adquirente— no esté de buena fe en el tiempo en que, según estas disposiciones, adquiriría la propiedad”. El BGB otorga a la posesión de bienes muebles —no de inmuebles— el valor de una presunción de propiedad que, por consiguiente, legitima al poseedor como propietario a efectos de prueba en su favor. Así lo establece el 1.006: “Se presume en favor del poseedor de una cosa mueble que es propietario de ella. Esto no rige, sin embargo, frente a un poseedor anterior al que le haya sido hurtada la cosa o la haya perdido o se le haya extraviado de otra manera, excepto cuando se trate de dinero o títulos al portador” (69). En el Derecho francés no existe un texto legal que establezca una presunción de propiedad a partir de la posesión. Si bien la doctrina la admite tratándose de inmuebles, en muebles, como sabemos, rige el 2.279 con una función probatoria más fuerte.

Lógicamente, el Código alemán de 1894-1900 no pudo ser tenido en cuenta por nuestro legislador, y aunque se dice circularon borradores y posibles proyectos parciales, lo cierto es que el legislador español en nada se fijó en ellos (¿tal vez por no entender su tecnicismo?). Donde sí actuó la virtualidad de los principios germánicos posesorios fue en el área anglosajona, pues el Derecho inglés conoció en determinados casos situaciones concretas de adquisiciones de la propiedad “a non domino” como, por ejemplo, respecto al dinero, billetes del Banco de Inglaterra, “negotiable instruments” (especialmente títulos pecuniarios al portador, cheques) o las compras en “mercado abierto” (in market over) siempre que no se trate de algo robado, en buena lógica. También se adquiere la propiedad si la enajenación la hace un “agente mercantil” o un comisionista en cuyo poder estuvieran las cosas por voluntad del dueño; la protección también se hace posible al que adquiere de un transmitente cuyo título fuese anulable, pero sin haberse producido ya la anulación. También al segundo comprador de un vendedor que haya continuado en la posesión de las cosas (o documentos relativos a las mismas) y al adquirente de un comprador que no podía disponer por existir algún derecho reservado al vendedor.

(69) Estas presunciones regulan la prueba del dominio sobre la base de la regulación sustantiva de los parágrafos 932 y siguientes. La presunción favorece, naturalmente, al poseedor actual, pero el anterior también la tiene para sí por el tiempo de su posesión y como una pérdida involuntaria de la posesión inmediata no permite la adquisición ulterior de un tercero, aunque sea de buena fe, excepto tratándose de títulos al portador y dinero si prueba esta desposesión involuntaria consigue desvirtuar la presunción favorable al poseedor actual. La presunción juega en favor del poseedor tanto si es demandado como demandante (*vid.* MIQUEL GONZÁLEZ “La posesión...”, *cit.*, pág. 473).

6. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Vistos ya superficialmente los criterios adoptados por la línea “codificadora matriz”, creo oportuno señalar ahora de donde arranca el *fundamento jurídico* de las llamadas adquisiciones “a non domino”. La doctrina localiza dos tipos de supuestos: adquisiciones “a non domino” que tienen su base en la *apariencia jurídica* (proyectada en la norma) y adquisiciones “a non domino” que se basan en la *posesión de buena fe*. Las primeras, las derivadas de la apariencia (y la que ya hemos visto en términos justificatorios generales) se basan prioritariamente en la posición del enajenante más que en la del adquirente. Se apoya en que aquél se encuentra, respecto del dominio de que se trata, en una posición de hecho de carácter formal que le inviste de la apariencia de ser titular del dominio mismo. Así la Ley, en función de la tutela del tercero que actúa confiado en la apariencia, utiliza técnicamente el hecho de la titularidad aparente, en función de equivalencia a la titularidad efectiva. GÓMEZ-ACEBO, citado por ROCA, estima que la adquisición “a non domino” es una adquisición “ex lege” por ser la *norma* la que, en consideración exclusiva a la *bona fides*, atribuye eficacia creadora a la misma. No puede, pues, implicarse este fenómeno sino por la *omnipotencia de la norma*. El fenómeno es el mismo que tiene lugar en la usucapión. La energía creadora en las adquisiciones provocadas por la apariencia deriva directamente de la ley. Es la norma la que atribuye a ciertas situaciones eficacia adquisitiva como la que nos ocupa (70). No hay que olvidar que en la adquisición “a non domino” la ley hace un poderoso esfuerzo motivado por la conveniencia de la protección del tráfico jurídico, en el cual no puede prodigarse, por cuya razón sólo en casos determinados, entre los que se cuenta el del artículo 34 y demás concordantes de la Ley Hipotecaria admite, pues la regla general imperante continúa siendo la romana.

Para VALLET, igualmente citado por ROCA, la adquisición del tercero protegido por el artículo 34 LH deriva de la *ley misma*. Está basada en la publicidad del Registro (elemento o dato material) en la buena fe, o fe en el contenido del Registro, del adquirente a título oneroso (elemento espiritual impulsivo) y en el cumplimiento por éste de la formalidad de la inscripción (requisito *a posteriori* para que se mantenga definitivamente la adquisición). Es una adquisición que, como las derivadas de la usucapión o de la ocupación, no dimana de poder dispositivo alguno. En una palabra, la fuerza motriz no reside en el Registro, sino en la buena fe del adquirente (71).

(70) GÓMEZ-ACEBO “La buena y la mala fe en el Código Civil”, *RDP*, 1952, pág. 224.

(71) VALLET DE GOYTISOLO “Estudios..”, *ob. cit.*, pág. 218.

Como especies de adquisiciones “a non domino” derivadas de la apariencia de derecho se suelen incluir por la doctrina las derivadas del heredero aparente, del titular registral (según sistemas) y del apoderado con poder revocado. En todo caso, estos supuestos, en cuanto admiten situaciones variantes, que pueden alejarlos de la apariencia, cuestionan su “fidelitas” a verdaderos supuestos de adquisiciones “a non domino”.

La *posesión de buena fe*, como base de las adquisiciones “a non domino”, tiene su apoyo en la posición del adquirente, no del enajenante; es así requisito esencial del primero. Es necesario que el adquirente ignore que el derecho no pertenece al enajenante, y tal ignorancia, cuando no pueda apoyarse en una situación objetiva de apariencia de derecho suficiente para determinar un error colectivo excusable, debe al menos ser subjetivamente excusable en base al elemento objetivo de la ausencia de culpa. Opina FERRI dentro de la figura de una especie de adquisición “a non domino” apoyada en varios factores, entre los cuales figura, además de la transcripción, el transcurso de un breve término y que regulan los artículos 2.652 y 2.653 del CC italiano, afirma que se trata de un caso de *publicidad sanante* en el cual la buena fe y la transcripción no ocupan el mismo plano, porque la segunda no es más que una “conditio iuris” que permite actuar a la primera, de suerte que es más correcto a la buena fe, pues sin querer emplear aquí palabras evangélicas sobre la virtud salvadora de la fe, no hay duda que el legislador ha querido tutelar la buena fe del tercero. Este es un adquirente “a non domino”. La buena fe, con la transcripción no produce una hipótesis adquisitiva autónoma, esto es, una adquisición “ex novo” fundada directamente en la ley, mas hace operante el negocio jurídico (72).

Cabría hablar de *posiciones mixtas, eclécticas o conciliadoras*. SANZ FERNÁNDEZ otorga valor decisivo en las adquisiciones “a non domino” a la inscripción registral tanto a la del transferente como a la del adquirente. Por lo que respecta al titular registral transferente, opina SANZ que por el hecho de figurar inscrito obtiene una facultad de disponer derivada de la legitimación registral y apoyada también en el artículo 20 de la LH. A “contrario sensu”, VALLET refuta esta pretendida facultad dispositiva del titular registral por el solo mero hecho de serlo. Esto, en cuanto al “non dominus” que transfiere, ya que, según SANZ, la inscripción le inviste del poder dispositivo del derecho, es decir le legitima para la enajenación, lo cual no parece admisible. Pero en cuanto al tercer adquirente, SANZ sostiene que la inscripción no es nunca constitutiva en nuestro sistema, sino convalidante, pues la inscripción convalidante asegura los efectos *erga omnes* del derecho real y puede dar lugar al nacimiento del mismo en el

(72) FERRI, citado por ROCA, en *Derecho hipotecario*, t. I, pág. 802

momento de la protección del tráfico jurídico privando de valor a los derechos no inscritos, asegurando al adquirente de que el transferente es verdadero dueño y otorgando el derecho real a quien sólo tiene a su favor una apariencia formal del mismo. Consiguientemente, su valor se limita a subsanar la falta de previo derecho en el transferente, excluyendo la aplicación del principio *nemo dat...*, siendo la finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, dando a la adquisición “a non domino” el mismo valor que si hubiera sido otorgada por el verdadero dueño (73).

También conviene resaltar el criterio dado por el ilustre hipotecarista NÚÑEZ LAGOS, que cifra el desplazamiento de la propiedad en la actuación del titular registral en orden al tercero protegido por la “*fides publica*” del artículo 34 LH. La acción reivindicatoria del verdadero propietario sólo se pierde, según este autor, por prescripción y por dicho artículo 34. El propietario civil, con título y modo es el verdadero propietario “*erga omnes*”, si bien amenazado de perder tal propiedad en el caso de que el titular formal, o según la inscripción del Registro, enajene a un tercero protegido por el referido precepto. Antes de ocurrir este evento el único propietario es el civil el titular material, diga lo que diga el Registro, que será inexacto. Pero después de este evento, el único propietario es el inscrito, quedando “*ope legis*” exacto el Registro. Son titulares alternativos, nunca simultáneos. La inscripción en sí es inoperante para la adquisición de la propiedad. El desplazamiento de propiedad es debido a una *actividad* del titular inscrito ante la necesidad ineludible de proteger al tercer adquirente de buena fe. Únicamente por esa actividad del titular inscrito, añade NÚÑEZ LAGOS, y desde la inscripción a favor del titular siguiente, es la inscripción *verdadero modo de adquirir la propiedad* y quizá mejor de extinguir la propiedad: la del Código Civil ha fallecido en aras de la seguridad del tráfico. Pero el nacimiento de una es el funeral de la otra (74).

Por lo que respecto al problema de la *naturaleza jurídica y efectos* de las adquisiciones “a non domino”, la doctrina centra la cuestión en concretar, bien su carácter originario, o bien derivativo. Sabido es que estos conceptos arrancan de GROCIO. La adquisición es *originaria* cuando se produce en virtud de una relación inmediata del adquirente con el objeto de cuya adquisición se trata, sin ningún nexo con el derecho eventualmente preexistente. Y será *derivativa* cuando se adquiere por vía de un precedente sujeto, titular o legitimado, para disponer de un derecho preexistente sobre el objeto. Así, partiendo de estos dos tradicionales conceptos, la

(73) SANZ FERNÁNDEZ, citado por ROCA, en *Derecho hipotecario*, t. I, pág. 804.

(74) NÚÑEZ LAGOS “Realidad y Registro”, *RGLJ*, 1945, pág. 424.

doctrina se ha dividido. Unos, contemplan toda adquisición “a non domino” como adquisición derivativa, se basan principalmente en que la ley concede, en los supuestos concretos que contempla la adquisición “a non domino”, un poder dispositivo al “non dominus” sobre el derecho ajeno, apoyado en la apariencia de titularidad, de tal forma que, el adquirente “recibe” el derecho del titular verdadero en virtud de la fuerza creativa y dispositiva de la ley. Este criterio fue defendido por GIERKE, VON THUR y ROCA SASTRE, que opina que atendiendo a los fines del artículo 34 LH hay que inclinarse por la derivativa por decisiva que sea en ello la fuerza de la ley actuando como “ius singulare”.

Otros, los más, estiman que la “adquisición a non domino” es siempre originaria, pues jamás podrá producirse una sucesión de titularidad por falta de poder dispositivo y ausencia lógica de nexo causal. Para éstos, el derecho que se adquiere no se apoya en el derecho de otro, en realidad el derecho que se incorpora al patrimonio del “accipiens” no es el derecho del titular, sino, más bien, un derecho diferente, una titularidad “ex novo”. Fue REGELSBERGER, uno de los más significados pandectistas del siglo XIX, el que defendió esta posición y lo hizo basándose en la buena fe como elemento sustancialmente relevante de la protección del tercer adquirente. El autor citado llega a opinar que, incluso en los casos de apariencia de derecho, ésta no es más que un simple presupuesto de la buena fe, la cual constituye base y objeto de la tutela legal. La tutela de la apariencia se identifica con la tutela de la buena fe que impera siempre sobre la primera.

MENGONI, ilustre jurista al que muy repetidamente me refiero, por ser su obra básica el estudio que me ocupa en este trabajo, opina que para resolver si la adquisición “a non domino” es originaria o derivativa hay que fijarse en si la ley valora exclusivamente la buena fe del adquirente, sin atender para nada a la postura del “non dominus” y en cuyo caso es originaria o, por el contrario, en la tutela del adquirente entra también como elemento determinante la relación del “non dominus” con un sujeto “a priori” individualizado como portador del interés en conflicto con el tercero”, y en cuyo caso es derivativa. Así, según MENGONI, las adquisiciones “a non domino” basadas en la apariencia jurídica son derivativas, mientras que las que proceden de la simple posesión son originarias (75).

(75) También afirma MENGONI que el principio de legitimación como condición “sine qua non” de eficacia del negocio jurídico de disposición debería conducir según este autor, por lógica consecuencia a la afirmación de la naturaleza originaria de la adquisición “a non domino” y, por tanto, a la posibilidad de la reconstrucción dogmática unitaria sobre la base del concepto de adquisición “ex causa nova”. Esta concepción la siguen quienes entienden la regla “nemo plus iuris” y, por tanto, el principio de legitimación, como expresión de un poder jurídico del *dominus* al que la eficacia del acto dispositivo se relaciona por un nexo causal. Si, por el contrario, se entiende más correc-

Hemos dejado para el final la opinión de LACRUZ, que manifiesta en sus *Lecciones...* Aporta primero diferentes criterios de autores alemanes en favor de las dos tesis, es decir, si se considera originaria o derivativa. En favor de la primera tesis opina que el protegido por el Registro no sucede jurídicamente al verdadero propietario. La adquisición se basa en su creencia en la exactitud de los asientos. Mientras en las transmisiones el Derecho se recibe porque el transmitente es propietario, es decir, aquí el cambio real se opera a pesar de que hay un propietario (SOHM, LEHMANN, BEKKER). Los defensores de las teorías negativas son los que, en cambio, adoptan posiciones en orden a una adquisición derivativa. Para ellos si el acto no inscrito no existe frente al tercero está claro que éste ha recibido del verdadero propietario, pues para él no hay otro que el titular registral. Esta es la opinión de FERRI, que además considera que la teoría opuesta olvida que la adquisición originaria corre siempre por virtud de una relación inmediata del sujeto con la cosa, la cual aquí falta.

Aplicando soluciones al Derecho español, LACRUZ dice: “Como es sabido, la integración del supuesto de hecho negocial, es decir, la existencia de un sujeto capaz y un objeto idóneo y el cumplimiento de las formas requeridas, hasta para la *validez* de un negocio de disposición, pero para su *eficacia* es preciso el concurso de un elemento ulterior, estructuralmente extraño al acto, pero funcionalmente vinculado con él: la titularidad del derecho por parte del disponente o, excepcionalmente, la autorización para disponer de un sujeto diverso. Pues bien, en un supuesto concreto de disposición (a título oneroso y mediando buena fe del accipiens), la ley aporta el equivalente jurídico de la legitimación, expropiando de su derecho al titular real que no lo hizo constar en el Registro, y haciendo eficaz el negocio transmisivo válido, a virtud de la inscripción.

El derecho, por eso, no deja de derivar de su anterior titular a este nuevo, siquiera derive “ex lege” o sea adquirido “ex negotio”. Hay aquí una cooperación entre el negocio jurídico y la ley: un fenómeno bastante corriente que podemos ver, por ejemplo, en la ejecución judicial por deudas, en la constitución de servidumbres legales, en los retractos legales y acaso también en la expropiación forzosa. Tampoco es anormal que una adquisición legal sea derivativa y no originaria: piénsese en la sucesión intestada.

tamente que se trata de una simple posibilidad objetiva, subjetivamente caracterizada con facultad derivada al *dominus* del hecho de la titularidad del derecho, que es un elemento de perfección del supuesto complejo del efecto negocio-dispositivo, es concebible entonces que el orden jurídico causa única del efecto sustituya en el supuesto mismo el elemento de falta de titularidad del disponente un hecho diferente objetivamente considerado equivalente. En tal caso, la adquisición “a non domino” se verifica con carácter derivativo sobre la base del negocio de disposición y, por tanto, determina una sucesión del tercero al titular precedente (MENGONI “Gli acquisti ..”, *cit.*, pág. 170).

El negocio juega así el mismo papel en una adquisición “a domino” o “a non domino”; es otra parte del supuesto de hecho en la transmisión —la legitimación del tradens— la que falta en estas segundas, y la que la ley, dándose ciertas circunstancias, suple a favor del adquirente inscrito. El negocio, en uno y otro caso, es la causa de la adquisición (no un simple elemento de hecho, en cuyo caso no sería preciso apreciar ni aun la existencia de vicios de la voluntad, que no puede tener relieve en un elemento fáctico); causa cuya virtualidad transmisiva se halla impedida, en el caso de falta de legitimación, bien hasta que tal falta cese, bien hasta que se perfeccione el equivalente jurídico (76).

7. DERECHO ESPAÑOL, CRITERIOS GENERALES

Toca, por último, centrarnos en las circunstanciales adquisiciones “a non domino” en el Derecho español, y esto lo haré tal como he indicado al principio, sin profundizar, acaso sin detenerme en la enorme problemática que se ha generado alrededor de esta forma adquisitiva en nuestro Derecho; no es objeto de este trabajo, ni mi consiguiente intención.

El problema en el Derecho español consiste en concretar si es posible admitir las llamadas adquisiciones “a non domino”. La doctrina maneja una serie de preceptos y de instituciones con precedente en el Derecho extranjero, Códigos alemán, francés e italiano y trata de demostrar que suponen aspectos concretos de la figura cuestionada, e incluso, aunque con menos frecuencia, se cuestiona sobre la posibilidad de construir sobre aquellos supuestos una teoría general de las adquisiciones “a non domino”. Como escribe Díez-Picazo, citando a Mengoni, “se discute si se trata de una categoría jurídica unitaria o solamente del elemento común de una serie de supuestos, diferentes entre sí y sujetos cada uno de ellos a su propio y peculiar régimen jurídico, aunque dirigidos todos a la solución de unos problemas prácticos comunes”. Y añade: “cualquiera que sea la solución que en sede puramente teórica se pueda adoptar, parece claro que en nuestro Derecho positivo no existe la adquisición “a non domino” como categoría unitaria. Existen sólo preceptos concretos de los que resulta o puede resultar. Ello no obstante, cabe pensar que la evolución última del ordenamiento jurídico ha llevado a la sustitución del principio normativo “nemo plus iura” por otro principio de igual rango, que es el de la tutela de los adquirentes de buena fe y a título oneroso, como consecuencia necesaria de la tutela del interés colectivo en la seguridad de la circulación de los bienes. Por ello, aun dejando claro que, en sus aplica-

(76) LACRUZ “Lecciones..”, *ob. cit.*, pág. 300.

ciones ha de disolverse en una casuística, tiene algún interés la construcción de la categoría, por lo menos como categoría teórica" (77).

8. SOBRE EL 464. POSICIONES DOCTRINALES

Lo cierto es que hasta el año 1920, en que Leopoldo ALAS publicó su monografía sobre *La publicidad y los bienes muebles*, la cuestión de las adquisiciones "a non domino" seguía una vida lánguida apoyada en la posición tradicional de la doctrina española inspirada en el criterio romano. Un artículo que hasta entonces no había desatado polémica alguna pasa a primera línea dialéctica, produciendo ingentes cantidades de letra escrita en orden a su interpretación. Me refiero al artículo 464, que en palabras de Díez-Picazo al prólogo de la obra de José María MIQUEL (*La posesión de bienes muebles*), nos dice jocosamente, pero con indudable verdad, "que el artículo 464 es uno de los mejores y más conocidos puzzles o rompecabezas que nos ofrece nuestro Código Civil, y añade, se nos ofrece también como un enigma o un jeroglífico que hubiera que descifrar para extraer de él el arcano mensaje que encierra..."; yo añadiré, que sólo una obra como la que prologó el ilustre profesor ha dado luz a muchas y variadas cuestiones.

Pues bien, lo cierto es que en el proyecto de GARCÍA GOYENA no existía un artículo correspondiente al vigente 464 (78). Según reflejan las actas (sus borradores) de la Comisión de Codificación en su sesión del día 24 de enero de 1882, fue el jurista CÁRDENAS el que, a la vista de la inexistencia de una disposición referida a los efectos de la posesión sobre muebles, solicitó la introducción del contenido del citado artículo. Con ello, se dice pretendía introducir una "novedad" en nuestro Derecho donde prevalecía la regla "res suo domino clamat" para "facilitar" la transmisión de las cosas muebles, atribuyendo a la posesión "los efectos de la propiedad legítima" (79). No es momento aquí de comentar las vicisitudes exegeticas

(77) Díez-Picazo, L.: *Fundamentos...*, vol. II, pág. 685.

(78) GARCÍA GOYENA *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, Madrid, 1852, reimpresión a cargo del doctor LACRUZ, Zaragoza, 1974.

(79) Le parecía (a Cárdenas) deber establecerse algo sobre este punto a fin de determinar bien, cuándo se gana la posesión de estas cosas, puesto que en su adquisición es muchas veces fácil que haya vicio conocido o ignorado del que las adquiere. Dijo el señor Silvela, y lo confirmó otro vocal, que como en las cosas muebles no se dan interdictos no le había parecido dar tanto valor a lo que se refiere al punto criticado, que cree podía quedar resuelto en las disposiciones relativas a la prescripción. Recordó que sobre esto contiene alguna disposición el Código de Comercio y se leyó, en efecto, el artículo 57 del proyecto en que se dan reglas sobre la reivindicación de efectos o valores públicos o particulares. Cárdenas dijo que la disposición del Código de Comercio que

del 464. Sólo decir que fueron numerosos los pros y contras interpretativos en la fase de su redacción. Pero situados ya en el referido año 1920 la obra de ALAS activó la cuestión en torno al 464, pues señaló categóricamente que dicho artículo debe ser entendido como una regla protectora de los terceros adquirentes que hayan adquirido a base de confiar en la apariencia de derecho que ofrece la posesión. El historiador GARCÍA DE VALDEAVELLANO, en un muy interesante estudio, sustenta la tesis de la existencia de un derecho visigodo de raíz consuetudinaria muy germanizado, que influyó notablemente en los estados peninsulares que surgieron de nuestra Reconquista, especialmente en León y Castilla (80). MEREÁ, historiador portugués, abunda en esta razón e incluye el reino de Portugal entre los que recibieron claras influencias germánicas (81).

En el tiempo de dos décadas las tesis de ALAS y VALDEAVELLANO se extienden por la doctrina española hasta encontrar en Antonio HERNÁNDEZ GIL su más decidido defensor. El ilustre civilista, en sendas publicaciones (citadas en la primera nota de este capítulo), aborda el problema, adoptando lo que se ha venido en llamar "tesis germanista": el 464 es un concepto dirigido a proteger al tercer adquirente de buena fe mediante una adquisición "a non domino" que sólo se exceptúa en los casos de hurto, robo o pérdida de la cosa.

Dedicaré ahora de forma esquemática y sin concesiones a la profusión cómo la doctrina se ha posicionado en orden fundamental si el artículo de referencia implica un supuesto de admisibilidad de adquisición "a non domino" en nuestro Derecho o, si por el contrario, no es más que una manifestación especialísima de la usucapión de bienes muebles.

Primer criterio: Tesis tradicional; con admisión del precedente francés. El 464 dicta una presunción de título apto para usucapir. TRAVIESAS, defensor de este criterio, cree que la norma del 464 no es sino una mera presunción de dominio de carácter "iuris tantum". Y que, como todas las de su clase, cabe su destrucción por la prueba en contrario. En cualquier

se refiere a las materias de su especialidad no excusaba la que para el Código Civil reclamaba. Lo aceptó la sección. Se encomendó al señor Silvela el estudio del punto y redacción del artículo que indicaba el señor Cárdenas (*vid.* pág. 250 de la obra citada de J. M. MIGUEL. También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS "Antecedentes del Código Civil vigente", *ADC*, 1965).

(80) GARCÍA DE VALDEAVELLANO. "La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en Derecho español medieval", *RDP*, 1947, pág. 631. La base histórica germanista la ha localizado G. Valdeavellano en la Ley 15 del Fuero Viejo en las Encartaciones de Vizcaya favorables a la admisión del principio "Hand wahre Hand" en nuestro Derecho medieval.

(81) MEREÁ, P.: *Os limites da reivindicação mobiliária no direito medieval*, estudios de D. Hispánico Medieval, Coimbra, 1952.

caso: tratándose de muebles, su posesión ininterrumpida en buena fe, unida al transcurso de tres años permite ganar por usucapión el dominio de los muebles (art. 464, I, inciso 1.º, y 1.955, I). El verdadero dueño puede reivindicar en tanto no transcurran esos tres años —inciso 2.º del 464—, pero reembolsando lo pagado por la cosa, si ésta se compró en venta pública —464.2— y aun lo prestado por un Monte de Piedad si se hubiese depositado en él —464.3—. Se excepciona las cosas muebles adquiridas en bolsa o de comerciantes legalmente establecidos, pertenecerán al adquirente desde el momento de la adquisición por prescripción instantánea que establece a su favor, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, artículo 464.4 y 85, respectivamente.

Segundo criterio: Tesis germánica; iniciada por ALAS y desarrollada por HERNÁNDEZ GIL, PÉREZ Y ALGUER y NÚÑEZ LAGOS, entre muchos otros. El 464, en su primer párrafo, recoge un supuesto claro de adquisición “a non domino”. Lo que viene a ser regla general es que, cuando el propietario se desprende por propia voluntad, es decir, cuando el poseedor que enajena la cosa que tenía en su poder, por una relación jurídica derivada de un negocio jurídico (usufructo, prenda, etc.) en dicho caso, cuando se produce la enajenación al tercero de buena fe, la posesión de éste equivale al título, título de propiedad, con lo que se establece una verdadera adquisición “a non domino”, este principio no es válido cuando el propietario hubiese perdido la cosa o hubiera “privación ilegal” de ella. En tal caso, el principio de que la posesión equivale a título no es aplicable, y la cosa podrá ser reivindicada (sólo cabrá adquisición por vía de usucapión, 1.955). La protección al tercero en este caso no actúa por la adquisición “a non domino”, sino mediante la reintegración del precio que hubiera dado por ella. No entro en el análisis de la frase “privación ilegal” y sus interpretaciones, que se resumen o: en entender que la frase dicha comprende todos los casos en que no tenga lugar transmisión válida (lo cual destruye la aplicación del párrafo 1.º del artículo) o salvar el escollo de dicha frase interpretándola en sentido muy restrictivo, como hurto o robo siguiendo la traducción del texto francés “vol”. Esta es la conclusión de NÚÑEZ LAGOS y PÉREZ Y ALGUER

Tercer criterio: Postura de VALLET DE GOYTISOLO y BONET RAMÓN. Según VALLET, el 464 no tiene como fin consagrar una adquisición “a non domino” ni tampoco una prescripción adquisitiva, su razón es la reivindicación mobiliaria, o sea, los efectos de la posesión de bienes muebles en el ámbito de la reivindicación. El 464 se encuentra “situado” en plena sede de los efectos posesorios (el 2.279 francés lo está en la prescripción, el 932 alemán en la propiedad). Para VALLET, mientras que la reivindicación de bienes inmuebles debe apoyarse en título de dominio. Hay que justificar la adquisición dominical. En cambio, en la reivindicación mobiliaria la jus-

tificación del dominio se hace a la inversa. Aquí no es con la presentación de títulos adquisitivos como se pueden demostrar titularidades, sino acreditando la posesión anterior en concepto de dueño y, probando, en su caso, la pérdida o privación ilegal de la misma. En consecuencia, no es necesario probar la adquisición de la propiedad, lo cual sería además difícil dado el cierto régimen de clandestinidad operativo de las transacciones mobiliarias, sino la efectiva obsesión. La buena fe tampoco precisa probarse, pues también se presume. Y aunque así las cosas, el 464 parece confundirse con el 448 ("el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a eximirlo"), pero, sin embargo, la diferencia entre los dos artículos citados es incuestionable para VALLET. El 448 sienta una presunción *iuris tantum* de título que puede desvirtuarse, probando la nulidad o la ineficacia absoluta o relativa de aquel título o presentando al reivindicante el suyo preferente. En cambio, la presunción del 464, funciona de muy distinta manera. Este concepto sienta una regla de valor: la posesión equivale al título y esta equivalencia es la que no permite que se enerve por otro título propiamente dicho (82).

Cuarto criterio: Postura de la jurisprudencia; el 464 contiene una presunción de propiedad que sólo cede ante la prueba de que el dueño fue privado de ella injustamente, la carga incumbe a este último. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1945, clave en la cuestión, ha motivado interesantes comentarios, el más profundo el de VALLET. La posición del Tribunal Supremo se resume esquemáticamente; el legislador español interpretó "adrede" el término francés "vol" transcribiéndolo por privación ilegal. Esta interpretación se ajusta más a nuestro Derecho histórico según repetida jurisprudencia. La seguridad del tráfico quedará siempre defendida por la vigencia de la seguridad mercantil. Por último, señalar que el aumento actual y decisivo en la época que nos toca vivir de los bienes muebles, tan lejos ya de aquella concepción medieval que los consideraba "res vilis" haría peligroso la extensión incontrolada de nuestro principio.

Si bien el 464 ha sido el principal caballo de batalla de las adquisiciones "a non domino", no con dicho artículo queda agotado el tema en el Derecho positivo español. Aludimos en anteriores pasajes a situaciones "a non domino" apoyadas en la apariencia. Así puede ser presentada la simulación, el negocio jurídico simulado, referido en el artículo 1.276 CC, si bien con ciertas reservas, aun pudiendo admitirse una protección del

(82) VALLET DE GOYTISOLO "Comentario a la Sentencia 1965", *ADC*, 1951; del mismo autor, "La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464", *Estudios de Derecho de cosas*, Madrid, 1973.

tercero adquirente del título simulado. También se vislumbra una posible adquisición “a non domino” en los artículos 1.734 y 1.738 CC en situaciones de poder revocado y en orden a los adquirentes que contraten con apoderado en los supuestos de los artículos citados, ya que adquirirán verdaderamente. Por último, la situación del heredero aparente, tema magistralmente estudiado por JORDANO BAREA (83), que si bien señala que en nuestro Código no hay disposición precisa en la que se haga referencia al heredero aparente, JORDANO opina que, partiendo del 991 y 997 que presuponen su posibilidad, por haber aceptado la herencia ajena, sobre la base de un testamento que después resulta revocado por la aparición de otros no conocidos a la fecha. La jurisprudencia a veces, se refiere a supuestos de herederos aparentes a propósito de la legitimación pasiva en el ejercicio de la “actio petitio hereditatis”.

9. SOBRE EL ARTÍCULO 34 LH Y SUS EFECTOS

Sólo nos restaría ahora hacer alusión ya a las situaciones derivadas de inmuebles y a la protección que otorga el 34 de la LH y reproducir si el 32 regula una protección que debe estimarse como parte del 34 o consagra otra diferente. Es indudable que la LH establece un concepto de tercero que adquiere, con los requisitos previstos en ella. Pero lo que sí motivó dudas en la doctrina es si esta protección se produce por el camino sustantivo de las adquisiciones “a non domino” o por el procesal de la irreivin-

(83) JORDANO BAREA sostiene con la vista puesta en el ordenamiento español, podría intentarse la reconstrucción dogmática unitaria del instituto de la adquisición *a non domino* por el camino de la adquisición *ex causa nova*, visto que las normas de nuestro Derecho positivo parecen postular unánimemente el carácter originario de las adquisiciones *a non domino*. Para ello no habría necesidad de echar por la borda el principio de la apariencia jurídica, que según la opinión que nos parece más acertada —dice— constituye un concepto o principio lógico, o —si se prefiere— un principio de política legislativa y no un principio general del Derecho. Impugna la opinión de MENGONI que pretende explicar el fenómeno de la adquisición *a non domino* con el canon de la apariencia del derecho y que ello imponga lógicamente el carácter dinerativo de la adquisición, porque, según JORDANO, aparte de que una vez demostrado que la adquisición se verifica a título originario la apariencia *iuris* podría aún tomarse en consideración como elemento objetivo de la buena fe. Es decir, la apariencia de un derecho actual, frente al tercer adquirente de buena fe, como si fuera una realidad, y tanto da que el efecto de los actos del *non dominus* queden asegurados sucediendo el tercero en la titularidad del derecho en el lugar del *dominus*, que adquiriendo *ex novo* una titularidad calcada sobre el modelo de la precedente. Desde el punto de vista técnico parece que no repugna que se adopte una u otra modalidad de adquisición. Todo dependerá de lo que impongan las normas positivas (JORDANO BAREA: “La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros”, *ADC*, fascículo 3.º, 1950, y en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Ed. Tecnos, 1976).

dicabilidad, todo dependerá del sentido que se atribuya a la frase del 34 “será mantenido en su adquisición”. Así opina ROCA SASTRE, cuando se dan los conocidos presupuestos de aplicación del artículo 34 LH y se produce el efecto que este precepto establece y que consiste en que, el tercer adquirente, “es mantenido en su adquisición”. Y es mantenido en su adquisición en los términos resultantes del Registro, por ser ésta una consecuencia lógica de la inoperancia de la inexactitud registral respecto del tercero protegido por la fe pública, ya que la discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral no le afecta, porque dicho tercero, puede atenerse en su adquisición a lo que el contenido registral expresa. De la índole o medida que alcance la inexactitud registral resultará que nuestro tercer adquirente, mantenido en su adquisición por efecto de la fe pública plasmada en el 34 LH, habrá efectuado una adquisición “a non domino” o una adquisición parte “a non domino” y parte “a domino” o una adquisición “a dómino”. Así será:

Adquisición “a non domino”, cuando lo reciba de un titular registral que carezca totalmente de derecho sobre la finca o derecho real limitado, adquirido por la razón que sea. *Adquirirá parte “a non domino” y parte “a domino”* cuando nuestro tercero lo reciba de un titular registral que sólo tenga en la realidad extrarregistral una cuota sobre la finca o derecho real y también cuando, siendo titular de la totalidad de la finca o derecho, aparece en el Registro libre de cargas (un usufructo o un censo por ejemplo) cuando en realidad está grabado. Finalmente, *adquirirá “a domino”* el tercero cuando lo verifique de un titular registral que lo sea en la realidad.

En cualquier caso, la adquisición “a non domino” viene a ser para ROCA el concepto central de la fe pública registral y, concretamente, de sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario, conforme consagra la parte primera del primer párrafo del 34 LH, de la que otros artículos concordantes de la propia ley hacen concreta aplicación, en especial el artículo 40. Así, y en virtud del 34.1 LH, se produce, pues, el juego de una adquisición del derecho por parte del tercero hipotecario, con la consiguiente pérdida del mismo derecho por parte del “verus dominus” conforme al resultado de toda adquisición “a non domino”. Asimismo, las numerosas circunstancias que como presupuestos de aplicación del 34.1 LH ésta exige, demuestran que se trata de uno de los pocos supuestos de adquisición “a non domino” que excepcionalmente admite el Derecho positivo español (84).

(84) ROCA SASTRE *Derecho hipotecario*, I, cit., pág. 786.

Creo ahora es oportuno dejar para el capítulo siguiente lo que LACRUZ llamó “mecánica de la adquisición registral a non domino” que a la definitiva es un “otrosí” al hilo de los efectos del 34 y de su interpretación por la doctrina.

V. DE LA LLAMADA ADQUISICION REGISTRAL “A NON DOMINO”

I. CRITERIOS SOBRE UNA CUESTIÓN

Momento es ya de abordar el problema base de mi estudio. A lo largo de anteriores páginas he pretendido aproximarme a la cuestión que ahora, y desde ahora, voy a tratar, que se sitúa en planos muy concretos y donde la doctrina de los autores, especialmente italianos, han matizado criterios con opiniones importantes. No tanto ha sucedido en los sectores doctrinales españoles que sólo, y en ocasiones, se han detenido a analizar la cuestión y han establecido los parámetros de una crítica constructiva (85).

Pues bien, enlazando con lo expresado por ROCA SASTRE al final del anterior capítulo sobre la protección que el Registro significa al tercero, cuando se dan los presupuestos del 34 LH, haciendo perfectamente válida en derecho su adquisición, “siempre que por inexactitud del Registro el titular registral que actúe de transferente en el acto adquisitivo del tercero protegido, no sea a la vez el titular real o verdadero del dominio o derecho real objeto de tal acto” (86). Así, se nos presenta esta “especial” forma de adquirir que justifica, por vía de la apariencia y, a fin de salvar la seguridad del tráfico inmobiliario, la singularmente llamada “adquisición a non domino”.

Son los profesores LACRUZ y CRISTÓBAL MONTES los que se formulan la siguiente pregunta: ¿a qué mecanismo jurídico obedecen la adquisición del llamado tercero, es decir, del titular protegido por el Registro y la correlativa pérdida del titular no registral, o sea, del verdadero dueño de

(85) LACRUZ BERDEJO trató en sus ediciones primera y segunda de sus *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, años 1955 y 1957, especialmente en esta última en el capítulo 9.º: “Eficacia ofensiva de la inscripción”, y en el último apartado de esta lección, el 35, de la “Mecánica de la Adquisición Registral a non domino”. Este apartado ya no volvió a incluirse en posteriores ediciones de su libro. ROCA SASTRE, DE LA RICA, NÚÑEZ LAGOS y SANZ FERNÁNDEZ hacen alusión a la cuestión pero sin detención precisa. Si lo hace CRISTÓBAL MONTES en su muy completo estudio “La Adquisición Registral a non domino”, publicado en la *RGLJ*, VI, 1966. Especialmente en profundidad el problema es tratado por los autores italianos COVIELLO, FERRI, GENTILE, MENGONI, MORITTU y MAIORCA, cuyas obras ocuparán nuestras próximas citas.

(86) ROCA SASTRE *Derecho hipotecario*, I, pág. 581.

la finca que, por no inscribir se ve despojado? (LACRUZ) (87) ¿Cuál es el mecanismo jurídico que explica y legitima semejante adquisición? ¿Cómo se justifica dogmáticamente el singular beneficio que obtiene el tercer adquirente registralmente tutelado? (CRISTÓBAL MONTES) (88).

Los caminos de la doctrina no siempre fueron confluyentes y ante los interrogantes expuestos dos vías doctrinales han defendido posiciones adversas. Planteémonos primero la vía que podríamos llamar negativa, pues niega que el tercero registralmente protegido realice adquisición alguna.

2. VÍA DOCTRINAL NEGATIVA

a) *Criterios generales*

El *criterio negativo* parte de una posición eminentemente “latina” de la cuestión: no existe propiamente una adquisición del tercero, sólo se le proyecta al mismo hacia una posición privilegiada y singular en cuya virtud no podrán ejercitarse contra él ningún tipo de acción conocida, especialmente la reivindicatoria, pues estamos (según los que adoptan esta posición) ante un claro supuesto de irreivindicabilidad. Dicho así, queda claro que se ignora el mecanismo de la adquisición “a non domino”, por el cual ese tercero adquiriría de un no titular y recibiría la protección contra la reivindicación del que antes fue “verus dominus”, así como la inoperancia de las acciones que pudieran ser ejercitadas contra el tradens; es ésta una simple consecuencia de la cualidad de “nuevo dueño” o titular que le corresponde por obra y gracia del Registro. Está a la vista que, mientras en este caso, la adquisición del derecho y consiguiente titularidad es definitiva, en el supuesto que nos ocupa, criterio negativo, la irreivindicabilidad es una situación “flotante”, simple obstáculo puesto al ejercicio de una acción por una concreta situación que subsiste *sólo* mientras exista esa misma situación, pero que desaparece cuando cesa ésta. En el anterior caso, las acciones reales se han extinguido, en cambio en éste subsisten, diríamos “congeladas”, ante la imposibilidad de su aplicación procesal contra el tercero.

(87) LACRUZ “Lecciones...”, *cit.*, pág. 289, intenta el autor exponer la mecánica de la adquisición registral “a non domino” con aplicación al caso de la doble venta de una misma cosa a personas diferentes que es el supuesto “tradicional” de los sistemas de transcripción sin perjuicio de alguna remisión, en ciertos aspectos, a la concepción germánica de la fe pública registral.

(88) CRISTÓBAL MONTES “La adquisición registral ‘a non domino’”, *RGLJ*, 1966, pág. 589.

La tesis o vía negativa ha sido desarrollada en todos los sistemas latinos; en Francia e Italia fue donde tuvo sus primeros defensores. Tal vez el primero de ellos fue BUFNOIR, que defiende su teoría de la "relatividad del Derecho". Opina este autor que "incluso cuando se trata de un derecho absoluto, este derecho tiene siempre algo de relativo, en el sentido de que la ley puede subordinar a ciertas condiciones la posibilidad de hacerlo valer. Todo derecho, aun absoluto, no puede producir su efecto, sino en las condiciones fijadas por la ley. Es lo que ocurre con la propiedad, derecho absoluto por esencia, la ley ha regulado sus efectos de tal suerte que, ante ciertos terceros, este derecho absoluto no puede ser invocado sino cumpliendo determinadas formalidades" (89). Toda norma viene sujeta a condicionamientos de publicidad, en este caso registral, que si son incumplidos harán de tales actos defectuosos, pues el verdadero titular, en su negligencia al no llamar a las puertas del Registro y transcribir, ha posibilitado al anterior titular a realizar una segunda enajenación. Es el caso típico de la doble venta de un mismo inmueble a diferentes compradores; el primer adquirente que no transcribió su título mantiene su condición real de propietario, cualidad que no adquiere el segundo que sí transcribió. Ahora bien, pero como dice CRISTÓBAL MONTES, "la sanción no puede rebasar el fin de la norma a que sirve" y, en consecuencia, el acto no transcrito no surtirá efectos frente al tercero registral, pero, en cambio, será plenamente eficaz "inter partes", por lo cual, el primer adquirente será verdadero y auténtico titular del derecho enajenado (90). Así, en la apuntada doble venta a diferentes sujetos, como he indicado, el primer comprador que adquirió en derecho, pero que no acudió al Registro oportunamente, es el verdadero propietario y esta condición de "dominus", para los partidarios de la vía negativa, pasará al segundo comprador que, en cambio, sí "entró" en el Registro. En consecuencia, el primero podrá ejercitar la acción reivindicatoria "erga omnes", pero excepcionalmente chocará con ese segundo comprador que, al acudir al Registro, "neutralizará" esa acción y la congelará mediante la excepción de su acto transcrito (91). Pero, ahora bien: si nuestro tercero registral no pone en marcha la vía procesal defensiva con esta excepción, su situación, que es de mera

(89) BUFNOIR *Propriete et contrat*, París, 1924, pág. 83.

(90) CRISTÓBAL MONTES "La adquisición...", *cit.*, pág. 591.

(91) No debe olvidarse el distinto significado en el Derecho italiano de la "inscripción" con respecto a la "transcripción". Sin perjuicio de reconocer que en nuestro Derecho se distingue entre inscripción y transcripción en muy contadas ocasiones no obstante el uso ordinario las confunde. Cuando en la traducción de textos italianos hemos de verter al español las voces de "transcribir" o "transcrita", por sus equivalentes en el lenguaje usual de "inscribir" o "inscrita". Lo que pueda parecer confusiónismo quede salvado por lo dicho.

defensa, se desplomará a pesar de la inscripción, y la acción reivindicatoria alcanzará muy posiblemente su meta. Y esto queda claro en la jurisprudencia francesa, según LACRUZ y CRISTÓBAL MONTES, que parte del planteamiento que en el Derecho galo, el vendedor de un inmueble no puede rehusar la entrega so pretexto de que ha consentido ulteriormente una segunda venta y ésta ha sido transcrita primero.

La doctrina italiana viene representada por los criterios de BARASSI, VENEZIAN y, especialmente, FERRI. Los dos primeros han defendido igualmente la posibilidad de un derecho dominical válido con matizaciones, en cuanto no es posible invocarse frente a ciertos sujetos señalados por ley; caso del tercero registral. Así, ese primer adquirente que no transcribió carece de reivindicación frente al segundo, que sí lo hizo, tercero protegido, aunque siga siendo auténtico propietario "erga omnes". FERRI va más allá en su *Tratado sobre la transcripción* (pues en trabajos anteriores adoptaba criterios eclécticos) y significa el carácter negativo de la situación del protegido registralmente. Pero nuestro autor eso lo alcanza desde parámetros procesales, al margen del derecho sustantivo. Así, para FERRI, será el juez el destinatario de aquella norma que deberá contemplar como si nada sucediera frente a ciertos sujetos, los terceros en sentido técnico, por el cambio jurídico no publicado. O sea: en un choque de intereses entre el primer adquirente (no registral) y el segundo adquirente (sí registral) el juez deberá otorgar razón a este segundo, porque la primera enajenación es en ese momento "tamquam non esset". La norma positiva, para servir a la apariencia en derecho y, en consecuencia, a la seguridad del tráfico, otorga al segundo adquirente los suficientes medios procesales para situarlo en posición similar a si el enajenante fuera propietario. Bien entendido que hablamos de *situación similar*, porque la sentencia del juez, en su fondo, jamás puede equipararse a un hecho jurídico que determine la adquisición de un derecho. Quede claro, que la propiedad de aquel primer adquirente podrá serle reconocida en otras situaciones, en otros procesos en los cuales no tenga ese "enemigo", es decir, ese segundo adquirente registral, tercero protegido y, aun contra él, si no opone la falta de transcripción (gran olvido), pues ésta no podrá aplicarse de oficio (92).

Así nuestro primer adquirente perderá "el juicio", es decir, el proceso, pero seguirá incólume su condición de propietario, pues la sentencia no se apoyará en la verdad sustancial, sino en otra "verdad": la verdad formal o legal. ¿Es esto flagrante injusticia? Posiblemente así sea desde el punto de vista subjetivo, y de ella todos somos partícipes, pues nadie será "paladín" de ese olvidadizo primer adquirente que no llamó a tiempo a las puertas del Registro, y una política de hechos consumados envolverá al

(92) FERRI. *Trascrizione Immobiliare*, Bolonia-Roma, 1955, pág. 15.

segundo adquirente, que sí entró en el Registro oportunamente. Tanto es así lo que digo, que en opinión de GENTILE, si por nefasta casualidad a los funcionarios fiscales se les ocurriera actuar contra ese “*verus dominus*”, él sería el primero en defenderse, “rebotando” la acción fiscal contra el segundo adquirente formal o registral.

b) *De Núñez Lagos a la “bicicleta de Ewald”*

Situados ya en la doctrina española es la figura de NÚÑEZ LAGOS la que encabeza la vía negativa, pues, como bien sabemos por anteriores páginas, nuestro autor mantiene a ultranza el “criterio latino” que contempla en paridad de poder y acción el artículo 32 y el 34 LH. NÚÑEZ LAGOS niega que pueda hablarse con propiedad en nuestro sistema inmobiliario registral de adquisición “*a non domino*” porque el texto del artículo 34 sólo dice que el tercero será *mantenido* en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, y no cabe duda que, para que este derecho sea así mantenido, tendrá que llegar a ser totalmente irrevocable en poder y manos del tercero. Y añade el autor: “pues una cosa es la irrevocabilidad y otra cosa diferente la adquisición ‘*a non domino*’, es decir, se puede hablar de adquisición ‘*a non domino*’ como consecuencia de la irrevindicabilidad, como en Alemania se puede hablar de irrevindicabilidad, como un efecto de la adquisición ‘*a non domino*’” (93).

Quiero aportar ahora un ejemplo ya clásico que nuestro autor incorpora en su estudio (citado en nota) y que justifica la “*negatio actiones*” especialmente la reivindicatoria en materia de bienes muebles, hacia la adquisición “*a non domino*”, que se concreta en el 932 del BGB y que se extiende a la fe pública registral en materia de inmuebles, conforme el 892 del BGB, o sea: demostrar la importancia práctica de la “*negatio actionis*” respecto de la adquisición “*a non domino*” y la diferencia entre una y otra figura; para ello NÚÑEZ LAGOS recurre a un autor alemán y a su aportación doctrinal citada en nota, nos referimos a EWALD y al ya célebre ejemplo que conoce todo opositor a Registros: “la bicicleta de Ewald” (94). Este es el supuesto:

A entrega en depósito su bicicleta a N, quien la enajena a Z, teniendo éste buena fe. Después de algún tiempo, Z entrega la bicicleta a N (no importa con qué motivo). Se presenta A en casa de N y reclama su bicicleta. ¿A quién pertenece la propiedad? Según el sistema alemán de

(93) NÚÑEZ LAGOS “El Registro de Propiedad español”, *RCDI*, 1949, pág. 248.

(94) EWALD *Der Rückwerb des Nichtberechtigten*, en el tomo 40 (1926) de los *Jherings Jahrbücher*, pág. 299.

adquisición “a non domino” por consecuencia de esta adquisición perfecta de Z, A perdió la propiedad y la acción reivindicatoria. Z tiene acción reivindicatoria, pues la entrega de N a A no fue una enajenación, sino una mera devolución del depósito. Según el sistema austríaco y también suizo de irreivindicabilidad frente a tercero, Z será mantenido en su adquisición, pero no adquirió la propiedad en ningún momento. Únicamente A había perdido la acción reivindicatoria, pero exclusivamente frente a Z. Ahora A no readquiere de N su propiedad porque ya la tenía, sino solamente la posesión... (95). En consecuencia, sostiene NÚÑEZ LAGOS, que en los mencionados Derechos austríaco, suizo y también español, no hay *directamente* adquisición “a non domino”, sino únicamente a lo sumo por vía de *consecuencia* y, consecuente rebote de la *negatio actionis*, y que sólo en Derecho alemán existe la adquisición “a non domino” entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una *consecuencia* en el BGB y un *principio* en España (96). De todas formas, nuestro autor reconoció en estudios posteriores (97) la presencia de un supuesto de adquisición “a non domino”, pues estima que, cuando actúa el artículo 34, el propietario civil o verdadero pierde la propiedad de la cosa correspondiente, que queda *desplazada* en el tercer adquirente, constituyendo para éste la inscripción un verdadero *modo de adquirir la propiedad*.

No negamos que la vía negativa, que se limita a otorgar una situación de privilegio al tercero haciéndolo inmune a la reivindicatoria, pudo tener apoyos históricos. Así sucedió en el área de los Derechos germánicos, en el que el adquirente, sin ser propietario, se hallaba en una situación inatacable, porque el dueño real no contaba con acción reivindicatoria para defender su dominio. Hoy las medidas de técnica jurídica son diametralmente distintas, y no se concibe un derecho de propiedad sin su actuante defensa en acción reivindicatoria. Es, por así decirlo, la otra cara de la propiedad, pues perder en juicio la reivindicatoria es perder tu derecho de propiedad. Asimismo, si no es posible actuar con nuestra acción contra un sujeto, es porque éste ha alcanzado el dominio pleno. Aparte diré que,

(95) He querido, al hilo de este trabajo, recordar con “la bicicleta de Ewald” a un gran jurista, que fue mi amigo y a la vez profesor. Cursaba yo cuarto de Licenciatura, se me hacía duro el texto del Catedrático y recurrí a mi amigo para que me aclarase conceptos. Lo hizo una tarde en casa de mis padres. Allí le propuse que me dejase grabar, para un mejor repaso, lo que me iba a explicar. Mi padre había adquirido un extraño aparato llamado “hilo magnetofónico”, que en aquellos años cincuenta era raro artilugio, pues la cinta o cassette aún estaba a varios años vista. Pues bien, esa tarde grabé la entrañable explicación, me habló de EWALD y de la bicicleta... Su fina voz quedó allí recogida, la guardo como una reliquia. Ese verano un accidente se llevó a mi amigo Mariano Alonso Lamban. Dios te guarde.

(96) NÚÑEZ LAGOS “El Registro...”, *cit.*, pág. 250.

(97) NÚÑEZ LAGOS “Variaciones”, *RDN*, 1962, pág. 109.

hablar de adquirir la propiedad por vía de consecuencia, “retorciendo” los razonamientos con dialectismos intrascendentes no nos conduce a nada, pues ante la razón y ante el derecho se está o no se está en la titularidad plenamente asumida de las cosas. Todo lo demás, así como los medios para llegar a ello cae en los parámetros de la indiferencia.

El principio de la fe pública, hemos dicho hasta la saciedad, protege a ese tercer adquirente que reúna los requisitos en los supuestos de inexactitud registral —tradens titular tabular, pero no titular real— está claro que, al amparo de la aludida protección, no se estará a otro resultado que la atribución de la propiedad o derecho real enajenado. Y, volviendo a FERRI, diremos que esa adquisición no será obra del juez, no podría serlo, pero sí de una concreta relación negocial inter-partes que la ley otorga su pláacet y su fuerza. Ello nos conduce a afirmar que esa fe pública registral, que cubre el tercer adquirente, le supone el reconocimiento de una consustancial manera de adquirir.

Por lo expuesto quedan resumidos ya los postulados doctrinales que buscaron su apoyo en esa llamada vía negativa, que encontró cobijo en los sistemas latinos, rechazando, si no frontalmente, sí por tortuosos senderos argumentales la adquisición “a non domino” en nuestro Derecho sustantivo.

3. VÍA DOCTRINAL POSITIVA

Una segunda vía o tesis que llamamos *positiva* es la que ahora nos va a ocupar, sus defensores parten de una especie de “principio de fe”: todo tercero que registra su título con arreglo a la norma, realiza “ipso facto” una verdadera y propia adquisición que lo transformará en titular del derecho objeto del negocio jurídico en el que fue adquirente de buena fe. Eso es todo, y de aquí vamos a partir, señalando que, dentro de esta dirección, se nos presentan dos importantes brazos o posiciones de la doctrina: la de aquellos que sostienen que lo que verdaderamente se produce es una adquisición “a dominio” y los que hablan de una genuina adquisición “a non domino”. Vamos a la primera:

a) *Adquisición “a domino”*

El criterio general parte del Código italiano y de su artículo 2.644, que otorga sustancial preferencia entre dos o más adquisiciones igualmente válidas, aquella que el Registro publicó primero. Y ello a pesar de que este principio es incongruente con la letra del 1.376 del mismo cuerpo legal,

que fundamente el principio de transmisión de la propiedad por efecto del consentimiento (98). Ahora bien, expuesto el principio-base, hay fluctuaciones doctrinales. Así FUNAIOLI considera a todo titular de un derecho sujeto a los condicionantes de lo que podríamos llamar “Dominio Relativo” como etapa previa antes de la transcripción, salvando las distancias algo que, en mínimos, el año 24 ya planteó BUENOIR en Francia. O sea: en tanto no se ha producido la entrada en el Registro y su consecuente inscripción, *todos* los sucesivos adquirentes de una *misma* finca son propietarios de ella. Y esto se plantea por nuestro autor así: la primera venta o enajenación, obviamente, produjo la pérdida del derecho en el transmitente, si bien la pérdida dominical sólo se produce frente al primer adquirente, pero no así frente al segundo, al que nuestro transmitente vuelve a enajenar, transmitiendo la propiedad al mismo, es decir, a ese segundo adquirente, y así podría ocurrir sucesivamente. Sólo se rompe la cadena cuando uno de los “accipiens”, cualquiera de ellos, entra en el Registro inscribiendo y, “desnivelando” esta ficticia igualdad..., así deviene único y absoluto propietario frente a todos (99). En todo caso, la teoría de FUNAIOLI de la “Propiedad Relativa”, llevada por el autor italiano a sus últimas consecuencias, pues como hemos dicho, para él, antes de la inscripción, todos los adquirentes de una misma finca son titulares reales de ella, también contagió a cierta doctrina española. El mismo Jerónimo

(98) Indica ROCA SASTRE que en los sistemas de transcripción, como regímenes inmobiliarios no evolucionados, solamente contemplan en su clara pureza la pugna entre títulos incompatibles principalmente cuando el de fecha más moderna se ha anticipado en la transcripción. En esta pugna suele servir de prototipo el caso de la doble venta por el propietario de un inmueble a favor de dos personas sucesivamente. Para la resolución de tal pugna dichos sistemas adoptan una fórmula simplista: la prioridad más absoluta. “Prior in tempore potior in iure”. Esta es la solución mágica. La conciencia del legislador aquí adopta un argumento que le tranquiliza: es justo que el que fue negligente o remiso en acudir a la transcripción sufra el justo castigo de quedar inoperante su adquisición. Esta transcripción es, pues, suficiente para que aquella adquisición transcrita prevalezca, siempre, claro está, que el contrato de compraventa sea válido, no se requiere ningún otro requisito ni siquiera la buena fe. De la validez o vigor de la titularidad del vendedor el sistema para nada se preocupa, por ser un problema ajeno a todo lo que no sea la oportunidad en el logro de la transcripción, pues es lo único de que se trata.

Los sistemas de fe pública del Registro no adoptan esta visión raquítica, sino la más amplia posible. También juega en ellos la prioridad pero condicionada no sólo por la validez del negocio adquisitivo del tercero, sino por la buena fe de este tercero sobre todo, y como en ello juega prevalentemente la confianza de éste en la verdad del contenido del Registro se requiere asimismo la previa inscripción del derecho a nombre del transferente y en algunas legislaciones, además, se brinda sólo la protección a los terceros adquirentes que lo sean a título oneroso (“El problema de la relación con respecto del art. 34 LH guarda el art. 32 de la misma”, *RCDI*, 1965, pág. 810)

(99) FUNAIOLI. “La cosiddetta proprietà relativa”, en *Studi per Cicu*, Milán, 1951, pág. 377.

GONZÁLEZ aceptaba, por lo menos la existencia de un propietario material poseedor, sin título inscrito y, un propietario formal único, legitimado para transmitir la finca. DE LA RICA consideró que mientras el derecho real no se inscribe no queda constituido con la eficacia "erga omnes" que le es característica.

En mi opinión, la construcción de FUNAIOLI está a falta de fundamento jurídico serio, pues no es ni concebible ni creíble que quien dispone de su derecho lo esté al mismo tiempo conservando, aunque sea frente a otras personas posteriores adquirentes. Disponer supone para mí perder, "vaciar" patrimonialmente en beneficio de otro; la propiedad es derecho exclusivo (por lo menos hasta hoy, y salvando los embates del derecho administrativo) y su eficacia actuante afecta a todos. No creo que se necesite mayor comentario.

Pero la Escuela italiana no rompe totalmente con la anterior tesis, y ciertos autores, como COVIELLO, traspolan propiedad relativa por ineficacia relativa del acto no transcrito. Autores del peso jurídico de FERRI y MAIORCA consideran que, cuando se produce la transcripción de aquel que va primero al Registro, se da una especie de hecho retroactivamente resolutorio de la primera o anterior adquisición no transcrita. MAIORCA, en el supuesto clásico de doble venta, considera que las diversas enajenaciones del tradens "entrañan un derecho resoluble que se hace irrevocable por la inscripción propia y, se desvanece por la ajena" (100). Jugamos con eficacias provisionales de aquello que no ha sido aún transcrito, y que coexiste, o cohabita, con otra disposición tan provisional como la anterior. Cada uno de ambos hechos tiene relevancia jurídica como elemento constitutivo de un supuesto de hecho todavía incompleto. Cuando se produce la inscripción entra en acción la protección registral de la ley, la apariencia y así la adquisición, sin contrincante alguno, será "a domino". La transcripción del segundo resuelve el derecho del primero y lo retrotrae al disponente, dueño inicial.

Parecidos son los criterios operativos de FERRI, que sostenía que "la enajenación no transcrita deviene inválida al instante de la transcripción del segundo adquirente y, en consecuencia, la propiedad revierte al enajenante del cual pasa en el mismo instante a aquél" (101). GENTILE también sostiene que la adquisición del titular protegido registralmente es "a domino", pues según este autor, "realizada una primera venta, y mientras su inscripción no tenga lugar, no se ha perfeccionado todavía la separación de la propiedad de la cosa vendida de la persona del vendedor y, por ello,

(100) MAIORCA "Della trascriziones", en *Comentario D'Amelio-Finzi. Tutela dei diritti*, 1943, pág. 139.

(101) FERRI "Trascrizione. .", *cit.*, pág. 19.

éste continúa siendo propietario de la misma, aunque de un modo temporal y condicionado, por hallarse legitimado para disponer del inmueble vendido. Por esta razón, en tanto el primer comprador no inscriba su adquisición, el referido vendedor podrá enajenar el mismo inmueble a un segundo comprador, aunque potencial y condicionalmente, y así, por consiguiente, a un tercero, cuarto o quinto sucesivos adquirentes, todos los cuales serán también propietarios únicamente potenciales o "sub-condicione" y tan sólo el de esta serie de adquirentes que *antes* inscriba su título se transformará en propietario puro o actual" (102). CARIOTA-FERRARA, en parecidos términos, pero en opuesta idea a la crítica propiedad relativa, considera que, mientras que no se produzca la transcripción por alguno de los adquirentes, el tradens vendedor conserva su poder de disposición respecto de la cosa vendida (103). MENGONI igualmente defiende que, si es el segundo adquirente el que ha transcrito antes su acto adquisitivo, será adquirente "a domino", pues no cree el autor que el 2.644 del Código italiano pueda servir de base para justificar adquisición "a non domino" en sentido técnico y con protección legal (104).

MESSINEO parte de consideraciones muy similares a las de MENGONI, en orden a que el 2.644 del Código Civil italiano resta eficacia no al título en sí, sino a la transcripción posterior de derechos nacidos del título y, en consecuencia, considera que la falta de transcripción no resuelve en buena lógica la adquisición, pero sí limita su eficacia, pues el título "no tiene efecto". Estima el ilustre autor que debe rechazarse el concepto de *resolución* y sostener, en cambio, el de *ineficacia relativa*. La adquisición del segundo o ulterior causahabiente nace, cuando el primero no transcribe, o transcribe después de él, y es una clara adquisición "a domino" y además, a título derivativo, ya que determinándose la sobrevenida ineffecticia de la adquisición del primer causahabiente el segundo adquiere "a domino". Prueba es que el derecho pasa al accipiens con todos sus pros y sus contra, vicios y beneficios. Señala, por último, que "aun no pudiéndose operar con el concepto de resolución y manteniendo firme el concepto de ineffecticia, la adquisición del segundo causahabiente se convierte en adquisición 'a domino' precisamente porque la misma es, ante todo, adquisición válida y además porque el enajenante está, en virtud de la transcripción, legitimado *a posteriori* para enajenar al segundo causahabiente, y el poder de disponer del enajenante renace respecto de la segunda enajenación" (105).

A estas opiniones podríamos agregar otras como la de CARNELUTTI o

(102) GENTILE *La trascrizione immobiliare*, Nápoles, 1959, pág. 6.

(103) CARIOTA-FERRARA *Il negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936, pág. 92.

(104) MENGONI "L'acquisto...", *cit.*, pág. 131.

(105) MESSINEO *Derecho civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, 1954, trad. Sentis Melendo, pág. 577.

la de GIORGIANNI, pero la verdad es que todas, con muy ligeras variaciones “de gusto” o con sutilezas dialécticas, que a veces esconden construcciones dogmáticas inseguras, todas, repito, se esfuerzan en demostrar que la adquisición producida tiene el carácter de “a domino”.

Opinión crítica

Pasemos ahora a manifestar brevemente nuestra opinión a las aludidas tesis de los autores y, como creemos, carecen de cierta defensa sustantiva no sólo en el Derecho italiano, sino, inclusive, a su aplicabilidad en el área de Derechos latinos. Sabemos bien que en España la propiedad y demás derechos sobre bienes se adquiere y transmite por efecto combinado del consentimiento legítimamente manifestado y la tradición. Ello supone que toda modificación real opera en la dialéctica contractual de las partes o por expresa manifestación legal, pero a ninguno se nos ocurre pensar que la inscripción del acto de adquisición tenga eficacia dispositiva, lo cual supone negar rotundamente la teoría que pretende configurar la transcripción como modo de adquirir el dominio, ni aquellos que defienden la extraña vía de la propiedad relativa, pues no dudamos en afirmar que toda disposición de nuestra propiedad en vía enajenatoria es perfecta y completa, provocando de manera plena el traspaso dominical y haciéndolo efectivo “erga omnes”, pues cae en los dominios de lo absurdo pensar que un sujeto “puede ser y no ser” a la vez propietario de un bien o cosa.

Para mayor y mejor abundamiento refutatorio en orden a los anteriores criterios, disintimos de la argumentación que nos da MESSINEO en su obra ya citada. Adivinamos un contransentido cuando sostiene, con razón, que la primera enajenación priva al tradens del poder de disposición, pero pasa a asegurarnos luego que, realizada por ese primer disponente una segunda enajenación, que ingresa en el Registro, este segundo adquirente adquiere eficazmente “a domino”, pues del disponente “original”, aunque transmitió, no lo hizo del todo, “recuperó” titularidad, para operar otra vez y así sucesivamente. Tenemos claro que todo poder de disposición es privativo y a la vez exclusivo del propietario de la cosa, y corresponderá al titular del derecho subjetivo, de tal forma que sólo él puede disponer del mismo. Nuestro disponente “original”, una vez realizada la primera enajenación se “vacía” de poder, pues lo transmitió al primer accipiens, careciendo ya obviamente de ese poder, opino, irrecuperable por esos difíciles vericuetos, pues ya no es titular del derecho que pretende transmitir por segunda o tercera vez. Así, cae por su peso, que el segundo adquirente protegido por el Registro lo sea “a domino”, y defender que aquella enajenación primera no transcrita restituye al disponente original la “in-

vestidura" de dominus, volviéndolo a legitimar para sucesivas enajenaciones, lo cual no deja de ser un difícil ejercicio de malabarismo sin base sustancial. Pero lo que sí está claro es que la segunda enajenación producida por alguien (titular original) que ya no es titular del derecho enajenado, producirá mas bien una adquisición "a non domino" en vez de "a domino", como se pretendió.

Intentemos ahora, con el material que se nos ha dado, construir positivamente un criterio. Obviamente estamos jugando con el supuesto típico de la doble venta (aunque no sólo se aplique a este supuesto). No nos merece el beneficio de la duda el que, cuando un vendedor realiza una segunda venta de algo que ya vendió antes, ya no es propietario de ese inmueble por ejemplo, pues se desprendió de su titularidad en esa primera enajenación. El Registro, ahora en este momento, para nada tiene que ver, pues se inscriba o no el acto dispositivo, su titular quedó definitivamente despojado del "dominium". Igualmente, en el decir de CRISTÓBAL MONTES, la ausencia de titularidad en el tradens tiene lugar cuando su título es inexistente o nulo en forma absoluta y cuando el mismo ha sido anulado, resuelto, rescindido, revocado o de cualquier otra forma devenido ineficaz para el momento de verificarse la transmisión o gravamen de la finca (106). Ahora bien: partiendo de que el titular registral de ese derecho no es un titular real, "verus dominus", sino mero titular tabular o formal. Pero, precisamente por todo aquello que nos justificó la doctrina de la apariencia, es aquí, en este momento, por concretas razones de seguridad del llamado tráfico jurídico inmobiliario, donde se pone en marcha toda la mecánica registral y los condicionantes y "amparo" del artículo 34 LH. La apariencia legitimadora todo lo cubrirá, más diría, lo justificará, no importa ahora que actúe en positivo o en negativo, por vía del 34 o del 32 LH. La ley *quiere* que el tercero (segundo adquirente: tercero registral) bajo ciertas condiciones, adquiera de forma perfecta e irrevocable. La protección registral es sanatoria, es "curativa". El titular aparente, a la luz de todos, se encuentra totalmente legitimado en sus actuaciones en el campo del tráfico jurídico. La transcripción registral ha servido para transformar una imposibilidad jurídica en un posible jurídico pleno y realizable. En palabras de J. GONZÁLEZ, "si la legitimación no equivale a facultad de disponer, la suple, empero, en el comercio produciendo la validez del acto dispositivo del no titular con cargo al verdadero titular y a favor del adquirente de buena fe" (107). O, como ha dicho ROCA SASTRE, "hay que sentar de una vez que la facultad de disponer es privativa del 'verus

(106) CRISTÓBAL MONTES "La adquisición...", *cit.*, pág. 607.

(107) GONZÁLEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, I, Madrid, 1948, pág. 26.

dominus', pero la legitimación registral sitúa al titular según el Registro en la posibilidad de producirse como si fuera dueño o titular verdadero del derecho registrado" (108)

In fine, para nosotros el adquirente protegido por la publicidad registral, el tercero hipotecario, es un adquirente "a non domino". Tal no admite duda.

b) *Adquisición "a non domino"*

Un amplio sector doctrinal, y en el que también participan autores italianos, así como españoles y, desde luego, alemanes, al abordar la cuestión que nos ocupa se inclinan por estimar que la consabida adquisición del tercero registral es y será siempre "a non domino", pues la ley, arropada por la apariencia y la legitimación, suplirá el defecto de titularidad de aquel enajenante irregular, titular tabular.

La mecánica justificatoria de este modo de adquirir debe arrancar de la voluntad legal legitimadora sobre el titular transferente, la protección a la confianza, a la apariencia, que otorga poder legal para transmitir a un "enajenante incompleto" jurídicamente considerado. Cabe también que la legitimación sea actuante asimismo sobre ciertos terceros, para disponer sobre el patrimonio ajeno. Supuesto de representación en el que no vamos a entrar. La legitimación aparente que a nosotros importa supondrá siempre capacitar, dotando de eficacia jurídica al acto del enajenante para que en su actuación aparezca investido de poder bastante.

Pero nos preguntamos ¿qué supone y en qué consiste la legitimación del titular aparente que posibilita la disposición práctica del derecho ajeno? GIERKE dice simplemente que se trata de un poder dispositivo, de orden formal, pero de verdadera fuerza real. VON THUR resume la legitimación del titular tabular en su posibilidad material de disponer en la realidad, criterio al que se suma MENGONI, si bien matiza y considera esta posibilidad como de orden jurídico. LADARIA cree que no estamos ante una legitimación aparente, sino ante una situación de legitimación por vía extraordinaria, pues nuestro titular aparente posee un verdadero poder jurídico que le permite obrar con eficacia. Más lejos se sitúa RAVA, que considera que aunque el negocio jurídico tenga eficacia real en el Derecho italiano, necesitará para justificar la legitimación dispositiva la tradición adicionada a la transcripción, y ésta será la verdadera causa eficiente del traspaso de la legitimación subjetiva, pues al lado de la circulación jurídica de los bienes existe una distinta circulación de las legitimaciones.

(108) ROCA SASTRE "El problema de la relación con respecto del artículo 34 LH guarda el 32 de la misma", *RCDI*, 1965, pág. 809.

Cierra LACRUZ el círculo a estas teorías, a veces más bien simples criterios doctrinales, señalando que las críticas se han venido a centrar fundamentalmente sobre la real o supuesta legitimación del enajenante. Toda legitimación supone una autorización, bien voluntaria o bien legal, para realizar actos de disposición, pasada esta frontera la disposición de un derecho ajeno es acto ilícito. Sin duda, partiendo de un criterio netamente tabular, aquel titular registral es el único legitimado para provocar, mediante la inscripción, modificaciones librarias en la situación jurídica de la finca. Pero considera LACRUZ que “en el sistema español de inscripción generalmente declarativa y en el cual la inexactitud del registro no es algo patológico, sino un fenómeno normal que se produce al menos unos minutos o unas horas tras cada enajenación, el hecho de que cada titular registral, con independencia de si materialmente ostenta o no el derecho que la inscripción le atribuye, sea el único que puede promover, por vía ordinaria, los cambios registrales, no arguye ninguna autorización para disponer que no puede derivar de la regla meramente formal de tracto sucesivo (que sólo cuida de formar una genealogía de titulares librarios, sin interesarse por la pertenencia material del derecho) ni menos del artículo 38, que limita su papel a presumir la exactitud del asiento ayudando al titular en la prueba de su derecho, y no le faculta para enajenarlo (por lo demás, esa llamada “legitimación” existe igualmente en los Derechos francés e italiano, donde el concedido del Registro no se presume exacto). Sería precisa una disposición expresa de la ley para que el titular registral pudiera ser considerado como legitimado para disponer, incluso fraudulentamente, de la cosa que no es suya y esta disposición no existe, ni verosimilmente puede existir” (109).

Efectivamente, creemos con LACRUZ, en esa necesidad de disposición legal expresa para que el titular registral pueda ser considerado como legitimado para disponer. Pero conviene entender que una cosa es que no se formule inmediatamente la legitimación del titular aparente y otra que la misma resulte por vía indirecta, o como efecto reflejo de la protección registral. Así se pronuncia CRISTÓBAL MONTES, pues considera que desconocer esto es ir contra la realidad de los hechos. El que confiado en el Registro adquiere de buena fe, su adquisición será eficaz y será mantenido en ella. Es decir: adquiere con efectividad plena el derecho que se trate, sin consideración concreta a si éste pertenecía al tradens o a otro sujeto, y sin consideración a buena o mala fe actuante de ese transferente. Lógico es pensar que esto debilita la posición en el mundo jurídico del tradens, pero por ello no se le puede “despachar” de la relación. A nosotros lo que verdaderamente nos importará y será determinante es la protección del

(109) LACRUZ “Lecciones..”, *cit.*, pág. 293

tercero de buena fe materializada por la norma, y siempre que nuestro tercero hubiera realizado un negocio jurídico dentro de los parámetros impuestos por la ley que motivará sin duda esa adquisición en situación de “a non domino”, sustentada por una legitimación dispositiva —auténtica legitimación—, pues por ello el “non dominus” podrá operar con poder jurídico suficiente para concretar eficacia sobre su acto.

PUGLIATTI, y por su efecto ROCA SASTRE en nuestra doctrina, considera (el primero) que el acto dispositivo del “non dominus” debe ser considerado como simple elemento de hecho que, juntamente con otros elementos de hecho, constituye un supuesto de hecho complejo que, como todo, es el verdadero y único hecho adquisitivo del derecho (algo que ya los alemanes habían formulado y dicho con su doctrina sobre el *Tatbestand* en su aplicación por la doctrina del Derecho privado). De ahí que ROCA diagnostique que la adquisición “a non domino” es un modo de adquirir la propiedad “ex causa nova”, es decir, diferente del modo de adquirir por negocio jurídico. En esta singular y, casi diríamos, extraña forma adquisitiva hay algo de excepcional que supone para la ley la adopción de razones o medios de tipo *expropriatorio* que nos proyectan lejos de la recta disciplina del Derecho civil. Adquirir “a non domino” es, en sí y por sí, más “grave” que adquirir mediante la usucapión, pues ésta “cuenta” con todos los sujetos, desgrana el tiempo y casi “te avisa”; en la forma “a non domino” no pasa igual, se opera “ex lege” automáticamente, justificando la salvaguarda del tráfico; en la adquisición “a domino” la ley requiere que el enajenante sea el titular del derecho con una operativa de legitimación normal, mientras que en la adquisición “a non domino”, con la concurrencia de ciertas condiciones sabidas, la ley completa el supuesto de hecho, reconociendo al titular aparente la posibilidad de disponer eficazmente del derecho de otro, en este caso, con la operativa legitimación por vía extraordinaria o aparente.

Opinión crítica

Entrando ya en la recta final, decir que hay que sentar de una vez que la “facultad de disponer” es privativa del *verus dominus*, pero la legitimación registral sitúa al titular, según el Registro, en la posibilidad de producirse como si fuera dueño o titular verdadero del derecho registrado, pues el artículo 38.1 LH lo presume tal “*iuris tantum*” a todos los efectos legales. Por otra parte, no cabe duda que entre la facultad de disponer o legitimación ordinaria que atribuimos al titular real y la autorización para disponer, o legitimación extraordinaria que por ley se reconoce al titular aparente, hay una total equivalencia, ya que ambas conducen a igual

resultado: la adquisición del derecho por parte del accipiens. La ley suplirá, subsanará o convalidará la falta de poder de disposición en aquel titular tabular. Por ello, creemos que, a la definitiva, la distinción entre adquisición formal y material es puramente inoperante en la realidad cotidiana.

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Supremo *no* tiene declarado expresamente que el artículo 34 LH pueda entrañar una adquisición “a non domino”, pero sí lo hace implícitamente, pues si bien generalmente emplea el concepto de protección que el artículo 34 brinda al tercero hipotecario, no obstante reconoce que este tercero efectúa realmente una *adquisición de derecho inscrito*. Así, por ejemplo, la Sentencia de 5 de febrero de 1962 habla de que el tercero hipotecario efectúa la *adquisición del dominio inscrito* por ministerio de la ley en virtud del artículo 34 LH, *combinada* con la buena fe del adquirente, de que el Registro y sus asientos se estiman *exactos e íntegros* en beneficio del tercero que esta norma protege, aunque la realidad jurídica extrarregistral sea otra y en pugna con la tabular, y cuya adquisición *se mantiene incondicionalmente*. En igual sentido se manifiesta otra Sentencia de 8 de febrero del mismo año 1962.

Creo haber fundamentado mi criterio a lo largo de estas páginas. Mi pretensión ha sido simple, pero no por ello poco importante. La publicidad, en un juicio de valor, ocupa un alto escaño en el campo del Derecho civil. La fe pública, apoyada por la apariencia y la consecuente legitimación del acto, crean un “ius novum” de gran trascendencia en el mundo actual que nos toca vivir, muy especialmente en el campo inmobiliario. El actor principal de la obra será un sujeto muy singular: el tercero hipotecario; el campo de acción, el “decorado”, un singular modo de adquirir, creado con materiales jurídicos nuevos y que no todos dan por buenos. Al final: el mundo de las consecuencias jurídicas, largos y tortuosos senderos para alcanzar iguales cimas. Simplemente se trató de caminos diferentes. El Derecho hipotecario reafirma su realidad absolutamente necesaria en el tráfico económico, sus parámetros son concluyentes y opino que, son efectivos, a la vez que ordenados, en eso consistirá todo. Más allá, el derecho es la razón y la consecuencia.

LUIS MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

DICTAMENES Y NOTAS

Los recursos propios como problema

INTRODUCCION

Uno de los conceptos angulares de toda disciplina que verse sobre la estructura financiera de la empresa es el de capital propio, recursos o fondos propios (por opuestos a los ajenos), capital riesgo (frente al capital de crédito) o neto patrimonial. No siempre, con todas estas expresiones, quiere decirse lo mismo y, sin embargo, se está de acuerdo en la necesidad de una comprensión certera y, en la medida de lo posible, uniforme de lo que se ha de entender por ello (1). El Derecho necesita determinar los recursos propios para construir toda la normativa jurídico-mercantil sobre el capital; para la delimitación de la cobertura patrimonial en la emisión de obligaciones; para proteger la solvencia de ciertas entidades especial-

(1) La uniformidad en la calificación de "fondos propios" preocupa especialmente a las autoridades nacionales y comunitarias encargadas de la supervisión de la solvencia de las entidades de crédito. Así el IV Cdo. de la Directiva 89/299/CEE señala que "dado que en un mercado común bancario las entidades de crédito se encuentran en una situación de competencia directa entre sí y que, por consiguiente, las definiciones y las normas aplicables a los fondos propios deben ser equivalentes (...) la adopción de normas de base comunes será altamente beneficiosa para la Comunidad, al evitar distorsiones de la competencia y al fortalecer simultáneamente el sistema bancario de la Comunidad" *Vid. Papeles de economía española, transformación financiera en España*, núm. 44, 1990, artículo sobre "La reforma de los coeficientes de solvencia", por Raimundo POVEDA, págs. 48 y sigs. Una reseña sobre el contenido de la Directiva, en M. TARRIO BERJANO, *Noticias de la CEE*, junio 1990, año VI, núm. 65.

Existe una tensión entre la conveniencia de una definición más o menos pacífica de lo que se haya de entender por fondos o recursos propios y las enormes dificultades para llegar a una calificación positiva o negativa de ciertas partidas. Por otra parte, como señala Jean STOUFFLET, en "Les capitaux propres", *Rev. des. Soc.*, diciembre 1986, págs. 541-555, quizá haya que renunciar a imponer una noción única. "Puesto que el concepto es 'funcional' y su utilización es cada vez más frecuente en textos legales, en la jurisprudencia o en la práctica, conviene hasta cierto punto su diversificación. Por lo demás, ésta es la vía seguida por el legislador".

mente sujetas a la supervisión de la Administración; para reaccionar frente a situaciones de infracapitalización; para determinar la base imponible del impuesto de renta de sociedades; para calcular el valor real de una acción o de una participación reembolsables, etc. También la ciencia contable o la teoría económica precisan de ese concepto.

Frente a todas estas necesidades los recursos propios se nos presentan como un problema. Un problema que reclama urgente atención.

FONDOS O RECURSOS PROPIOS. CONCEPTO

Utilizando categorías de sobra conocidas (2) entendemos por “recursos propios” aquella parte de la financiación básica de la empresa cuya función es la cobertura de los riesgos derivados de la gestión (en este sentido la expresión equivaldría a la de “capital-riesgo” por oposición a financiación o recursos ajenos a largo plazo).

El capital, o recursos propios, tiene una función que comparte con la asignada a los demás elementos que integran la financiación básica: precisamente la de *financiar* la estructura o activo permanente (infraestructura de la empresa), es decir, aquella cuya vinculación temporal a la empresa excede de los límites del corto plazo; y a la cobertura de una parte razonable del circulante (3). Esta función determinante del “genus” puede calificarse, para entendernos, de “financiera” o “económica”.

Junto a esta función genérica, la “diferencia específica” tipificadora de los recursos propios es su aptitud o idoneidad para la cobertura de riesgos de empresa. Esta función ha querido ser denominada “jurídica o de garantía”.

Como puede verse, ambas “funciones” son correlativas a las que la doctrina tradicional predica de uno de los elementos que integran el agregado “recursos propios”: el capital social.

(2) Las utilizadas por nuestro Plan General de Contabilidad, y seguidas luego por la doctrina contable. *Vid.*, por ejemplo, Leandro CAÑIBANO *Análisis contable de la realidad económica*, Ed. Pirámide, págs. 169 y sigs.; José RIVERO *Contabilidad financiera*, Ed. Trivium, septiembre 1989, *passim*; Pedro PEDRAJA GARCÍA *Contabilidad y análisis de balances en la Banca*, Centro de Formación del Banco de España, Madrid, 1986, págs. 45 y sigs.

(3) Como se sabe la parte del circulante financiada por recursos financieros permanentes se denomina “working capital”, o fondo de maniobra. Una regla clásica del equilibrio financiero exige que el valor de los capitales permanentes exceda del valor del inmovilizado. Si el fondo de rotación fuere igual a cero, dificultades en la renovación del pasivo corriente motivarían una reducción del activo rentable. *Vid.* RIVERO, *op. cit.*, pág. 86.

LA CRISIS DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE CAPITAL SOCIAL

Según opinión bastante extendida (4) sería posible discriminar en el capital social dos funciones de diversa naturaleza: una función financiera y otra función tutelar o de garantía.

La primera es función calificada de “económica”: servir de fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio a través del ejercicio de determinada actividad empresarial. Esta finalidad sería jurídicamente irrelevante puesto que —se sostiene— en nuestro ordenamiento se prescinde en absoluto de dictar disposición alguna de carácter general por la que se establezca la exigencia de que el valor del capital sea adecuado a la naturaleza del objeto social.

Por contra: el capital en la sociedad anónima es más un “concepto jurídico que económico” (Garrigues). Del capital social se predicen una serie de “principios ordenadores” (Uriá, Pérez de la Cruz, Garrigues, Vicent Chuliá, Menéndez), “garantías de correspondencia entre el capital social y el patrimonio de la sociedad anónima” (Sánchez Calero). Estos principios inducidos de múltiples normas esparcidas a lo largo de nuestro Derecho de Sociedades (5) integrarían algo así como un Derecho universal de la sociedades anónimas. El Derecho de Sociedades vendría a tomar por obligado punto de referencia un concepto puramente jurídico del capital para construir todo un sistema tutelar del derecho de terceros. Este sistema exige la perfecta determinación de la cifra de capital (objeto de mención en la escritura de fundación y posterior publicidad registral en los términos establecidos en la ley) y de correspondencia “mínima” de la cifra de capital con la del patrimonio, tanto en su momento inicial (el llamado principio de “exacta formación”) como en lo sucesivo (el de “conservación de estabilidad”) (6).

(4) Puede verse una excelente exposición en A. PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO: *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1973, págs. 40 y sigs.

(5) La exposición sobre las llamadas “funciones del capital social” es habitual en la manualística y en la doctrina. Pueden verse URIÁ en *Derecho mercantil*, 16 ed., Madrid, 1989, págs. 210 y sigs.; GIRÓN TENA, en *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, págs. 51-55; PÉREZ DE LA CRUZ, *op. cit.*, págs. 40 y sigs.; J. RUBIO *Curso de Derecho de sociedades anónimas*; PAZ-ARES “Sobre la infracapitalización de sociedades”, *ADC*, 1983 págs. 1587 y sigs.; VICENT CHULIÁ *Compendio crítico de Derecho mercantil* 2.ª ed., t. I, págs. 271 y 272. Una exposición reciente con nueva sistematización, en QUINTANA “El capital social”, en ROJO, A. (dirección): *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 105 y sigs. Esa sistematización es seguida por J. MASSAGUER *Los dividendos a cuenta en la sociedad anónima. Un estudio de los artículos 216 y 217 LSA*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, págs. 23 y sigs.

(6) Según QUINTANA, el principio de exacta formación se manifiesta en los princi-

No obstante lo difundido de estas opiniones, creo necesario apuntar una nueva explicación desde otra perspectiva global e integradora de la dogmática tradicional. Empieza a avanzarse la opinión de que asistimos a una crisis de la noción tradicional de "capital social". Esta concepción clásica insatisfactoria se caracterizaría por proponer la noción de capital social como piedra angular de toda la normativa societaria sobre estructura financiera de la empresa, reconociendo una sola función jurídicamente relevante: la de servir de fondo de garantía o de responsabilidad. Esta función institucional, que el ordenamiento procura merced a complejos mecanismos de protección que constituyen un derecho uniforme del capital (*vid.* Cdo. 2 y 4 de la II Directiva de la CEE) es la "contraprestación del beneficio legal de la limitación de responsabilidad".

Quizá sea excesivo hablar de una crisis de la dogmática de capital si no es en sentido dialéctico: es conveniente ofrecer otra teoría jurídica superadora e integradora de la tradicional. La noción central de esta nueva construcción no sería ya la del capital, sino la de "recursos o fondos propios" (capital de riesgo), para cuya comprensión no se puede prescindir de la finalidad económica de esos recursos (7).

Según esta nueva perspectiva, la teoría del capital debería de integrarse dentro de la teoría de los fondos o recursos propios en la que desempeña un papel crucial pero no exclusivo.

En realidad, cuando se dice que el capital social desempeña una función de "garantía", se está incurriendo en una imprecisión. La sociedad responde del cumplimiento de sus obligaciones con el patrimonio neto, no con la cifra de capital. El capital es una cifra de valor de retención (8).

píos de UNIDAD, INTEGRIDAD, DESEMBOLSO MINIMO y REALIDAD. Y el principio de conservación en los de ESTABILIDAD, PRUDENCIA EN LA VALORACION DE LOS ELEMENTOS DEL ACTIVO, PROHIBICION DE REPARTO DE DIVIDENDOS FICTICIOS, PROHIBICION DE COMPRA POR LA SOCIEDAD DE SUS PROPIAS ACCIONES, y los de REDUCCION Y DISOLUCION OBLIGATORIAS POR PERDIDAS

(7) También en la doctrina francesa se habla de "le déclin du concept de capital social" (*vid.* "La diversification des valeurs mobilières: ses implications en droit de sociétés", por Thierry BONNEAU, *Rev. Tr. Dr. Co* 1988, págs 535 y sigs.) La causa de esta quiebra por insuficiencia de la doctrina clásica reside en la imposibilidad de explicar toda la diversificación de valores mobiliarios que exige una política legislativa consciente del robustecimiento de los fondos propios (*vid.* Blandine CORDIER, "Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes", *LGDJ, passim*). Esta crisis se manifestaría en dos tendencias convergentes: de una parte, se reproducen en ciertos valores mobiliarios las prerrogativas tradicionalmente atribuidas a los valores representativos del capital social (el llamado "quasi-capital"), y de otra, ciertos títulos representativos del capital social son cercenados de sus atributos más característicos (el voto, por ejemplo, en el "capital muet").

(8) En este sentido, *vid.* GUYÓN, Y.: "Le capital social, clef de répartition des droits

La diferencia entre el capital social y los fondos propios no es sólo cuantitativa: el capital es solamente "un elemento de los recursos propios que forman una categoría más amplia" (9). Es un valor fijado de manera definitiva en los estatutos sociales y sólo de modo riguroso susceptible de aumento y reducción; mientras que el montante de recursos propios fluctúa constante y espontáneamente hasta el fin de la vida social. Sólo la cifra de recursos propios "dice" algo sobre el haber social, el porvenir o la solvencia de la sociedad.

Creo conveniente traer aquí a colación otra de las causas generadoras de esa desconfianza que se percibe en la moderna doctrina hacia las funciones a desempeñar por el capital. Me refiero al deterioro de su función de garantía por la erosión del capital en el supuesto de economías con procesos agudos de inflación (10). Si la "garantía" prestada por el capital se traduce en una cifra estable de valor de retención, es evidente que esta cifra constriñe menos cuanto menor sea su valor real. Y el valor real es atacado por la depreciación monetaria resultante de la inflación. ¿Cómo estar satisfechos de cifras de capital de 10.000 pesetas o incluso menos a que nos tienen acostumbrados las viejas sociedades anónimas? No podemos olvidar que es relativamente frecuente, entre las sociedades pequeñas, conservar la cifra de capital fundacional. Los diez millones de capital mínimo (tratándose de anónimas) o las quinientas mil pesetas (en las limitadas), si no son objeto de ulteriores actualizaciones, dejarán de servir como instrumentos disuasorios de la elección de tipos capitalistas dentro de muy pocos años. La solución podría consistir en una política deliberada y conscientemente dirigida al robustecimiento de los fondos propios. En este sentido, es imprescindible que se ataque el problema de la ausencia de leyes de regularización y actualización de balances (la última cuenta de actualización es de hace más de siete años): beneficiése fiscalmente la constitución de reservas por revalorización y estimúlese su capitalización (11).

Para quienes defienden el carácter normativo de la exigencia de suficiencia de los recursos propios (teoría del "capital material" o de la infra-capitalización) la presunta irrelevancia jurídica de la función económica es una quimera: existiría la necesidad de adecuar el capital al objeto social, pues de lo contrario el ordenamiento reaccionaría para sancionar la infra-capitalización.

Para los defensores de esta teoría (en nuestra Patria, por ejemplo, Paz-Ares), existiría una norma positiva que ordena la adecuación del capital

dans la société", en el Coloquio de la Universidad de París, 2, 1977: *Le capital social: grandeur ou décadence?*

(9) STOUFFLET. *op. cit.*, págs. 549 y sigs..

(10) Puede verse en la doctrina francesa, V. PLAS. A.: "Le capital social et l'érosion monétaire", *Gaz. Pal.*, 1977, 2, Doctr., pág. 356.

(11) Puede verse en la doctrina francesa V. PLAS. A.: "Le capital social et l'érosion monétaire", *Gaz. Pal.*, 1977, 2, Doctr., pág. 356

social al objeto social explotado. Y en sentido inverso: la ausencia de capital se sustituye —léase se sanciona— con la presencia de responsabilidad. Esta afirmación que “choca derecha y frontalmente con la doctrina más generalizada en la materia” se fundaría en nuestro Derecho en la misma concepción de capital como cifra de retención (que constituye el equivalente a la responsabilidad limitada de los socios) y puede inducirse de artículos como los que ordenan la disolución de una anónima o limitada por “imposibilidad manifiesta de realizar el fin social” (art. 260.1.3 LSA).

A estas alturas nadie duda de la bondad de estas premisas. De hecho, una de las causas de la crisis de la concepción clásica de capital es la conciencia generalizada de que la disciplina sobre la tutela y conservación del capital es insuficiente para la prevención y sanción de la infracapitalización (PÉREZ DE LA CRUZ. *op. cit.*, pág. 41, nota 29; QUINTANA. *op. cit.*, pág. 107). Otra cosa muy distinta es admitir que exista en nuestro Derecho positivo base suficiente para defenderlas, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, más modernos en este punto, llegando incluso a hacer abandono de la noción y defensa del capital social (12).

Lo cierto es que, sin necesidad de afiliarse a esta opinión, es muy discutible que nuestro ordenamiento jurídico suministre las bases suficientes para defender esta concepción, por muy recomendable que sea su adopción *lege ferenda* —parece evidente que el Derecho nó puede desentenderse de la disciplina de la estructura financiera de las compañías (no

(12) De obligada cita es la Ley de Sociedades del Estado de California, sobre la que puede verse un comentario en MONTANARI. A : “Capitale nominato adeguato all'oggetto sociale o “mezzi propri” proporzionali alle dimensioni?”, en *Riv. delle Società*, 1980, págs. 571-578. La adecuación entre capital y objeto social es expresamente exigida en el artículo 6 de la Ley egipcia sobre sociedades de capital (L. 26/1954), y en este sentido se orientaba la norma de reforma del artículo 120 del proyecto belga para la modificación de la Ley de 30 de noviembre de 1935 (Lois coordonnées). En nuestro Derecho histórico, la Ley de Sociedades de 28 de enero de 1848 y el Reglamento de 17 de febrero, exigían la demostración de la suficiencia de capital para explotar el objeto social (“un capital proporcionado al fin de su establecimiento”), como requisito para la concesión de la autorización (sistema de “octroi”). En Italia no falta jurisprudencia sobre la materia. En algunos pronunciamientos el Juez del Tribunal de Comercio se negó a inscribir en el Registro de empresas una sociedad por ser el capital manifiestamente insuficiente para la explotación del objeto social. *Vid.* PAZ-ARES, *op. cit.*, págs. 1-613, nota 76. En Alemania, a falta de norma positiva, la sanción de responsabilidad por infracapitalización se consigue por el restablecimiento de la vigencia del principio general de responsabilidad patrimonial universal, al faltar los presupuestos del privilegio de limitación de responsabilidad. Los artículos 32.a) y 32.b) de la GmbH, reformada en 1980, han convertido en norma positiva el régimen de infracapitalización nominal (recalificación de un capital de crédito como de riesgo) conformado por la jurisprudencia. En Estados Unidos y países anglosajones la infracapitalización se estudia a propósito de la doctrina del levantamiento del velo (“piercing of the veil”, disregar of legal entity”) de la personalidad jurídica.

sólo de las capitalistas) compartiendo objeto de estudio, aunque no herramientas técnicas o finalidad de estudio, con otras ramas del saber, especialmente con la Teoría Económica o la Economía de la Empresa. Las dos finalidades que creyó descubrir en el capital social la doctrina clásica no se excluyen, sino que se integran en la caracterización de los fondos propios, que financian la estructura permanente de la empresa —su infraestructura: todo el inmovilizado y la parte estable del circulante— (aspecto financiero o “económico”), y además están afectos al riesgo de empresa (aspecto tutelar o de garantía).

El Derecho asigna a las partidas integrantes de esos recursos propios unas determinadas funciones que configuran su particular estatuto, regulando su nacimiento y disciplinando su aplicación, saneamiento o desaparición. Por ejemplo, toda la normativa sobre el capital social y su conservación o la existente sobre las reservas legales, las reservas por acciones o por capital amortizado, etc. Así, por ejemplo: la función de la reserva legal es exclusivamente la de compensar pérdidas y eventualmente integrarse en el capital; su dotación es legalmente obligatoria siempre que existan beneficios y hasta el mínimo establecido (art. 214) o voluntaria con cargo a capital (art. 167.2 del texto refundido de la LSA) o a beneficios o reservas disponibles; su constitución o sus modificaciones no son objeto de obligatoria inscripción en el Registro, pero se publican con las cuentas anuales, siendo su movimiento anual detallado en la memoria dentro del epígrafe de fondos propios (proyecto de Plan General de Contabilidad)...

*También existe una disciplina particular de las otras partidas; disciplina más o menos exigente o intensa, según se aproxime a la del capital social, llegando en el caso de la reserva por capital amortizado (art. 167.3 del texto refundido) a predicarse la aplicación de las normas sobre disposición del capital por remisión legal. Todas estas partidas componen los capitales propios o patrimonio neto cuya suficiencia garantiza la ley, por ejemplo limitando la aplicación del resultado (según el art. 213.2 el patrimonio neto debe ser al menos igual al capital social), ordenando la reducción del capital (art. 163.1, §2) o la disolución de la sociedad (art. 260.1.4) si las pérdidas dejan reducido el patrimonio a la proporción de capital señalada (respectivamente, 2/3 y 1/2 de la cifra de capital).

Toda la investigación sobre los recursos propios gira precisamente sobre su suficiencia. El ordenamiento vela por la suficiencia de los recursos propios por un doble mecanismo, positivo y negativo.

En el orden positivo, el ordenamiento estimula o preceptúa el robustecimiento de los recursos propios (por ejemplo: ordenando la constitución de la reserva legal, exigiendo una suficiente cobertura patrimonial para emitir obligaciones, etc.) y negativamente, se restringe o condiciona su minoración o mengua injustificada (garantizando derecho de oposición en

caso de reducción de capital, condicionando la aplicación del resultado a la cobertura de pérdidas o al saneamiento del activo ficticio, impidiendo la reducción de las reservas sin consentimiento del sindicato de obligacionistas *ex art. 289 del texto refundido, etc.*).

LOS RECURSOS PROPIOS EN LAS DISCIPLINAS JURIDICAS

La doctrina francesa habla de una "juridicisation" de los fondos propios para expresar la preocupación reciente de las diversas disciplinas jurídicas por este concepto. Como es bien sabido, la noción de "fondos o recursos propios" tiene su origen en la contabilidad o en la administración financiera de las empresas. En el ámbito mercantil la doctrina descuidó el otro elemento cuya suficiencia deben garantizar las funciones con que tradicionalmente se describía la normativa sobre el "capital social". Si el legislador protege la intangibilidad del capital procurando que al menos la cifra de patrimonio iguale a la del capital, resta por saber cuál es el valor de este término mayor de la comparación.

La noción de los recursos propios es incómoda porque no admite una explicación exquisitamente jurídica. Es más: una explicación que desdeñe la realidad económica subyacente a las partidas financieras susceptibles de integrar el agregado puede ser engañosa. Conviene aclarar algunos extremos. Por fondos o recursos propios no se hace referencia a una masa de bienes y derechos (y deudas pendientes), sino a la cifra de valor que representa en el pasivo del balance la contrapartida de esos bienes (es una cifra de "pasivo" porque representa el origen de fondos o la fuente de financiación; la contrapartida patrimonial es un "empleo o aplicación de fondos"). El adjetivo calificativo "propios" no debe entenderse por referencia a la cualidad del aportante de los fondos (socio o acreedor): lo esencial es que esos recursos sean puestos a disposición de la empresa de una manera permanente sufriendo el "aleas" o riesgo empresarial. Existen casos en que aportaciones de acreedores pueden, bajo ciertas condiciones, integrarse en una noción amplia de "recursos propios".

• *En Derecho de Sociedades* existen multitud de normas que defienden la integridad de los recursos propios. Tradicionalmente referidas al capital social, en realidad se predicen también de otros conceptos.

Aquí la cita es interminable. Basta con señalar algunos ejemplos típicos: la reserva legal de forzosa dotación caso de existir beneficios cuyo destino es el de compensar pérdidas e integrarse en capital (art. 214); la obligatoria dotación de reservas por acciones propias (art. 79.3) o capital amortizado (art. 167.3); las normas sobre necesaria compensación del activo ficticio (gastos amortizables o fondo de comercio) (art. 194); las normas sobre restricciones a la aplicación del resultado o a la distribución y, en su caso, restitución de dividendos (arts. 213 y sigs.); las de reducción

obligatoria de capital (art. 163), o de liquidación (art. 260.4), etc. El contemplado robustecimiento de los fondos propios y las correlativas limitaciones legales a su mengua injustificada podrían integrar un conjunto de normas sobre estabilidad y formación mínima de esos recursos.

Y aunque la cifra de recursos propios no es objeto de inscripción registral, como tampoco lo son sus modificaciones; sin embargo, uno de los epígrafes de la memoria debe detallar el movimiento, la situación inicial y final de los fondos propios (epígrafe 10 de la memoria según el proyectado nuevo Plan General de Contabilidad) y los “fondos propios” integran una de las grandes divisiones del pasivo según el modelo legal de balance del artículo 175. Y no olvidemos que tanto el balance como la memoria se depositan en el Registro Mercantil para conocimiento de todos (art. 2.118 texto refundido).

Y es que el conjunto de normas diseñadas para la defensa del capital social, “se pueden extender en buena medida a las demás categorías jurídicas que componen los fondos o recursos propios de la sociedad anónima” (13). La tutela consistente en aquella defensa tiene una explicación elemental: el patrimonio social es la contrapartida de los recursos propios.

Si según la llamada ecuación (identidad) del balance, el Activo = Pasivo exigible + recursos propios, es evidente que los recursos propios tienen un valor igual al del activo deducidas las partidas exigibles del pasivo: es decir, el patrimonio neto. Si exclusivamente el patrimonio neto social (y no el personal de los socios) debe hacer frente al cumplimiento de las obligaciones sociales (por el privilegio de limitación legal de responsabilidad), es necesario que el legislador cuide de evitar la integridad y estabilidad de los recursos propios.

• alguna doctrina va más lejos de lo prefijado en tales normas para postular una teoría normativa de los recursos propios, o mejor, de la suficiencia de los mismos. Existiría una norma jurídica con arreglo a la cual los recursos propios han de ser adecuados a la explotación de la empresa, pues de lo contrario faltarían los presupuestos necesarios para el disfrute del beneficio legal de limitación de responsabilidad. Sin perjuicio de reconocer la bondad (o la conveniencia) de una solución así “*lege ferenda*”, es opinión prácticamente unánime que en nuestro sistema falta fundamento positivo para defender una solución así. No es mi voluntad entrar en la discusión que tan fructífera se ha demostrado sobre el tema de la infracapitalización.

Las normas sobre “capitales mínimos” que encontramos en la legislación de sociedades de capital y en normas especiales no responden direc-

(13) J. MASSAGUER, *op. cit.*, págs. 23 y 24.

tamente a la finalidad de atacar la infracapitalización, sino a razones de política legislativa de estímulo/disuasión de la voluntad electora del tipo. En este sentido pueden entenderse como limitaciones al "ius electionis" de tipo resultante de una pretendida neutralidad de los mismos y de su carácter instrumental (Fernández de la Gándara) o como normas configuradoras del tipo legal (art. 10 *in fine* del texto refundido) (14).

Para una parte de la doctrina la infracapitalización significa un índice de solvencia pobre. Índice que es el resultado de comparar el nivel de entendimiento con los recursos propios (EQUITY-DEBT RATIO O GEARING RATIO). La infracapitalización se traducirá en un excesivo endeudamiento dado el nivel de recursos propios.

En última instancia, la infracapitalización debería evitar el "leverage" (el denominado "efecto-palanca") en su aspecto negativo: una elevada dotación de recursos ajenos acarrea un riesgo mayor; mayores son los beneficios, pero también las pérdidas asociadas a mayores niveles de deuda. Como la estructura "óptima", o desde la perspectiva jurídica, sancionar (o prohibir) una "capitalización completa y manifiestamente insuficiente" en relación al nivel de deuda. A esta preocupación responden las normas existentes sobre limitación a la emisión de obligaciones (art. 282 LSA).

• No sólo para protegerse la integridad (léase "suficiencia") de los recursos propios necesita el Derecho mercantil de este concepto. El Derecho de Sociedades nos ilustra repetidas veces sobre la necesidad de fijar "un valor real", ya del patrimonio empresarial, ya de una fracción del capital: por ejemplo para valorar una empresa aportada al capital (art. 39.3 del texto refundido), o el patrimonio de las fusionadas, escindidas o absorbidas, o transformadas; para reembolsar al socio excluido o separado; para ejercitar los derechos de preferente adquisición en el caso de transmisiones de acciones o participaciones, etc. (15).

• La determinación de los recursos propios ("capital fiscal") interesa también al Derecho fiscal para la correcta identificación de la base imponible del impuesto de renta de sociedades (por el método de la diferencia de los capitales fiscales del ejercicio en cuestión y el anterior) o la del

(14) Puede verse Angel ROJO y Emilio BELTRÁN "El capital social mínimo", en el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1/1989, enero-febrero.

(15) Parece evidente que el perito o auditor encargado de la "valoración real" del patrimonio empresarial está legitimado para separarse del valor en libros, pues "el valor contable es distinto del valor real, pues en aquél no tienen relevancia elementos inmateriales como la clientela, expectativas, etc." (RDGRN de 27 de abril de 1990). La Dirección General demuestra, con esta Resolución, una suspicacia no del todo justificada. Ciertamente es que el balance no suele representar como debiera la realidad económico-patrimonial de la empresa, pero cosa muy distinta es presumir que no la refleja. El experto hará bien en justificar las causas y la medida en que su valoración se separa de la que resulta en libros ("book value").

impuesto de transmisiones patrimoniales (en el caso de transmisión de patrimonios empresariales o profesionales).

• Por fin, existe toda una normativa de Derecho administrativo económico sobre recursos propios y coeficiente de solvencia de entidades de crédito (cuyas previsiones han sido luego aplicadas a otras entidades tales como las sociedades o agencias de valores) (16).

(16) La normativa sobre coeficiente de solvencia de las entidades de crédito tiene un relevante interés en toda esta materia. Sin lugar a dudas, la disciplina de "recursos propios" es la más técnica de las existentes, aunque desde luego más atenta a consideraciones de índole económica y público que a las de naturaleza estrictamente mercantil.

La necesidad de intervenir supervisando la solvencia de las entidades de crédito ya no repugna, sino a los liberales a ultranza. La trascendente posición económica que ocupan en el sistema financiero y las catastróficas consecuencias de las crisis bancarias vacunan contra posibles tentaciones no intervencionistas (*vid.* Raimundo POVEDA, *op. cit.*, pág. 48. *Vid.*, también, A. CUERVO GARCÍA, J. A. PAREJO GAMIR y L. RODRÍGUEZ SAIZ, *Manual de sistema financiero*, 2.ª ed., Ariel, págs. 157 y sigs.; *Papeles de economía española*, suplemento núm. 13, 1986, y artículos de A. DEL VALLE, "Coeficiente de recursos propios: fundamentación significado y consecuencias en el sistema bancario", y de F. ZANCADA PEINADO "Los ratios de medición de solvencia").

El problema reside en diseñar un instrumento lo suficientemente flexible y efectivo para medir y controlar la solvencia de estas entidades. Los primeros coeficientes eran de endeudamiento (RECURSOS PROPIOS/RECURSOS AJENOS) técnica ya apuntada por nuestra Ley de Ordenación Bancaria de 1921 y que fue la seguida en nuestra Patria hasta 1985 (puede verse sobre nuestro Derecho positivo en el *Manual de sistema financiero*, antes citado). Sin embargo, pronto demostraron su mala calidad y su falta de aptitud para reflejar todo el creciente fenómeno de la innovación financiera y la internacionalización de los servicios. La revisión del coeficiente en los años ochenta ha resultado en la sustitución de técnica: ya no se emplea un cociente de endeudamiento, sino un modelo de RIESGOS ("PAR" o "risk asset ratio"). Si los recursos propios deben estar afectos al riesgo de empresa, deben ser suficientes para cubrir los riesgos asumidos, o dicho de otra manera: supuesto un nivel de riesgos de empresa, el volumen de fondos propios debe ser apto para su cobertura; la empresa no puede asumir riesgos adicionales sin antes para ello reforzar los fondos propios. Este sistema, sin duda el más técnico y el único recomendado internacionalmente, tiene dos problemas de no sencilla resolución: 1. Determinar qué se entiende por fondos propios (el problema del cómputo de recursos propios). 2. La estimación y ponderación cuantitativa del riesgo objeto de cobertura, respecto al cual desempeñan aquéllos un papel similar al de las reservas técnicas en las compañías de seguros.

No podemos entrar a estudiar toda esta problemática que excede con mucho los límites de este trabajo. Basta señalar que desde la Ley 13/1985, de 25 de mayo (y el Decreto 1370/1985, de desarrollo), el modelo de cómputo y sistema de garantía de solvencia es el apuntado anteriormente, sistema de mucha mayor calidad que el de endeudamiento, hasta el punto de hacer innecesario el control del límite de cobertura en la emisión de obligaciones (disposición adicional 4.ª de la Ley de Disciplina de Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988). Dicho sistema de control ha sido trasplantado al ámbito de las entidades que intervienen en el mercado de valores (sociedades y agencias de valores).

COMPUTO DE DERECHOS PROPIOS

Llegados al punto de determinar cuáles son las partidas que representan recursos financieros computables como recursos propios, nos enfrentamos a un nada sencillo problema de calificación. Como hemos advertido anteriormente cada disciplina proyecta sobre el pasivo del balance sus propias categorías y esquemas de interpretación, con lo que la discriminación de que sean recursos propios es tarea que arroja necesariamente resultados no coincidentes.

¿Qué partidas integrarán esos recursos propios? La contestación es sencilla: aquellas que por representar la “participación de los propietarios en la financiación de la empresa” están afectas a la cobertura de los riesgos de la gestión. En estricta y exquisita técnica jurídica la diferencia está en la ajeneidad/exigibilidad de los recursos financieros representados. Por eso se habla de capitales propios y de recursos ajenos o pasivos exigibles. Los recursos propios traducen las fuentes financieras que no constituyen a la empresa en obligación de restitución (no son créditos o préstamos), sino que se hacen comunes a los socios (o mejor, integran el patrimonio social) sobre los que tienen derecho o título en concepto de socios y por causa el contrato de sociedad.

Ya veremos cómo esta “neutra” definición jurídica describe mal lo que acontece en la realidad económica. Si cohonestamos la calificación jurídica con la finalidad económica subyacente a ciertas aportaciones de recursos deberemos quizá corregir una primera calificación: existen “recursos propios” que por su estructura financiera se asimilan a los ajenos, reproduciendo las características económicas de los títulos de deuda; y al revés, recursos ajenos asimilables a los recursos propios.

Después de estas advertencias previas necesarias, pasaré a estudiar qué entender por “recursos propios” desde esa perspectiva jurídica-mercantil, para luego presentar el problema de híbridos financieros o de recursos ajenos computable.

En una primera aproximación, el capital propio o “neto patrimonial” está compuesto por la agregación del capital y las reservas. Por el principio de la partida doble (anfisografía) el importe de los recursos propios es necesariamente igual (identidad) al valor de los activos *menos* el importe de los pasivos exigibles. Esta rudimentaria descripción de la composición de los recursos propios es la seguida por el legislador al determinar los capitales de cobertura en la emisión de obligaciones (art. 282.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas). Es necesario precisar un poco esos conceptos.

I. EL CAPITAL SOCIAL

- La cifra de capital social representa el valor de las aportaciones de los propietarios en este concepto (“aportaciones capitalistas” reguladas en los arts. 36 y sigs. del texto refundido), y en las empresas de estructura capitalista; toda vez que en otro tipo de organización las aportaciones de los socios no integran un “fondo de garantía” similar al capital social. Efectivamente: el fondo social, erróneamente considerado como capital en las sociedades personalistas puede ser objeto de restitución (v. gr.) sin necesidad de garantizar o tutelar derecho alguno de oposición de los acreedores. La razón es obvia: los complejos mecanismos que defienden la conservación e integridad del capital son la contrapartida al beneficio legal de la limitación de responsabilidad.

En la cifra de “capital social” ha de entenderse incluida la cifra representativa de las acciones sin derecho a voto, pero también el valor de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro, asimiladas al capital y de función similar a la desempeñada por aquéllas (*vid. supra*).

- De la cifra de capital suscrito que luce en el pasivo del balance, hay que descontar el importe del capital suscrito pendiente de desembolso y que, por razones de claridad aparece encabezando el activo del balance en el esquema de nuestro balance según el modelo de la IV Directiva de la CEE con la rúbrica de “accionistas por desembolsos no exigidos” [art. 175, activo A) del texto refundido]. Si queremos ser rigurosos debe quedar exclusivamente incluido dentro de los recursos propios tan solo el importe del capital desembolsado. El importe del no exigido figurará en el activo en la cuenta del balance antes señalada, pero también serán deducibles del valor del capital social los saldos de las cuentas de capital cuyo desembolso ha sido exigido (acordado por el órgano competente *ex art.* 42 y sigs. del texto refundido) que se presentan en una cuenta de crédito a corto plazo (dividendos pasivos exigidos esté o no en mora el socio y que se incluyen bajo la rúbrica de “accionistas por desembolsos exigidos”).

Así pues, la cifra del capital computable es sólo la del desembolsado = capital social — accionistas por desembolsos no exigidos — accionistas por desembolsos exigidos.

Este mismo criterio es el seguido en el citado artículo 282 para determinar los saldos de cobertura patrimonial de la emisión de obligaciones. Dicho precepto —que sólo considera computable el capital desembolsado— no hizo sino continuar la tradición histórica de las leyes de ferrocarril decimonónicas y está de acuerdo con la exigencia del artículo 2.410 del Codice Civile italiano, que es el correlativo de nuestro artículo 282 y en el que se exige “capital versato ed esistente”.

También siguen este criterio la doctrina contable sobre recursos propios (17); la normativa fiscal (art. 164 del Reglamento del Impuesto de Sociedades) y la normativa administrativa sobre coeficiente de solvencia de entidades de crédito (“o de recursos propios”: art. 7.a) de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, y artículo 2.1.1 de la Directiva del Consejo de 17 de abril de 1989 sobre fondos propios de entidades de crédito).

La razón de la exclusión del importe no desembolsado está en que estos saldos se consideran como un *crédito* de la sociedad contra los socios por la parte pendiente de desembolso no efectivamente realizado.

La indicación de las sumas pendientes de desembolso es contenido típico de la memoria dentro del epígrafe de “fondos propios” (*vid.* nuestro proyecto del Plan General de Contabilidad).

• De la cifra de capital desembolsado se deducirán también las acciones propias en cartera (18).

De esta opinión es la doctrina contable y es el sistema seguido por la normativa sobre recursos propios de entidades de crédito (*vid.* artículos previamente citados) nacional y comunitaria. Es un componente negativo de los recursos propios, puesto que implica una merma de la financiación de los propietarios. Como es sabido, el importe de las acciones propias adquiridas y que lucen en el activo de la sociedad como “acciones propias en situaciones especiales” (proyecto PGC dentro de las situaciones transitorias de financiación) es contrapresado por el importe de una reserva por acciones propias (arts. 73.5 y 79.3 del texto refundido). Es merced a este sistema de asiento/contraasiento como se logra la “neutralización del valor económico de las acciones propias” y, en consecuencia, la corrección valorativa del patrimonio neto.

Me explicaré con un ejemplo. Supongamos una sociedad anónima con un balance como sigue:

200 Activo	a	Capital social	100
	a	Reservas	50
	a	Pasivo exigible	50

(17) Puede verse el documento núm. 10 de la AECA denominado “Principios contables. Recursos propios”, Madrid, marzo de 1989.

(18) Este punto es particularmente oscuro tanto en nuestra doctrina como en la extranjera. Puede verse en la doctrina el estudio, notable aunque un tanto farragoso, de PAZ-ARES. “Negocios sobre las propias acciones”, en la obra colectiva sobre *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, editado por el Colegio Nacional de Registradores y el Notarial de Madrid, en colaboración con la facultad de Derecho de la Universidad Complutense, págs. 555 y sigs. Este autor es de la opinión de que las acciones propias, aunque se activen en el balance no se computan en el patrimonio neto. Sobre doctrina extranjera puede verse su estudio, págs. 559 y sig.

Si la sociedad adquiere sus acciones propias en los términos del artículo 75, mediante precio de 25, por ejemplo; el legislador quiere que esa adquisición disminuya el neto patrimonial (o lo que es igual, que las acciones propias no se “activen” en el balance). Para ello la adquisición se hará con fondos libres.

		x		
25 acciones propias	a	Caja	25	
(por la adquisición derivativa autorizada)				
		x		
25 Reservas propias	a	reservas por 25		
		acciones propias		
(por la dotación de la reserva)				
		x		

El patrimonio será descrito por el siguiente balance:

		x		
175 activo				
25 activos propios	a	Capital social	100	
	a	Reservas	25	
	a	Reservas por		
		acciones propias	25	
	a	Pasivo exigible	50	
		x		

Hay dos posibilidades de computar el patrimonio neto. Entender que ha permanecido invariable (el valor de las acciones propias adquiridas sustituye al del precio) = 150; o rebajar de ese patrimonio el valor de esas acciones propias adquiridas (Patrimonio neto = 100 + 25 + 25 — 25 = 125). Como vemos, el valor del activo “ficticio” 25 estaría contrapesado (o “neutralizado”) por una reserva por igual importe y que tiene el efecto de “congelar” fondos distribuibles (la reserva disponible se transforma en indisponible hasta la enajenación o amortización de las acciones propias).

Soy de la opinión que esas acciones propias *NO* se han de computar en el patrimonio neto de la sociedad [o en el “activo neto” como dice el art. 19.1.c) de la II Directiva del Consejo en relación con el artículo 15.1.a) de la misma Directiva). En consecuencia,

El patrimonio neto = Capital social + reservas + reservas por acciones propias — acciones propias = $100 + 25 + (25 - 25) = 125$

Como se ve, las “25” de la reserva indisponible compensan las 25 de las acciones activadas. Igual resultado habría dado si no hubiéramos hecho figurar las acciones propias en cartera (sistema previsto en la Directiva comunitaria) con una simple indicación en la memoria.

El balance por este sistema de incorporación “pro memoria” sería:

175 Activo	a	Capital social	100
	a	Reservas	25
	a	Pasivo exigible	50
	x		

Y en el anexo se indicará la existencia de “25” en acciones en cartera.

II. LAS RESERVAS

Todas las reservas constituidas deben incluirse dentro de los recursos propios y ello con independencia de su origen: sea mediante la retención de beneficios generados en ejercicios anteriores, sea mediante la aportación directa de los propietarios (reservas por prima de emisión) o mediante la revalorización legal o voluntaria de activos. Es irrelevante la causa (reservas legales, voluntarias o estatutarias) (19) o el carácter disponible o indisponible de las mismas. Todas ellas aparecen bajo la rúbrica de “reservas” en el grupo I de “financiación básica”. Han de incluirse partidas indudablemente computables aunque su carácter de “reserva” es dudoso, como es el caso de la “reserva para acciones propias”.

Evidentemente no se computarán las “reservas ocultas” [por eso la Ley 13/1985, de 25 de mayo, habla de reservas “efectivas y *expresas*” en el art. 7.b)]; ello se entiende sin perjuicio de llevar a una reserva de revalorización las correcciones valorativas que procedan (art. 33 de la IV Directiva).

Además de las reservas, y hasta que se acuerde su distribución, se sumarán o restarán, según el caso, las pérdidas y ganancias del último

(19) Puede verse CANIBANO y BUENO, E.: *Cash-flow, autofinanciación y tesorería*, Madrid, Ed. Pirámide, 1983, pág. 112, en donde se distinguen las reservas por su origen: BENEFICIOS NO DISTRIBUIDOS (obligatorias — legales o estatutarias — y voluntarias), OPERACIONES DE CAPITAL (prima de emisión de acciones); POR RENOVACIÓN DE ACTIVOS (reservas de revalorización). Por su representación en contabilidad pueden ser EXPRESAS y OCULTAS.

ejercicio cerrado pendiente de aplicación y los resultados negativos de ejercicios anteriores.

A las reservas se agregará el remanente (beneficios no repartidos ni aplicados específicamente a ninguna otra cuenta, tras la aprobación de las cuentas anuales y de la distribución de resultados).

Si la sociedad hubiera acordado, en los términos establecidos en los artículos 216 y 217 del texto refundido, un dividendo a cuenta de los resultados del ejercicio, el importe de dicho dividendo deberá figurar en el pasivo del balance "minorando" los fondos propios (como dice el proyecto del Plan General). Hay, pues, que sustraer su importe para el cálculo del patrimonio neto como partida negativa de la autofinanciación.

En resumen, y en concepto de autofinanciación, se agregará al capital el importe siguiente:

reservas +/- ganancias o pérdidas del ejercicio
 — resultados negativos de ejercicios anteriores.
 + remanente
 — dividendo activo a cuenta

III. APORTACIONES DE LOS SOCIOS PARA COMPENSAR PÉRDIDAS

Dentro del epígrafe de "resultados pendientes de aplicación" del grupo de la financiación básica, el plan general incluye las aportaciones de socios. Se trata del importe de las cantidades entregadas por los socios con el objeto de compensar pérdidas de la sociedad, "incluyendo las subvenciones entregadas por los socios en este concepto". Forman parte de los recursos propios.

Es ésta una fuente frecuente de financiación interna. Tan frecuente que extraña el escaso interés suscitado en la doctrina por su estudio, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos (20). La razón de su preferen-

(20) Destaca el interés demostrado por la doctrina francesa que ha dedicado al tema estudios de gran calidad. Puede verse Blandine CORDIER "La renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes", *LGDJ*, Bibliothèque de Droit privé, t. 204, Paris, 1989, págs. 204 y sigs., y especialmente Urbain PARLEANI I.: "Les comptes courants d'associés", *LGDJ*, 1986. La Comisión DAUTRESME, encargada del estudio del proyecto de ley sobre el desarrollo y protección al ahorro (que luego se tradujo en la Ley de 3 de enero de 1983), examinó el régimen de las cuentas de asociados en 1982, que la doctrina no duda en calificar de "quasi fondos propios". Las "comptes d'associés" son definidas como los anticipos hechos por los socios a la sociedad ya sea tratándose de entregas a ingresar en la caja social ya mediante la puesta a disposición de la sociedad de sumas a las que los socios renuncian temporalmente (F. GORE. "La notion de capital social", en *Etudes offertes à René Rodière*, págs. 85 y 86, citado por Mirene GENINET, en "Les quasi-apports en société", *Rev. de Soc.*, 1987, pág. 30). Los anticipos o avances

cia es evidente. Por una parte, las “aportaciones de socios” sirven de mecanismo de instrumentación de la financiación inter-empresarial de grupos de sociedades, y por otra, de reforzamiento de los recursos propios de pequeñas y medianas empresas. Estas últimas recurren a esta fuente de financiación extrabancaria por su simplicidad y ausencia de formalismos (sobre todo si comparamos esta suerte de financiación propia con el mecanismo de la ampliación de capital). El recurso a las aportaciones de los socios es además la única solución cuando la financiación ajena es imposible (sobre todo en caso de pérdidas cuantiosas o pobre índice de solvencia) si no se desea refinanciar la empresa por aportaciones que integren el capital.

Estas aportaciones siempre han suscitado recelos. Los socios pueden disfrazar, bajo la apariencia de un crédito, auténticas financiaciones a título de capital de riesgo. La finalidad fraudulenta que se persigue con esta “infracapitalización nominal” es el deseo de escapar de las consecuencias de una calificación indeseable y, en particular, trasladar a los acreedores parte del riesgo de empresa: si la empresa resultara insolvente siempre podrán los socios hacer abandono de su calidad de tal y pretender insinuar sus “créditos” en la masa de la quiebra.

Las aportaciones de los socios no integrados en el capital deben reunir requisitos rigurosos si aspiran a merecer la calificación de fondos propios. La aportación debe estar afecta al riesgo de empresa (es decir: susceptible de disposición para la absorción de pérdidas) y ser definitiva e irrevocable (a título de “subvención” si se quiere utilizar la expresión del Plan General de Contabilidad). Ambas notas aparecen claramente apuntadas en nuestra disciplina contable: si la aportación constituye a la empresa en la obligación de restitución y en el pago de un interés estaremos ante un pasivo exigible (incluible, por ejemplo, en la partida de “cuenta corriente con socios o administradores”) y no ante recursos propios. Si las entregas han

hechos por los partícipes sólo merecerán la consideración de propios bajo ciertas condiciones restrictivas. En la práctica, para que sean tenidos por tales es menester bloquear los saldos, para garantizar su afectación al riesgo de empresa. Son frecuentes las cláusulas por las que los asociados ponen a disposición del banco prestamista los fondos suministrados que quedan “congelados” en una cuenta durante un cierto período, generalmente el de la duración del préstamo (*vid.* BERMOND DE VAULX “Los comptes courants d’associés”, *Rev. soc.*, 1971, pág. 490, n. 18). Son también muy frecuentes los pactos de postergación del rango por la llamada “cession d’antériorité de créance” la banca se coloca preferentemente a los asociados en todo procedimiento de distribución que pueda tener por objeto el reparto del activo de la sociedad, y por la de “dernier rang” el socio empeora de rango de manera que pasa a último lugar en la prelación de créditos. En ambos casos, estamos ante una renuncia a la “par conditio creditorum” (principio de “égalité chirographaire”). Se admite que las cuentas devenguen un interés, pero siempre dentro de un límite (para que los intereses devengados sean considerados como gastos deducibles en el impuesto sobre beneficios).

de subvenir a la necesidad de capitales propios, han de ser irrevocablemente puestas a disposición de la sociedad. Si son simples "avances" o "anticipos" retirables en cualquier tiempo, no merecen tales sumas ser incluidas dentro del cómputo. El fin natural de esas sumas es su capitalización por el procedimiento de ampliación de capital por compensación de créditos (art. 156 LSA) (21).

La sociedad (en Junta o a través del órgano de administración) no puede imponer a los socios aportaciones adicionales al deber de desembolso de los dividendos pasivos (y, en su caso, el cumplimiento de las prestaciones accesorias), por lo que habrán de ser acordadas voluntariamente por los socios (con el consiguiente problema de que algunos no quieran o no puedan realizarlas).

Problema muy similar presentan las cuentas en participación (arts. 239 y sigs. del Código de Comercio). Dada su peculiar estructura, las cantidades aportadas por el cuentapartícipe al gestor pasan a ser de su propiedad, quedando desde luego afectas al negocio explotado bajo la exclusiva dirección de este último. Hasta tal punto es esto así que el cuentapartícipe no puede insinuar su crédito en la masa de la quiebra (art. 926 del Código de Comercio).

Las cantidades suministradas por los cuentapartícipes integran, pues, los fondos propios de la sociedad (*vid.* analógicamente para las Cajas de Ahorro las llamadas cuotas participativas, asimiladas al capital por la disposición adicional duodécima de la Ley de disciplina en intervención de las entidades de crédito) (22).

IV. CORRECCIONES VALORATIVAS AMORTIZACIÓN Y PROVISIONES

La IV Directiva de la CEE comprende bajo esta denominación las cuentas de amortización y las provisiones. Reflejan reducciones del valor de carácter regular y sistemático de ciertos elementos patrimoniales. Las cuentas de amortización son la expresión contable de las correcciones de valor de las inversiones en inmovilizado motivadas por su utilización

(21) Esta técnica tan simple es muy apreciada por los dirigentes de pequeñas y medianas empresas, no precisamente deseosos de abrir el capital a accionistas extraños que puedan alterar el equilibrio de poder dentro de la compañía. *Vid.* Blandine CORDIER, *op. cit.*, pág. 205, y HIRIGOYEN "Le comportement financier des moyennes entreprises familiales", *Rev Banque*, mayo 1982, pág. 589.

(22) De esta opinión también es Vicent CHULIÀ, en *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, t. II, págs. 231 y 232. En cuanto a la financiación subordinada su asimilación a los fondos propios es "de segundo grado" y a efectos del coeficiente de garantía. Otro tanto ocurre con los préstamos participativos. Volveré sobre ello.

prevista en el proceso productivo. Se incluyen en el *activo* del balance minorando la inversión (dentro del grupo de inmovilizado: amortización acumulada del inmovilizado material o inmaterial). Su dotación anual es con cargo a gastos y nunca con cargo a beneficios (práctica viciosa todavía extendida en ciertas empresas).

NO PUEDEN los fondos constituidos incluirse en el neto por razones obvias.

Las *previsiones* reflejan también correcciones valorativas reversibles (potenciales pérdidas de valor) por causas distintas y sobre cualquier activo (fijo o circulante). Su tratamiento debe ser en todo similar al de las amortizaciones. Son partidas compensatorias del activo afectado, figurando así en el balance (por ejemplo, la provisión para insolvencias figura en el activo minorando el dato bruto de clientes).

Así pues, ambas partidas NO son neto patrimonial, sino minoraciones del activo. Ya se seguía esta conclusión con toda claridad en el orden fiscal (art. 165 del Reglamento del IRS), pues se dispone que las partidas del activo “se entienden minoradas por: a) las amortizaciones acumuladas; b) las provisiones correspondientes”.

V. PREVISIONES PARA RIESGOS Y GASTOS FONDO DE REVERSIÓN

Empecemos por señalar que la nueva regulación contable viene a derogar la clásica —y criticada— distinción entre dos categorías: las previsiones y las provisiones, que contenía el Plan General de 1973.

Las previsiones eran definidas como minusvalías potenciales en activos u obligaciones estimadas en el pasivo, reconocidas por vía de retención de beneficios. La distinción tenía evidente trascendencia fiscal, puesto que, a diferencia de las provisiones, las previsiones formaban parte del “capital fiscal” [art. 164.a) del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de Sociedades).

La distinción no dejaba de ser arbitraria. La IV Directiva de la CEE utiliza un único concepto de PROVISION que a su vez se desdobra en dos categorías: 1) las provisiones incluidas como correcciones valorativas que figuran en el activo del balance como partida compensatoria del activo afectado; 2) las “provisiones para riesgos y gastos” (art. 20 de la Directiva).

Las provisiones para riesgos y gastos gravitan sobre todo al activo, al tratar de cubrir obligaciones y pérdidas generales, es decir, no atribuibles a un activo determinado. Dentro del grupo 1 o de financiación básica, figuran en el pasivo (no exigible) del balance y tienen por objeto “cubrir gastos originados en el mismo ejercicio o en otro anterior, pero que, en la

fecha de cierre del ejercicio, sean probables o ciertos pero indeterminados en cuanto a su importe exacto o en cuanto a la fecha en que se producirán".

Unas y otras provisiones son dotaciones con cargo a gastos. Las segundas incluyen estimaciones de pasivos tales como pensiones a cargo de la empresa, posibles responsabilidades, revisiones y operaciones plurianuales, etc.

Debe afirmarse con rigor que ninguna provisión debe computarse como fondos propios. Eso se entiende sin perjuicio de que, desaparecida la causa que originó la cobertura del riesgo, se abone el exceso de provisión a resultados (23).

Dentro de las provisiones para riesgos y gastos y de su misma naturaleza, se encuentra el fondo de reversión. Sobre dicho fondo se ha ventilado abundante doctrina y no pocas dudas y vacilaciones. El fondo recoge la reconstitución del valor económico del activo revertible, teniendo en cuenta las condiciones relativas a la reversión establecidas en la concesión.

Ya la normativa fiscal señaló su no integración dentro del "capital fiscal" y la AECA en un documento sobre recursos propios afirmó que sus características son "las de un pasivo exigible a largo plazo, cuyo período de vencimiento coincidirá con el momento de entrega de los bienes revertibles". De igual opinión es la doctrina (24). Hay que felicitarnos de que la vieja cuestión sobre la inclusión esté resuelta en la normativa contable que encuadra el fondo reversional dentro de las provisiones.

VI. SUBVENCIONES DE CAPITAL. "GASTOS DE ESTABLECIMIENTO Y OTROS" (ART 194 TEXTO REFUNDIDO)

El problema sobre la inclusión o deducción de estas partidas para el cálculo de los recursos propios se presenta particularmente complejo. Creo que es necesario señalar lo siguiente:

1.º) El tratamiento dado a estas partidas debe ser consistente: si se incluyen las subvenciones de capital dentro de los fondos propios deberá

(23) En Francia, tanto el plan contable de 1982 como el Decreto de 25 de noviembre de 1983 (art. 13) incluyen dentro de los "capitaux propres" a las "provisions réglementées". Sin embargo, la doctrina cuida de señalar que estas "provisiones" son en realidad reservas y no las provisiones de riesgos y gastos de la Directiva comunitaria que estarían fuera de la noción de "fondos propios" (STOUFFLET, *op. cit.*).

(24) Puede verse, por todos, J. Luis CEA GARCÍA: *Análisis contable de la reversión de activos*, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, monografía 20, págs. 26 y sigs

deducirse las partidas de gastos de establecimiento y otros, porque su funcionamiento y movimiento contables son gemelos en sentido inverso: las subvenciones son aportaciones irreversibles (las hechas a fondo perdido) para financiar la estructura de capital computables como ingresos diferidos, los gastos de establecimiento y otros, son inversiones en la estructura permanente de la empresa cuyo saneamiento financiero ha de ser periodificado en el tiempo.

2.º) Entre la doctrina existe una evidente desorientación. Las *subvenciones* en capital deben diferenciarse de las ayudas reintegrables que constituyen pasivo exigible (son éstas subvenciones relacionadas con gastos corrientes o que tienen por objeto resarcir a la empresa de pérdidas sufridas).

Para la AECA las subvenciones NO forman parte del neto patrimonial, debiendo considerarse como un menor precio de adquisición de los inmovilizados que financian, o como ingresos diferidos.

Según Rivero (25) las subvenciones no reintegrables deben formar parte de los recursos propios.

Todavía hay quienes sostienen posturas intermedias, como es el caso de Cañibano (26), para el que no todo el importe de las subvenciones de capital son fondos propios, pues habría que considerar sólo como recursos permanentes “aquella parte de las subvenciones que no haya que reintegrar al fisco por la vía impositiva; esta última posición (...) deberá ser considerada como fondos ajenos a corto, medio o largo plazo, según los casos, hasta que se produzca la devolución efectiva de la misma”.

En cuanto a los “gastos de constitución y otros”, debemos señalar que se incluyen dentro del activo del balance ciertas partidas a las que se refiere el artículo 194 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas: los gastos de establecimiento, los de investigación y desarrollo y el fondo de comercio. Parece que su “activación” es una ficción legal (dentro del inmovilizado), por lo que han venido a ser encuadradas, junto con las pérdidas, dentro de lo que la doctrina denomina “activo ficticio”. Tradicionalmente ha venido postulándose un trato similar al de las pérdidas, es decir: su consideración como partida negativa del cómputo. Recursos propios = neto patrimonial (pasivo no exigible) — activo ficticio.

Aparentemente es esa la voluntad del legislador: la ley exige su “com-

(25) *Op. cit.*, págs. 345 y sigs.

(26) *Op. cit.*, págs. 187 y sigs. En la legislación francesa las “subventions d'investissement” se incluyen dentro de los recursos propios (art. 13 del Decreto de 29 de noviembre de 1983). Sin embargo, la doctrina recomienda la deducción de los impuestos que gravan la subvención, y el informe de la comisión nombrada por el Ministerio de Justicia para reformar el Derecho contable (Rapp déposé en 1986, Proposition n.º 6) preconiza una modificación de la redacción del Decreto en este sentido.

pensación” con reservas disponibles para poder distribuir beneficios (art. 194.3 del texto refundido), de modo muy similar a lo establecido para las pérdidas (art. 213.2 del texto refundido).

Lo cierto es que la propia exposición de motivos de la proposición de la IV Directiva de 1971 reconoció la inexistencia de una práctica uniforme en los Estados: mientras en unos países su activación no se permite, en otros se admite con restricciones.

3.º) Por más que pueda resultar discutible me parece claro que el Derecho positivo considera no computables (en más o en menos) estas partidas.

En cuanto a las *subvenciones*, forman parte del pasivo no exigible (no del neto, como se señala en otras ocasiones) según el proyectado plan general. Las indicaciones que sobre su contenido hay que hacer en la memoria tampoco se incluyen dentro del epígrafe de recursos propios. La normativa fiscal es contundente (art. 166 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de Sociedades): no se incluyen en el capital fiscal “los ajustes por periodificación incluidos en el pasivo del balance, computándose entre ellos las subvenciones de capital, en la parte pendiente de imputación”. La normativa sobre recursos propios de entidades de crédito considera a dichos saldos como activos con riesgo máximo (cobertura del 100 por 100).

En lo que hace a las partidas de “*activo ficticio*” enumeradas en el artículo 194, parece claro que el legislador nacional ha optado por el modelo de permitir su integración en el inmovilizado inmaterial con las restricciones del artículo 34 de la Directiva: amortización sistemática en plazo máximo y compensación con reservas como requisito para distribuir dividendos. Sobre el saneamiento de dicho inmovilizado se explayará la memoria en epígrafes no incluidos dentro de los dedicados a recursos propios.

Lógica consecuencia de lo expuesto es que si dichos gastos activados no fueran amortizados dentro de los plazos máximos, no merecerían la condición de inmovilizado y, en consecuencia, devendrían computables como pérdidas.

LA LOGICA ECONOMICA DE LA DISTINCION. RECURSOS PROPIOS-AJENOS

Cualquiera que sea la solución “jurídica” de la distinción, la verdadera naturaleza económica subyacente a esos conceptos nos fuerza a reconocer que la “calidad” de los recursos propios no es uniforme.

La normativa sobre recursos propios de las entidades de crédito es muy ilustrativa de lo dicho. Confrontadas las autoridades económicas con

la necesidad de garantizar la cobertura de los riesgos asociados a inversiones con niveles suficientes de recursos propios, no dejaron de advertir que: 1) la aptitud o idoneidad de los recursos propios para absorber pérdidas (afectación del riesgo de empresa) es muy dispar; 2) que el examen económico de la calidad de esos activos fuerza a corregir un análisis jurídico conceptual admitiendo la existencia de recursos ajenos que funcionan como “quasi-propios”, y al revés, recursos propios que presentan inconvenientes económicos graves a su cómputo por la escasa calidad de los mismos.

Cualquiera que sea la frontera (cuestión altamente convencional, por cierto) entre recursos propios/recursos ajenos, un examen detallado de los primeros nos lleva a reconocer que existen algunos de una mayor calidad que otros. Hasta tal punto esto es así que los sistemas de supervisión de la solvencia de entidades de crédito han terminado por trazar una barrera entre dos categorías de recursos propios en atención a su cualidad. En los países anglosajones (Reino Unido y Estados Unidos) se distingue entre un capital de primera calidad o de primera clase (“core capital”, “primary capital” o “tier one”) y el resto del capital (“tier two”). Los coeficientes de solvencia son dobles: sobre el capital primario y sobre el capital total (suma del primario más el secundario). Otro sistema es el seguido por la Recomendación de Basilea del “Comité Cooke” (julio de 1988) y por la Directiva 89/299 de la CEE: se establece un único ratio de solvencia, pero sólo son computables como recursos propios una parte no excesivamente grande (en proposición sobre los de mejor calidad) de los recursos propios “pobres” (en la Directiva se habla de “fondos propios de base” y “fondos propios complementarios”).

Un análisis económico de la financiación suministrada por los recursos susceptibles de integrar los fondos propios nos pone en guardia sobre la posibilidad de la disociación entre la vestidura jurídica adoptada y la finalidad económica-financiera de las operaciones de financiación. Existen casos de recursos propios típicos sobre los que ciertamente planea una sombra de sospecha. Una de las causas de esta suspicacia es la existencia de grupos societarios. Es sabido que la comprensión jurídica de cada sociedad como una entidad autónoma dificulta la explicación de la unidad de dirección y de la dependencia económica. Es evidente que si la solvencia se mide respecto al grupo consolidado, se plantea el inmediato problema de si se incluyen entre los recursos propios del grupo los intereses minoritarios, habiéndose adelantado alguna opinión contraria a su cómputo.

Y aunque no se llegue a constituir grupo, ¿qué hacer cuando el volumen de participaciones cruzadas es lo suficientemente significativo para que se pueda temer por un contagio de pérdidas?...

También son a tener en cuenta las diferencias resultantes de la conso-

lidación. Si la diferencia es negativa significa que la inversión que supone la toma de participación se ha efectuado por un precio inferior al valor en libros de la participada (27), lo que se traduce en una economía de la inversión que se califica de “reserva de consolidación” y que debería computarse en el neto a modo de reserva de revalorización.

Se plantea el problema contrario de las positivas. ¿Cómo considerarlas? Normalmente se prefiere sujetar su disciplina a la del fondo de comercio generado con la adquisición (activo inmaterial de sistemática y en plazo amortización). Sin embargo, deberá discriminarse la causa.

La existencia de un grupo consolidado fuerza, además, a extender las conclusiones sobre acciones propias, debiendo recibir un tratamiento similar las acciones propias y las acciones emitidas por la dominante (art. 74.1 del texto refundido) y la reserva para acciones propias y la reserva para acciones de la sociedad dominante.

Como es lógico existen otros problemas técnicos a la inclusión de ciertas partidas, especialmente los beneficios del ejercicio pendientes de aprobación y distribución. No extraña que se haya preferido en algunos ordenamientos su inclusión parcial o su inclusión postergada condicionada a que el ejercicio esté cerrado y el balance aprobado (según el artículo 1.2 del Real Decreto 1370/1985, de 1 de agosto, sólo son computables los resultados positivos del ejercicio corriente pendientes de aprobación —provisionales— en un 35 por 100). Si los resultados provisionales arrojan pérdidas, el principio de prudencia exige la disminución de los recursos positivos. Con todo, el principal problema se plantea en el campo de los activos financieros híbridos y en la financiación subordinada en dos sentidos opuestos:

- existen ciertos recursos propios técnicamente computables respecto a los cuales sus características de deuda los aproximan a los ajenos;
- existen ciertos recursos ajenos cuya similitud a los propios los hacen merecedores de su asimilación y su cómputo como recursos de segunda clase.

Tanto la Recomendación de Basilea como la Directiva de la CEE han reconocido la necesidad de atender a la verdadera naturaleza financiera de los recursos de que se trate. Por parte del capital es evidente la existencia de ciertos activos financieros cuya aptitud para la cobertura de pérdidas es limitada como es el caso de las acciones “ad tempus” o rescatables, o ciertas formas de capital que compensan la pérdida de derechos políticos con una sustanciosa mejora en los económicos que los aproxima peligro-

(27) Vid. por ejemplo, Isidoro ROMÁN GIL. *Consolidación de los estados contables de los grupos de sociedades*, Ed. Comares, Granada, 1989, págs. 34 y sigs.

samente a los títulos de deuda. Es el caso de las acciones cuya retribución más o menos fija o garantizada se asemeja mucho al interés. Por esta razón, la Recomendación incluye dentro del capital de "primera clase" sólo las acciones ordinarias plenamente desembolsadas y las acciones preferentes *perpetuas no acumuladas*. También ocurre algo así con la Directiva comunitaria al considerar de peor calidad las acciones preferenciales acumulativas a plazo fijo.

En ambos casos el legislador admite el cómputo como fondos propios de segunda categoría de ciertos híbridos financieros y la deuda subordinada.

Según la Recomendación, los híbridos de capital-deuda admisibles han de cumplir una serie de requisitos: deben estar plenamente desembolsados, no pueden asegurarse, tendrán carácter subordinado, no serán rescatables a petición del tenedor o sin permiso de la autoridad, estarán disponibles para la cobertura de pérdidas sin que el Banco tenga que cesar en su actividad, y aunque puedan devengar intereses, éstos deberán diferirse cuando la rentabilidad del Banco no permita su pago. Se trata además de títulos perpetuos o de larga duración.

La Directiva de la CEE (28), como era de esperar, sigue muy de cerca la Recomendación de Basilea. Los artículos que nos interesan son el 3 y el 4.

En el primero, punto 1.º, se extiende el concepto de fondos propios para incluir "otros elementos siempre y cuando se trate de elementos que, independientemente de su denominación jurídica o contable, presenten las siguientes características:

- a) que puedan ser libremente utilizados por la entidad de crédito para cubrir los riesgos inherentes al ejercicio de la actividad bancaria, cuando aún no se hayan determinado las pérdidas o minusvalías;
- b) que su existencia esté reflejada en la contabilidad interna;
- c) que su cuantía esté fijada por la dirección de la entidad de crédito verificada por censores independientes, comunicada a las autoridades competentes y sometida al control de las mismas. En lo que se refiere al control se podrá considerar provisionalmente que la

(28) La primera Directiva dictada para la coordinación de las disposiciones relativas al libre establecimiento de las entidades de crédito y su ejercicio (JO CEE, n.º L. 312, 17 diciembre 1977), de 12 de diciembre de 1977, definía en su artículo 1 los "fondos propios" así: "el capital propio de las entidades de crédito, comprendiendo en él los elementos asimilados en virtud de disposiciones normativas de los países miembros". La definición suministrada era manifiestamente insuficiente, un mero reenvío a los derechos nacionales. La Comisión era consciente de la escasa virtualidad uniformadora de esa "definición", por lo que ha preferido explicitar el contenido en la Directiva que estudio.

censura interna reúne las condiciones mencionadas en tanto no se adopten las disposiciones comunitarias que hagan obligatoria la censura externa.

Junto a los activos financieros atípicos e híbridos se fijan en el artículo 4 las condiciones para que la deuda subordinada sea computable (así como las acciones preferenciales acumulativas a plazo fijo):

- a) que únicamente se tengan en cuenta los fondos efectivamente desembolsados;
- b) que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos cinco años; tras dicho período podrán ser objeto de reembolso; si no hubiere sido fijada la fecha de vencimiento de la deuda, deberá estipularse para su retirada un preaviso de cinco años, salvo en el caso de que hayan dejado de considerarse fondos propios o si se exigiere formalmente la autorización previa de las autoridades competentes para su reembolso anticipado. Las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que tal solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello;
- c) la cuantía hasta la cual puedan considerarse fondos propios sea objeto de una reducción gradual durante al menos los cinco años anteriores a la fecha de vencimiento;
- d) que el contrato de préstamo no incluya cláusulas que estipulen que, en determinadas circunstancias distintas de la liquidación de la entidad de crédito, la deuda deberá reembolsarse antes de la fecha de vencimiento acordada.

¿Qué conclusión hemos de obtener de estos textos? Creo que son varias:

- La primera es que una definición neutra, exquisitamente jurídica de que sean recursos propios, es insatisfactoria. El reconocimiento de la posible disociación entre la calificación jurídica o contable y la realidad económica supone la admisión de la existencia de recursos atípicos, híbridos o asimilables (a propios o ajenos). No hay que ser muy perspicaz para percatarse del problema de calificación jurídica de fondos asimilados a propios de cierta deuda subordinada: ¿la calificación de cierta deuda como computable significa que a efectos sustantivos o materiales deba encuadrarse dentro del neto? (29).

- Del examen de los requisitos para que ciertos elementos técnicamente no calificables como propios sean asimilados (a estos efectos) a ellos, podemos deducir cuáles son las características económicas que se predicen

(29) El problema es especialmente grave tratándose de la financiación subordinada

del capital riesgo: la estabilidad o larga duración (los propios son típicamente perpetuos); su restringida exigibilidad (el capital de riesgo en principio no está condicionado, ni es rescatable); su retribución en función de los resultados de la receptora de fondos (con recursos propios "pobres" o de mala calidad los de retribución garantizada); el rango postergado o subordinado (los propios son reembolsables después de los otros recursos en el orden de prioridad:... y, en definitiva, la aptitud para cubrir riesgos y absorber pérdidas.

Para la doctrina tradicional las notas que caracterizaban a las aportaciones sociales, únicas susceptibles de integrarse en los recursos propios, eran la de "puesta a disposición de la empresa de los recursos aportados" (sujeción al riesgo de empresa) y la contrapartida de esa aportación: la constitución del aportante en socio y, consecuentemente, su participación en el gobierno de aquélla. Sin embargo, la doctrina actual empieza a advertir la pérdida de importancia de los fondos propios como "cartera de control": tan propios son los recursos suministrados a una empresa que permiten intervenir en el gobierno de ella como las aportaciones estables y permanentes que sin dar derecho a aquella intervención suministran a la empresa capitales permanentes sujetos al riesgo de empresa (el caso de las acciones sin voto, las cuotas participativas, las obligaciones subordinadas, etc.). Utilizando la conocida metáfora jurídica que habla de contratos y quasi-contratos, delitos y quasi-delitos, empieza a utilizarse la expresión de aportaciones y "quasi-aportaciones", entendiendo que estas últimas integran el "quasi-capital" (30).

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

Registrador Mercantil de Barcelona

y de los préstamos participativos. Tanto el Real Decreto-ley 8/1983, de 30 de noviembre, sobre Reconversión y Reindustrialización [art. 11.2.c)] como la Ley de 25 de mayo de 1985 sobre coeficientes de entidades de crédito [art. 7.e) de la Ley y 1.5 del Decreto de 1 de agosto) proclaman su asimilación a los "fondos propios". Sin embargo no hemos de dejarnos engañar: la asimilación no es plena, sino con restricciones. Son activos financieros asimilables de "segunda calidad" o "fondos propios complementarios", si utilizamos la expresión de la Directiva comunitaria. Lo que esto quiere decir es que la asimilación legal no tiene la virtud de transmutar la naturaleza de lo que en definitiva es un crédito. Por lo tanto, a efectos jurídico-sustantivos de Derecho mercantil no son dichas cantidades computables como recursos propios (por ejemplo, para el cálculo del "patrimonio neto"). De esta opinión es Manuel BROSETA PONT, en "Régimen de los préstamos participativos", *RDBB*, 1984, págs. 247 y sigs. Otra cosa muy distinta es que parezca razonable una inclusión restringida o limitada. El problema ya se planteó en Derecho francés a propósito de los "titres participatifs" creados por la Ley de 3 de enero de 1983 y calificados en los debates parlamentarios de "quasi capital" (puede verse, además de Blandine CORDIER, *op. cit.*, págs. 146 y sigs., VELLAS "Les titres participatifs", *Petites Affiches*, 30 de octubre de 1985, pág. 13, y BOULOC "Les nouvelles valeurs mobilières: les certificats d'investissement et les titres participatifs", *Rev. Soc.*, 1983, págs. 527 y sigs.).

(30) *Vid.*, por todos, Mirène GENINET, *op. cit.*, *passim*

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

1. *Segunda Directiva 89/646/CEE de 15 de diciembre, sobre entidades de crédito.*—Se publica en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*:

Rectificación de la segunda Directiva 89/646/CEE de 15 de diciembre para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio y por la que se modifica la Directiva 77/80/CEE: Artículo 16: en la cita del artículo 12, se suprime el primer guión del apartado S.

2. *Convenio sobre los derechos del niño.*—El BOE del 31 de diciembre pasado publica el Instrumento de ratificación de este Convenio que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Transcribimos los artículos iniciales más destacados:

Artículo 2. 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Art. 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protec-

ción y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Art. 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Art. 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

3. *Convenio con Israel sobre sentencias civiles.*—En el *BOE* del 3 de enero se publica Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y el Estado de Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén el 30 de mayo de 1989.

4. *Convenio de derechos humanos.*—El *BOE* del día 12 de enero publica el Instrumento de ratificación del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952.

Su texto íntegro es el siguiente:

Por cuanto el día 23 de febrero de 1978, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Estrasburgo el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952,

Vistos y examinados los seis artículos de dicho Protocolo.

Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, mando expedir este Instrumento de ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores, con las siguientes reserva y declaración:

Reserva: España, a tenor del artículo 64 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, deseando evitar cualquier incertidumbre en lo que se refiere a la aplicación del artículo 1.º del Protocolo, formula reserva, a la luz del artículo 33 de la Constitución Española, que establece:

- “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

Declaración: España, de conformidad con el artículo 5.º del Protocolo Adicional, reitera sus declaraciones formuladas en relación con los artículos 25 y 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por consiguiente reconoce la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con las demandas suscitadas con motivo de hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación del Protocolo Adicional, y, en particular, respecto de los expedientes expropiatorios iniciados en el ámbito interno con posterioridad a dicha fecha.

Dado en Madrid a 2 de noviembre de 1990.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Asuntos Exteriores,
FRANCISCO FERNANDEZ ORDOÑEZ

PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa,

Resueltos a tomar medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el título I del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950 (denominado en adelante "Convenio"),

Han convenido lo siguiente:

Artículo 1. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Art. 2. A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

Art. 3. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

Art. 4. Toda Alta Parte Contratante puede, en el momento de la firma o de la ratificación del presente Protocolo o en cualquier momento posterior, presentar al Secretario general del Consejo de Europa una declaración que indique la medida en la que se compromete a que las disposiciones del presente Protocolo se apliquen a los territorios que se designen en dicha declaración y de cuyas relaciones internacionales es responsable.

Toda Alta Parte Contratante que haya presentado una declaración en virtud del párrafo anterior puede, periódicamente, presentar una nueva declaración que modifique los términos de cualquier declaración anterior o ponga fin a la aplicación del presente Protocolo en un territorio cualquiera.

Una declaración formulada conforme al presente artículo será consi-

derada como si hubiera sido hecha conforme al párrafo 1 del artículo 63 del Convenio.

Art. 5. Las Altas Partes Contratantes consideran los artículos 1, 2, 3 y 4 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio y todas las disposiciones del Convenio se aplicarán en consecuencia.

Art. 6. El presente Protocolo está abierto a la firma de los miembros del Consejo de Europa, signatarios del Convenio; será ratificado al mismo tiempo que el Convenio o después de la ratificación de éste. Entrará en vigor después del depósito de diez instrumentos de ratificación. Para todo signatario que lo ratifique ulteriormente, el Protocolo entra en vigor desde el momento del depósito del instrumento de ratificación.

Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Secretario general del Consejo de Europa, quien notificará a todos los miembros los nombres de aquellos que lo hubieran ratificado.

Hecho en París el 20 de marzo de 1952, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario general remitirá copias certificadas a cada uno de los Gobiernos signatarios.

5. *Adhesión de España al Tribunal de Justicia.*—En el *BOE* del 28 de enero se publica el Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, hecho en San Sebastián el 26 de mayo de 1989.

Según su artículo 1.º:

El Reino de España y la República Portuguesa se adhieren al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, en lo sucesivo denominado “Convenio de 1968”, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, firmado en Luxemburgo el 3 de junio de 1971, en lo sucesivo denominado “Protocolo de 1971”, con las adaptaciones introducidas.

6. *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.*—El Instrumento de adhesión de España a esta Convención se publica en el *BOE* del día 30 de enero. En él podrán encontrar su texto íntegro quienes tengan interés.

Aquí, por razón de espacio, sólo podemos recoger los cuatro primeros preceptos, relativos a su ámbito de aplicación:

Artículo 1. 1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o
- b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre ellas ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

Art. 2. La presente convención no se aplicará a las compraventas:

- a) De mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.
- b) En subastas.
- c) Judiciales.
- d) De valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero.
- e) De buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves.
- f) De electricidad.

Art. 3. 1. Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

2. La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Art. 4. La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y

del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

- a) A la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso.
- b) A los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

B) LEGISLACION ESPAÑOLA

1. *Responsabilidad civil del profesorado.*—La Ley 1/1991, de 7 de enero, publicada en el *BOE* del día 8 siguiente, modifica la responsabilidad civil que el Código atribuía a los profesores, lo que hace en sus artículos 2 y 3, cuyo texto es así:

Artículo 2. Se suprime el párrafo quinto del artículo 1.903 del Código Civil.

El párrafo sexto de dicho artículo queda redactado en los siguientes términos:

“Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.”

Art. 3. El artículo 1.904 del Código Civil tendrá la siguiente redacción:

“El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

Cuando se trate de Centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño.”

2. *Contratación laboral.*—La Ley número 2 de este año, también de fecha 7 de enero y publicada en el *BOE* del día siguiente, establece para los empresarios la obligación de entregar a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos de trabajo que deban celebrarse por escrito.

3. *Ley de competencia desleal.*—Es de fecha 10 de enero y se publica al día siguiente en el *BOE*. Viene a completar las disposiciones dispersas

que existían sobre la materia en las leyes de Marcas y Publicidad y la regla de modo completo y orgánico, detallando los elementos generales del ilícito concurrencial y señalando infracciones y sanciones.

4. *Reglamento General de Recaudación*.—Se aprueba el nuevo Reglamento por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, que se publicó en el *BOE* del día 3 de enero de este año. Viene a sustituir al antiguo Reglamento de 1968, poniéndolo acorde con las disposiciones constitucionales y las normas comunitarias de Europa. Es importante el libro III que se refiere al procedimiento de recaudación por vía de apremio.

C) COMUNIDADES AUTONOMAS

1. *Aragón*.—En el *Boletín* autonómico correspondiente al día 18 de enero se publica la Ley de 4 de enero de 1991, regulando las Cajas de Ahorros en Aragón.

2. *Castilla-La Mancha*.—La Ley de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha de fecha 28 de diciembre de 1990 se publica en el *Diario Oficial* de dicha región en su número del 2 de enero de este año.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. SEMINARIOS DE “MANAGEMENT FORUM ESPAÑA”

A) *Los actos en fraude de acreedores y sus consecuencias jurídicas*, se celebró el día 14 de enero, con el siguiente programa:

“El fraude en general y el fraude de acreedores en particular. Manifestaciones. Remedios jurídicos”. Don Manuel Amorós Guardiola, Registrador de la Propiedad y Catedrático de Derecho Civil.

“Enajenación de bienes en fraude de acreedores”. Don Antonio Manuel Morales Moreno, Catedrático de Derecho Civil.

“Constitución de hipoteca y cambio de régimen económico matrimonial en fraude de acreedores”. Don Angel Sulleiro Carballeira, Registrador de la Propiedad.

“La acción pauliana”. Don Ramón López Vilas, Catedrático de Derecho Civil y Magistrado del Tribunal Supremo.

B) *La Junta general de accionistas: preparación, desarrollo y consecuencias*. Este seminario tuvo lugar en Madrid en los días 23 y 24 de

enero, dirigido por don Angel Rojo y Fernández-Río, y fueron ponentes los siguientes Profesores:

- Juan Bolás Alfonso, Notario de Madrid.
- Manuel Casero Mejías, Registrador Mercantil de Madrid.
- Ricardo de Domingo Rubio, Director Departamento Asesoría Jurídica Amper, S. A.
- Ignacio Quintana Carlo, Catedrático de Derecho Mercantil, Abogado.

2. *Curso sobre las Comunidades Europeas*.—Se está desarrollando del 21 de enero al 21 de marzo, en la Escuela Diplomática, organizado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, dirigido por el Embajador señor Ullastres.

Se estudian en este curso diversos aspectos de organización, funcionamiento, competencias y actividades en el ámbito político, jurídico, económico y social de las Comunidades Europeas.

3. *Conferencias en Valencia*.—Se ha celebrado en Valencia un ciclo de conferencias sobre el “Derecho de hipoteca”, con arreglo al siguiente programa:

- “La garantía hipotecaria de los intereses a tipo variable. Los llamados intereses de demora”, por don Jesús Muro Villalón, Registrador de Igualada.
- “La hipoteca y la retroacción de la quiebra”, por doña Carmen Iglesias Mayoralgo, Registradora de Ocaña.
- “Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo”, por don César García-Arango, Registrador de Oviedo número 5.
- “Obligaciones y cláusulas accesorias en la hipoteca: problemas y posible garantía”, por don Pedro Avila Navarro, Registrador de Barcelona.
- “Hipoteca en garantía de títulos”, por don Juan Rey Portolés, Registrador de Valencia.
- “Hipoteca unilateral e hipotecante no deudor”, por don Rafael Azpitarte Camy, Notario.
- “Problemas procedimentales de la ejecución hipotecaria”, por don José López Liz, Abogado.

El ciclo se ha realizado en colaboración con la Sección de Letrados de Banca y Ahorro del Colegio de Abogados de Valencia y las conferencias se pronunciaron en el salón de actos de dicho Colegio.

4. *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*.—Tal como se dijo en nuestro número anterior, sigue creciendo la atención para estudiar los diversos aspectos de esta Ley 8/1990 y son varios los seminarios y conferencias sobre el tema.

Reseñaremos, entre otros, aquellos de que tenemos noticia:

A) *Mesa redonda en la Cámara de Comercio e Industria de Madrid*.—Se celebró el día 25 de enero, actuando de moderador don Tomás Ramón Fernández, Catedrático de Derecho Administrativo. Presentó el acto el Presidente de dicha Cámara, don Adrián Piera, y actuaron los siguientes señores:

Don Eduardo Mangada Samasin, Consejero de Política Territorial de la Comunidad de Madrid.

Don Angel Menéndez Reixach, Director del Instituto del Territorio y Urbanismo.

Don Rafael Gómez Ferrer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

Don Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III.

B) *Jornadas de estudio de la reforma de la Ley del Suelo*.—En el Colegio de Registradores, organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con la colaboración del Colegio de Abogados de Madrid, se han celebrado durante los días 28, 29 y 30 de enero, con una asistencia que llenaba totalmente el salón de actos del Colegio de Registradores.

La presentación corrió a cargo del Decano de este Colegio, don José Poveda Díaz, y las ponencias han sido las siguientes:

Día 28

- “La Ley de 25 de julio de 1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo: principios y objetivos”. Ponente: don Angel Menéndez Reixach, Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.
- “Competencias estatales, autonómicas y locales en materia de urbanismo y vivienda, en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo”. Ponente: don Martín Bassols Coma, Catedrático de Derecho Administrativo, Letrado de las Cortes.
- “Nota marginal de la situación urbanística de la finca”. Ponente: don Juan José Pretel Serrano, Registrador de la Propiedad excedente, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Día 29

- “Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo”. Ponente: don José Eugenio Soriano, Catedrático de Derecho Administrativo.
- “Perspectivas notariales en la nueva Ley del Suelo”. Ponente: don Roberto Parejo Gamir, Notario de Madrid.
- “La nueva regulación de la inscripción de obra nueva”. Ponente: don Antonio Hueso Gallo, Registrador de la Propiedad.
- “El acceso al Registro de las transferencias de aprovechamientos urbanísticos”. Ponente: don Rafael Arnáiz Eguren, Registrador de la Propiedad.

Día 30

- “Régimen de valoraciones urbanísticas”. Ponente: don Pablo García Manzano, Magistrado del Tribunal Supremo.
- “La anotación preventiva en materia de urbanismo”. Ponente: don José Luis Laso Martínez, Registrador de la Propiedad excedente, Abogado.
- “El fraccionamiento del derecho de propiedad en la nueva Ley del Suelo”. Ponente: don Luis Marín Mingarro, Catedrático de Hacienda Pública excedente, Abogado.

Actuaron de moderadores don Juan Pablo Ruano Borrella y don José Luis Benavides del Rey, Registradores Mercantiles de Madrid.

Las jornadas se clausuraron con la intervención del excelentísimo señor don Antonio Pedrol Rius, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

C) *Seminario en Bilbao*.—Lo ha organizado el Instituto de Estudios Superiores de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU, en colaboración con el Gobierno autónomo y ha tenido lugar en los días 5 al 7 de febrero, con un extenso y abierto programa, que reseñamos:

Don Martín Bassols Coma, Catedrático de Derecho Administrativo: “La segunda gran reforma de la Ley del Suelo de 1956: la nueva política del suelo y de la vivienda y las competencias de las Comunidades Autónomas”.

Don Mario Corella Monedero, ex Profesor de Derecho Administrativo. Secretario general Ayuntamiento de Madrid: “Los sistemas de actuación en la nueva Ley de Reforma”.

Don José Manuel Merelo, Abogado: “Régimen urbanístico transitorio de la Ley de Reforma”.

Don Javier García Bellido, Doctor Arquitecto, Subdirector general

- del INAP: "La gestión de las transferencias de aprovechamientos urbanísticos en la nueva Ley".
- Don José María Chico Ortiz, Registrador de la Propiedad: "El nuevo régimen urbanístico y el Registro de la Propiedad".
- Don Antonio Jiménez Blanco, Catedrático de Derecho Administrativo, Letrado de las Cortes en excedencia: "La nueva configuración de los patrimonios municipales del suelo".
- Don José Suay Rincón, Profesor Titular de Derecho Administrativo: "Manifestaciones de la expropiación-sanción en la Ley de Reforma".
- Don Oscar Bergasa Pardomo, Profesor Titular de Economía Aplicada, Diputado a Cortes Generales: "Análisis económico del nuevo régimen de valoraciones del suelo".
- Don Ramón Parada Vázquez, Catedrático de Derecho Administrativo: "La expropiación forzosa en general y las expropiaciones urbanísticas en la nueva Ley de Reforma".
- Don Rafael Gómez Ferrer, Catedrático de Derecho Administrativo, ex Magistrado del TC: "La adquisición gradual de las facultades urbanísticas de la propiedad del suelo".
- Doña Berta Liliana Brusilowski, Doctora Arquitecta, especializada en Urbanismo: "Experiencia práctica de aplicación de la nueva Ley de Reforma, I".
- Doña Teresa Franchini, Doctora Arquitecta, especializada en Urbanismo: "Experiencia práctica de aplicación de la nueva Ley de Reforma, II".
- Don Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo, ex Presidente del INAP e IEAL: "Las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas sobre Urbanismo y la nueva Ley de Reforma".
- Don Fernando Garrido Falla, Catedrático Emérito de Derecho Administrativo, Letrado de las Cortes: "Aspectos constitucionales del nuevo régimen urbanístico".
- Don Angel Menéndez Reixach, Profesor Titular de Derecho Administrativo, Director general Instituto del Territorio y Urbanismo (MOPU): "Principios y objetivos de la nueva Ley del Régimen Urbanístico del Suelo".

D) *Ciclo de conferencias en Tortosa*.—Bajo el título "La nueva situación del urbanismo en Cataluña" se ha celebrado en la Cámara de Comercio de dicha ciudad en los días 14 y 15, 21 y 22 de febrero con el programa que reseñamos a continuación:

- “Constitucionalidad de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo desde la perspectiva de la regulación del derecho de propiedad inmobiliaria”, por el señor Montes Panadés, Catedrático de Derecho Civil de Valencia.
- “Constitucionalidad de la Ley desde el punto de vista del Estatuto de Autonomía de la Generalidad. Conflicto con la legislación urbanística de Cataluña”, por don Enrique Argullol, Catedrático de Derecho Administrativo.
- “El contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria según la Ley”, por don Jesús González Salinas, Registrador de la Propiedad.
- “Cálculo del aprovechamiento, tipos de aprovechamiento susceptibles de agrupación. Transferencia del aprovechamiento”, por don José Luis Laso Martínez, Registrador de la Propiedad.
- “Las valoraciones urbanísticas en la Ley y en la legislación de la Generalidad”, por doña Antonia Agulló, Catedrática de Barcelona.
- “El Registro de la Propiedad como instrumento de control de la legalidad en el ámbito del Derecho Urbanístico”, por don Fernando Pedro Méndez González, Registrador de la Propiedad de Tortosa.
- “Actuaciones urbanísticas en suelo urbano. Registro de solares y aprovechamiento urbanístico”, por don José María Llop, Arquitecto del Ayuntamiento de Barcelona.
- “El planeamiento urbanístico: régimen transitorio y posible conflicto de leyes”, por don Juan Antonio Solans Huguet, Arquitecto, Director general de Urbanismo de la Generalidad de Cataluña.

E) *Seminario sobre valoración inmobiliaria.*—Organizado por el Instituto de Empresa, se ha celebrado en Madrid en los días 21 y 22 de febrero. Se han estudiado los temas siguientes:

- Conceptos básicos de valoración.
- La valoración ante la Ley del Suelo.
- El desarrollo de la promoción inmobiliaria en el mercado primario.
- La valoración en el marco del mercado hipotecario, Ley 2/1981.
- Valoración de inmuebles que precisan rehabilitación.
- Tratamiento de inmuebles ligados a explotación económica.
- Influencia de la tasación en el nivel de financiación y los precios inmobiliarios.
- Revisión de la valoración desde el punto de vista del usuario.

Este seminario ha sido impartido por los siguientes profesores:

Alfredo Serret, Presidente de Tasaciones Hipotecarias.

Ismael Picón, Consejero Director general de Tasaciones Hipotecarias.

Emilio Medina, Ingeniero Controller de Tasaciones Hipotecarias.

Luis Leirado, Inspector Tasador del Banco Hipotecario.

Miguel Angel Iñíguez, Arquitecto Controller de Tasaciones Hipotecarias.

José Antonio Durán, Consejero Delegado de COBASA.

Evaristo Caparrós, Director de la Sociedad Ibérica de Créditos Inmobiliarios.

Ramón Ferraz, Consejero Delegado del Grupo Leisure.

5. *Convocatoria del premio "Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia".*—La Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, en sesión ordinaria celebrada el día 30 de noviembre de 1990, acordó la creación del "Premio Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia" y la convocatoria del mismo que habrá de regirse por las siguientes bases, aprobadas en sesión celebrada el día 14 de diciembre de 1990:

Primera: Constituye su objeto premiar el trabajo considerado de mayor mérito, entre los presentados a concurso, que verse sobre un tema jurídico, siendo propuesto y aceptado para esta primera edición del premio el título: "La deformación de la persona jurídica en las sociedades mercantiles, abuso y efectos".

Segunda: Pueden tomar parte en el concurso, de ámbito nacional, juristas de nacionalidad española, individualmente o formando un equipo como máximo de tres personas, encabezado por el primero que figure en la solicitud.

Tercera: La dotación del premio se ha fijado en 500.000 pesetas.

Cuarta: Solamente podrá premiarse un trabajo y si el concurso quedara desierto, el importe del premio podría acrecer al de la convocatoria siguiente.

Quinta: Los trabajos serán originales e inéditos, redactados en lengua castellana, y tendrán una extensión mínima de ciento cincuenta folios y máxima de trescientos, mecanografiados a dos espacios y por una sola cara, debiendo aportarse original y dos copias.

Sexta: Los trabajos se enviarán por correo certificado a la Academia convocante (Plaza de Santo Domingo, 10-Entlo., 30008 Murcia). Serán anónimos y se encabezarán con un lema que se repetirá en la parte exterior de un sobre cerrado que los acompañará, en cuyo interior constará la identidad, domicilio y títulos académicos.

Séptima: El plazo de remisión finalizará a las doce de la noche del día 31 de diciembre de 1991.

Octava: La calificación y adjudicación del premio se encomienda a un

Jurado nombrado por el Pleno del Organismo convocante, que estará presidido por el excelentísimo señor Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia o Académico en quien delegue, y que se integrará con los siguientes miembros:

- Tres Académicos de número.
- Un Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.
- Un Notario con residencia en la Región Autónoma de Murcia.
- El Registrador Mercantil de Murcia.

Actuará como Secretario, con voz y voto, el de la Real Academia. En caso de empate decidirá la votación el voto del Presidente.

Novena: El Jurado habrá de reunirse antes del día 15 de febrero de 1992 y su decisión se hará pública en periódicos de la localidad y en otros medios informativos. El fallo, contra el que no cabrá recurso alguno, se notificará por escrito a quien resulte premiado.

Décima: Para valorar los trabajos se tendrá en cuenta el correcto planteamiento y desarrollo del tema, su integridad y originalidad, la sistemática escogida, el manejo de las fuentes, así como las aportaciones históricas y doctrinales.

Undécima: El trabajo premiado quedará de propiedad de la Academia convocante, que se reserva el derecho de publicarlo en la forma que estime conveniente. Los demás trabajos se devolverán a los autores que lo soliciten dentro del trimestre siguiente a la fecha del fallo del Jurado.

Duodécima: La entrega del Premio tendrá lugar en un acto público que se celebrará en Murcia en la fecha que oportunamente se anunciará.

Decimotercera: La participación en el concurso implica la aceptación de todas las bases de la convocatoria.

6. *Academia Matriense del Notariado.*—En el pasado bimestre han tenido lugar dos conferencias:

El día 17 de enero, don Juan Ignacio Gomeza Villa, Notario, desarrolló el tema “Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital”.

Y el 21 de febrero el Catedrático don Guillermo Jiménez Sánchez disertó sobre “La adquisición por la sociedad de sus propias acciones”.

7. *Mesa redonda sobre Urbanismo.*—Ya a punto de cerrar este número nos llega información sobre esta reunión, organizada por el Colegio de Abogados de San Sebastián y que ha tenido lugar en los días 25 y 26 de febrero, bajo el título genérico de “La nueva Ley sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo”.

Su programa ha sido el siguiente:

Presentación: Don Joaquín Oquiñena Perelló, Abogado, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa.

Temario: Constitucionalidad de la Ley. Nuevo Régimen Urbanístico del Suelo y de las Licencias de Construcción. Cesiones. Ambito de aplicación.

Introducción: "Aspectos más polémicos de la nueva Ley". Don Juan María Arrúe Salazar, Abogado, moderador de la Mesa.

Ponencias: "Lo que pudo ser y no fue" (Bolero). Don Teodoro Cacho Nazabal, Abogado.

"Ambito temporal de aplicación. Disposiciones transitorias". Don José Luis Querejeta Ruiz, Abogado.

Temario: Expropiaciones. Valoraciones. Areas de reparto y aprovechamiento tipo. Disposiciones adicionales.

Ponencias: "Valoraciones". Don Borja Jáuregui Fuertes, Licenciado en Derecho, Director general de Urbanismo, Arquitectura y Medio Ambiente de la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa.

"Aspectos notariales". Don Alfonso Rentería Arocena, Notario.

"La legislación del Suelo y el Registro de la Propiedad". Don José María Chico y Ortiz, Registrador de la Propiedad.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 23 de abril de 1990.—SOCIEDADES ANONIMAS.—El procedimiento especial de impugnación de acuerdos está configurado como de única instancia, al no conceder más recurso que el de casación. Al no existir apelación no se puede convertir dicha casación en una segunda instancia.—Sala Segunda.—Ponente: Sr. Díaz Emil.

Hechos.—En procedimiento especial de impugnación de acuerdos sociales, regulado en el artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, la demandante de amparo interpuso recurso de casación fundada en cinco motivos, el primero, por error en la apreciación de la prueba —art. 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— y, los otros cuatro, por aplicación indebida e infracción de determinadas normas de la Ley de Sociedades Anónimas y del Código Civil —art. 1.692.5 de la citada Ley procesal—, siendo dicho recurso de casación declarado inadmisibile por el auto aquí impugnado, cuyo único fundamento de Derecho es del tenor literal siguiente: "Procede la inadmisión del recurso, conforme a lo dispuesto en la regla segunda del artículo 1.710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al pretender una nueva valoración de las pruebas practicadas y apartándose el recurrente de las practicadas ni combatidas adecuadamente".

La demandante, en apoyo de su pretensión de amparo, alega y con ella coincide el Ministerio Fiscal, que la citada resolución judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto que, respecto al primer motivo de casación, realiza una interpretación errónea y rigorista de la causa de inadmisión, incurriendo en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es desfavorable a la efectividad del derecho fundamental, invocado y, en relación con los otros cuatro motivos de casación, que no se contiene en esa resolución judicial motivación alguna que justifique la inadmisibilidad de los mismos.

Se denuncia, por consiguiente, dos clases distintas de vulneración constitucional que requieren ser examinadas y resueltas por separado y que consisten, respectivamente, en interpretación rigorista, errónea y contradictoria de una causa de inadmisión, incompatible con el derecho a acceder al recurso de casación por el primero de los motivos que lo fundamentaron y en falta de motivación en lo que afecta a la declaración de inadmisibilidad de los restantes motivos de casación.

Fallo.—Se desestima el recurso de amparo, por los siguientes.

Fundamentos de Derecho—Segundo. Como consideración de tipo general,

que debe tenerse en cuenta en la resolución de ambos problemas, procede señalar que *el derecho a la tutela judicial no garantiza directamente, en el proceso civil, otros recursos que aquellos expresamente previstos en las leyes, siempre que se hayan cumplido los requisitos y presupuestos que en las mismas leyes se establezcan y la pretensión impugnatoria sea adecuada con la naturaleza y ámbito objetivo del recurso que se trata de utilizar*, derivándose de ello que si la Ley —en este caso el art. 70 de la Ley de Sociedades Anónimas— *configura el proceso como única instancia por no conceder más recurso que el de casación, la inexistencia legal de apelación no autoriza, en modo alguno, a convertir la casación en una segunda instancia* en la que puedan plantearse libremente cuestiones de hecho más allá de los límites que en esta materia son característicos de la función casacional, sino que deben mantenerse en sus justos términos, la ordenación, configuración y fines que el recurso extraordinario de casación le asigna el ordenamiento jurídico, puesto que esta clase de recurso, y no el ordinario de apelación, el que la Ley ha querido conceder a las partes y, por tanto, el que les garantiza, con sus peculiaridades específicas, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercero. Entrando ya en la primera de las vulneraciones denunciadas, debemos señalar que *el recurso de casación fue originariamente concedido, más por razones políticas que jurisdiccionales, como un instrumento procesal de defensa de la Ley y de unificación de los criterios judiciales de interpretación de las normas jurídicas* y, en virtud de ello, *la introducción de cuestiones de hecho en tal clase de recurso fue inicialmente considerada como una cierta desnaturalización del mismo*, que las leyes sólo admitieron de manera muy restrictiva y rígidamente formalista al objeto de reducir al máximo la admisión de dichas cuestiones de hecho.

Esta concepción original fue, sin embargo, sometida a un largo y polémico proceso de superación que ha dado paso a la casi unánime doctrina actual que, por razones de justicia material y de la dificultad técnica que plantea la distinción entre el hecho y el Derecho, fuertemente contestada por un importante sector de la ciencia jurídica moderan, considera más conveniente y adecuado *dan entrada en la casación, sin los antiguos recelos, a las cuestiones de hecho, si bien ello deba realizarse dentro de las limitaciones que se derivan naturalmente de la condición de recurso extraordinario*, que caracteriza a la casación, cuyas finalidades nomofiláctica y unificadora, sin perjuicio de la flexibilización que exige su actual concepción, siguen siendo predominantes, al menos en nuestro Derecho positivo, contenido en la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según dicha Ley de Reforma, el nuevo artículo 1.692.4 de la Ley procesal civil incluye, entre los motivos que pueden fundar el recurso de casación, el “error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”.

Una primera lectura de este precepto podría conducir a la conclusión de que la demandante de amparo y el Ministerio Fiscal tienen razón cuando sostienen que aplicar a dicho motivo de casación la causa de inadmisión prevista en el artículo 1.710.2 de la misma Ley, consistente en apartarse manifiestamente de la apreciación probatoria efectuada por la sentencia para fijar los hechos sin intentar la impugnación por la vía adecuada, constituye una interpretación errónea y contradictoria que impide, de manera no razonable, el acceso a la casación por el cauce del indicado motivo de casación, puesto que, a su juicio, la única vía

adecuada para impugnar la equivocación del juzgador en la apreciación de la prueba es, precisamente, la que confiere el artículo 1.692.4 de la Ley, el cual quedaría desprovisto de contenido alguno si su utilización se identifica con el intento de sustituir la valoración de las pruebas hechas por el juzgador por la defendida por el recurrente, ya que, en tal caso, la referida causa de inadmisión del artículo 1.710.2 haría de imposible aplicación el cauce casacional del artículo 1.692.4, privando al recurrente de utilizarlo como vía de acceso al recurso, que le garantiza el derecho a la tutela judicial.

Sin embargo, un más detenido análisis de ambos preceptos legales —arts. 1.692.4 y 1.710.2— nos conducen a entender que la tesis del demandante y del Ministerio Fiscal se funda en un erróneo entendimiento del *sentido y alcance del artículo 1.692.4 que no tiene por objeto dar entrada en el recurso de casación a toda denuncia indiscriminada de error en la apreciación de los hechos, en prueba documental que, obrando en los autos no haya sido tenido en cuenta por el juzgador al realizar su juicio de valoración probatoria*, es decir, el citado motivo de casación no incluye el supuesto de que el órgano judicial, habiendo ponderado todos los elementos probatorios aportados al proceso, incluida la prueba documental, haya fijado los hechos que considera probados, los cuales no tienen por qué coincidir con los que la parte ha tratado de probar mediante prueba documental, sometida igual que las demás a la apreciación del juzgador, pues en tal supuesto el recurrente no trata de demostrar con documentos error en la apreciación de la prueba, sino de discrepar de la valoración que a los mismos ha dado el órgano judicial.

Nos encontramos, por lo tanto, entre dos distintas interpretaciones: la del solicitante de amparo, que conduce a entender que existe contradicción entre los artículos 1.692.4 y 1.710.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los hace de imposible aplicación conjunta, la cual solamente sería posible si se considera que la inadmisibilidad por apartamiento manifiesto de la apreciación probatoria efectuada por la sentencia no es aplicable al motivo de casación previsto en el artículo 1.692.4 y una segunda interpretación, según la cual no existe tal contradicción en cuanto que ese motivo de casación sólo permite introducir cuestiones de hecho, cuando el juzgador haya omitido o prescindido de valorar la fuerza probatoria de los documentos aportados al proceso que se invocan como acreditativos del error de apreciación de la prueba.

Es claro que a este Tribunal no corresponde decidir cuál de esas dos interpretaciones es la legalmente más correcta, sino tan solo establecer que la segunda de ellas no merece, en modo alguno, las calificaciones de errónea, rigorista y contradictoria, sino la de razonable, sólidamente fundada en Derecho y plenamente conforme con la naturaleza del recurso de casación y, por ello, deberá denegarse el amparo, en el extremo aquí contemplado, si dicha interpretación resulta aplicable al caso de autos.

El fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, en el cual se hace constar que el documento de 11 de noviembre de 1982 no se ha acreditado, ni siquiera reseñado, procede a realizar la valoración probatoria del documento de 4 de octubre de 1983 con el resultado de negar que por el mismo se haya acreditado el hecho de que los demandantes hubiesen vendido sus acciones al también socio don Luciano S. A. y que, en consecuencia, éste se hubiera convertido en socio único de la Sociedad "Foto, Cine y Video Universal, Sociedad Anónima", es decir, *el juzgador no ha prescindido de la prueba documental en la que apoya el primer motivo de casación, sino que la ha valorado y apreciado con el resultado negativo que se deja dicho y ello permite al Tribunal Supremo decla-*

rar inadmisibile el motivo de casación alegado con apoyo en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que se produzca, por ello, lesión del derecho a la tutela judicial, pues tal decisión, según lo expuesto, constituye aplicación razonada y razonable de una causa de inadmisión prevista en la Ley.

Cuarto. Tampoco procede acoger la denuncia de violación del derecho a la tutela judicial por falta de motivación de la inadmisibilidad acordada en relación con los otros cuatro motivos en que el recurrente fundó su recurso de casación, pues tal denuncia se apoya en la idea equivocada de que la causa de inadmisibilidad aplicada por el Tribunal Supremo se refiere únicamente al primero de los motivos que hemos anteriormente examinado, cuando lo cierto es que esa *inadmisibilidad ha sido declarada globalmente respecto a todos y cada uno de los motivos invocados en la casación* y ello es lógico y razonable que así se hiciera, dado que los cuatro motivos a que se refiere el recurrente dependen directamente del primero en la medida en que, sólo sustituyendo el hecho declarado probado en la sentencia de instancia por el hecho contrario de haber vendido los socios demandantes sus acciones, puede sostenerse que la misma ha incurrido en aplicación indebida o infracción de los preceptos legales que fundan esos cuatro motivos de casación.

La concisión del fundamento único de la resolución impugnada no impide comprender que el Tribunal Supremo ha estimado que el apartamiento manifestado de la apreciación probatoria efectuada en la sentencia de instancia es predicable de todos los motivos en que se fundó la casación y, en su consecuencia, procedió a aplicar a los mismos la causa de inadmisibilidad que previene, en tal sentido, el artículo 1.710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual resulta así dotada de la suficiente motivación que impone el artículo 24.1 en relación con el 120.3 de la Constitución.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ y
EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

NO CABE LA CANCELACION DEL CARACTER RESERVABLE DE CIERTOS BIENES, POR RENUNCIA DE UNA RESERVATARIA Y EXISTENCIA DE OTROS, SIN HABER FALLECIDO EL RESERVISTA (RESOLUCIÓN DE 9 DE MARZO DE 1989. BOE DE 3 DE ABRIL DE 1989)

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Ronda don Fernando Martínez Martínez contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Arcos de la Frontera a practicar la cancelación de la expresión registral de cualidad de reservable de una finca en consecuencia de una escritura pública de renuncia, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por escritura otorgada el día 13 de diciembre de 1985, ante don Santiago Soto Díaz, Notario de Arcos de la Frontera, don Eleuterio Luceño Pérez y su hija doña Rosalía Luceño Garrido, formalizaron las operaciones particionales de las herencias intestadas de su esposa y madre, doña María Luisa Garrido Ibáñez, y de su hija y hermana doña María del Carmen Luceño Garrido, adjudicándose a don Eleuterio en pago de sus derechos sucesorios en la herencia de su hija, María del Carmen, una cuarta parte indivisa de la casa, sita en Bornos, en la calle San Jerónimo, número 41, que la había adquirido por herencia de su madre, doña María Luisa, con el carácter de reservable conforme al artículo 811 del Código Civil, y con este carácter fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

El día 8 de noviembre de 1986, el Notario de Ronda don Fernando Martínez Martínez autorizó escritura en la que doña Rosalía Luceño Garrido, faltando otros interesados con mejor derecho a los bienes reservables dentro del tercer grado de parentesco como única eventual reservataria, renunció a cualquier derecho, titularidad o facultad que pudiera detentar sobre la referida cuarta parte indivisa de la citada finca, y al amparo del artículo 811 del Código Civil, y por razón del segundo matrimonio de su padre, liberando al reservista de cualquier obligación o vinculación que pudiera derivarse de tales y con respecto al bien indicado que en lo sucesivo quedará liberado de toda sujeción reservatoria, todo ello al amparo del artículo 970 del citado cuerpo legal, y, en consecuencia, se solicitó en la propia escritura de renuncia la cancelación de la constancia en el Registro de la Propiedad de la cualidad de reservable de dicho bien.

II. Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera, en unión de certificaciones del Registro Civil acre-

ditativas de ser la renunciante única reservataria en tal momento, fue calificada con la siguiente nota: "Denegada la cancelación interesada en el presente documento porque, si bien doña Rosalía Luceño Garrido, como reservataria eventual, puede renunciar a su derecho a la reserva, esa renuncia aislada, al no acreditarse el fallecimiento del reservista, no puede provocar la cancelación del carácter de reservable que, conforme al artículo 811 del Código Civil, consta en los libros registrales. Defecto insubsanable y no procede anotación.—Arcos de la Frontera, 3 de diciembre de 1986.—El Registrador (firma ilegible)."

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: I. Que la calificación infringe lo prevenido en los artículos 4.1 y 970 del Código Civil y, consiguientemente, los artículos 39, 40.d), 79 y 82.1 de la Ley Hipotecaria. II. Que el sentido propio de las palabras del artículo 970 del Código Civil, conforme lo establecido en el artículo 3.1 de dicho cuerpo legal, no es otro que el expresado en el mismo, lo que resulta evidente: a) positivamente la conclusión es forzada: 1.º resulta en primer lugar, de los propios términos utilizados por el artículo citado al revelar de forma inequívoca que su sentido propio, su espíritu y finalidad, es el de permitir a los reservatarios, cuando fueren mayores de edad, y por un acto de voluntad, remover la reserva, extinguirla para lo sucesivo. a') el precepto al inicio pone de relieve que lo perseguido por el legislador fue la posibilidad de que cese la obligación de reservar y no simplemente el permitir la renuncia de un derecho, por cuanto para ello basta con el principio general de transmisibilidad y, consiguiente disponibilidad de los mismos artículos 6.2, 1.112 y 1.255 del Código Civil, y como tal obligación de reservar se describen los efectos que produce el nacimiento de la reserva por los artículos 811, 968, 979 y 980 de dicho texto legal. El carácter esencial de tal obligación para la existencia de la reserva se pone de manifiesto, si se considera que es precisamente su vigencia la que constituye al obligado en la necesidad de asegurar su cumplimiento: artículos 977 y 978 del Código Civil, 184 y 186 de la Ley Hipotecaria y 260 del Reglamento. La existencia de dicha obligación es la que impide al reservista disponer de los bienes reservables: artículos 763.3, 972, 973 del Código Civil. Lo que antecede está confirmado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1962, y por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959. En el precepto referido se dice que dicha obligación cesará, por la causa que se expone a continuación, lo que corrobora el artículo 971 del Código Civil, en cuanto a una causa distinta para idéntico efecto; b') el citado precepto continúa estableciendo cuándo se dará la cesación de dicha obligación, constituyendo la primera causa enunciada una referencia inequívoca a la voluntad de los reservatarios, presupuesta siempre su mayor edad. En efecto, el Código Civil no emplea el término reservatarios, pero sí lo utiliza la legislación hipotecaria, los artículos 185, 186 y 187 de la Ley y 260 del Reglamento. De ello resulta evidente que la noción jurídica de reservatario coincide con la vulgar de beneficiario de la reserva, y que este beneficio es actualmente relevante para el derecho en cuanto legitima a ciertos efectos, pero actualmente, como lo prueba el que sea susceptible de garantía y que se califique de derecho, independientemente de que fuese tal o simple expectativa sucesoria activamente tutelada, ya por referencia a los propios reservatarios, ya por referencia a la reserva misma. Desde este sentido, como titulares de un derecho los alude el Código Civil en los artículos 970 y 973.2. Así pues, en vida del reservista, los reservatarios se caracterizan por tener un derecho, referido a la reserva, a los bienes reservables o sin referencia alguna, una posición activa jurídicamente protegida, como lo prueba el que sea susceptible de ser

garantizada e incluso renunciada. Este derecho tiene bastante que ver con las facultades del reservista en orden a su sucesión *mortis causa*, artículo 972 del Código Civil; de donde el derecho a la reserva no es equivalente al de una posible legitimación a una herencia futura, ello lo demuestran los artículos 970, 977, 990, 991 y 1.271.2 del Código Civil y la Sentencia de 1 de abril de 1914. De cuanto antecede se puede concluir que la cualidad genérica de reservatario tan solo podrá predicarse a los efectos de reconocer el derecho que entre otras cosas se les permite renunciar, artículos 968, 970, 971 y 921.1 del Código Civil. Por todo ello, nunca podrá ponerse en tela de juicio que el artículo 970 permite remover toda sujeción reservataria, en virtud de un acto de consentimiento prestado por quienes sean reservatarios en ese momento; 2.º resulta, en segundo lugar, de los antecedentes históricos y legislativos, y del propio sentir de la sociedad en su vivir cotidiano y en cuanto a la realidad tomada en cuenta por el legislador para regularla no sólo al tiempo actual en que ha de aplicarse, sino al de la misma elaboración del Código Civil; b) el funcionario calficante expresa en la nota tres afirmaciones y ningún precepto, para tratar de desvirtuar el tenor claro, preciso y contundente de la norma invocada en el título presentado en el Registro: 1) por la primera, califica a doña Rosalía como “reservataria eventual” y no se niega, lo que se afirma es precisamente el ser en tal momento la “única” por faltar otros parientes, de igual o mejor orden y grado, dentro del tercero y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, y detentar la cualidad de reservataria en exclusiva y, por tanto, el derecho a los bienes que conforme al artículo 970 del Código Civil puede ser renunciado con el efecto de hacer cesar la obligación de reservar, en este caso contraída a un bien concreto que, desde ese instante dejará de ser reservable; 2) por la segunda dice que “puede renunciar a su derecho a la reserva”, y su consideración cae fuera de los límites estrictos a que este recurso debe contraerse; 3) por la tercera, se afirma que la renuncia queda “aislada”, al no acreditarse el fallecimiento del reservista, por lo que no puede provocar la cancelación del carácter reservable, cuanto a este punto, no se sabe lo que con ello se quiere decir, pero se niega el resultado de que no pueda cancelarse. Interpretada esta afirmación se considera que lo aseverado es precisamente la imposibilidad de que renuncia alguna pueda remover la reserva en vida del reservista, por cuanto estando establecida en favor de un colectivo indeterminado de personas, y no sabiéndose quiénes de ellas la consumarán en definitiva, resulta forzado contraer la renuncia del artículo 970 del Código Civil a tan solo el derecho del renunciante y la eficacia de la cesación de la obligación de reservar a la medida de lo renunciado, que nunca podrá ser total, ya que siempre podrán sobrevenir personas que puedan “consumar”. Pero esto resulta insostenible no sólo porque no lo ampara el citado artículo 970, sino porque también entraña una serie de confusiones que la propia ley no tolera: a) porque confunde la reserva con su consumación. Naturalmente que la reserva nace para consumarse, pero esta finalidad natural se pretende como una mera posibilidad que podrá faltar no sólo en virtud del artículo 970, sino por otras muchas causas; así pues, la consumación supone la reserva, pero lo inverso no es cierto; b) porque confunde el derecho a la reserva con el derecho a consumarla. El primero existe porque la Ley lo dice y con el contenido que ella expresa, el segundo se presenta como expectativa protegida y relevante en derecho en la medida y a los efectos marcados por la Ley, correspondiendo a aquellas personas que la tienen por tener el derecho de que es anejo, por ser reservatarios. Este doble planteamiento resulta claro, entre otras, en la Resolución de 8 de noviembre de 1951; c) porque confunde el “interés” que con la reserva se protege, que

siempre estará en los reservatarios, con el carácter eventual en que se es tal por una persona concreta y determinada. La concurrencia de ese interés determinará precisamente quiénes son los titulares del derecho a la consumación y, por tanto, quiénes son los reservatarios a los efectos que interesa en Derecho. No se puede decir que, en definitiva, pueden ser otros los que la consumen, pues resulta desmentido por la Ley; así resulta de los artículos 185 de la Ley Hipotecaria, 970 del Código Civil y Resolución de 5 de marzo de 1910. En este punto deben destacarse las Resoluciones de 27 de junio de 1906, 28 de agosto de 1911, 6 de abril de 1912 y 19 de febrero de 1969, y las Sentencias de 6 de julio de 1916, 6 de julio de 1919, 19 de febrero de 1935, 17 de abril de 1951 y 24 de febrero de 1960. En definitiva, el que el reservatario sea el que puede consumir y, por tanto, la designación sea eventual, sin que por ello adquiera nada transmisible, sino meras posibilidades de actuación, no autoriza, en contra de la propia Ley, para entender qué reservatario es tan sólo el que consuma, el que adquiere algo transmisible; 4) finalmente, dicha forma de entender el precepto lo desvirtúa, en cuanto de ser una norma finalista y permisiva, lo convierte en mero trasunto singularizado, simple manifestación más del principio de libre transmisibilidad y consiguiente libre renunciabilidad de los derechos, facultades y demás posiciones activas, con lo que deviene totalmente innecesario y absurdo, en tanto reducido a regular la renuncia de una "titularidad condicionada"; c) en definitiva, lo regulado es un acto colectivo o conjunto, caos de existir varios reservatarios, de carácter voluntario y cuyos efectos se reducen a remover la reserva con la eficacia propia, general y común de todos los actos *inter vivos*, desde que se produce, irrevocable e incondicionalmente (art. 1.256 del Código Civil). No se puede decir que admitir lo anterior implica vulnerar los artículos 990, 991 y 1.271 del Código Civil, así lo confirmó expresamente el Tribunal Supremo en Sentencia del 1 de abril de 1914. No se puede alegar tampoco el artículo 6.2 del Código Civil; d) para concluir, cuanto se ha expuesto resulta confirmado: 1.º) por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 2 de marzo de 1959 y 17 de abril de 1956, y 2.º) por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 30 de marzo de 1925. III. Que lo prevenido en el artículo 970 del Código Civil, en sede de reserva binupcial, integra la regulación de la extraordinaria o lineal del artículo 811 del mismo cuerpo legal en virtud de lo prevenido en el artículo 4.1 del mismo Código; a) con carácter general es común a la doctrina y jurisprudencia entender y sostener que la regulación contenida en los artículos 968 y siguientes constituye una especie de derecho común de las reservas, aplicable, por tanto, a todas ellas, incluida la excepcional, siempre que tal integración no choque con las singularidades que justifican su existencia separada. En su apoyo se ha argumentado: 1) la incardinación sistemática de tales preceptos, recogidos en el capítulo V, título III, del libro tercero del Código Civil, aplicándose a las disposiciones contenidas en el capítulo II de idéntico título y libro, entre las que se encuentra el artículo 811; 2) la generalidad de la rúbrica que precede a la Sección en que la mismas están recogidas; 3) el primer inciso del artículo 968 del Código Civil, cuya letra da por sentada la pertenencia de ambas especies a un mismo e idéntico genero; 4) y, finalmente, que en ambos casos se describen los efectos de su nacimiento, mediante el uso de idénticas expresiones por los artículos 811 y 968 del Código Civil; b) en especial dicha analogía, por lo que toca a las medidas de seguridad, resulta confirmada por el artículo 184.2 de la Ley Hipotecaria, analogía que resulta reiterada por las Sentencias de 6 de julio de 1916, de 25 de marzo de 1933 y de 14 de junio de 1945 y la Resolución de 25 de junio de 1982 (en cuanto a los efectos de la sucesión

reservataria recogidos en los arts. 974 y 975 del Código Civil). Dicha regla general tampoco conoce excepción alguna por lo que respecta al artículo 970 del Código Civil, toda vez que concurre el requisito de "identidad de razón", para proceder a integrar análogicamente con él, el silencio que en este orden presenta el artículo 811. La jurisprudencia ha dado siempre por sobreentendida la aplicación análoga de tal precepto y sólo ha discutido los efectos (Resoluciones de 20 de febrero de 1914, de 19 de febrero de 1920, la citada de 1925 y las Sentencias, también citadas, de 1956, 1959 y 1960); c) lo anterior se ha pretendido poner en evidencia sobre la base de un extraño argumento. Se ha dicho que si la renuncia de los descendientes más próximos en grado excluye la reserva, es precisamente porque en base a tal renuncia se les excluye, por su propia eficacia, que se pretende conforme a los artículos 923 a 929 y 933 del Código Civil. Razón por la que, en lo lineal, la eficacia de la renuncia deberá buscarse en razón de lo prevenido en tales preceptos y, además, en el 935 y 943, conforme a los cuales los órdenes de los ascendientes y los colaterales suceden "por derecho propio", por lo que no les afectará renuncia alguna en el orden preferente de los descendientes. Lo expuesto supone nuevamente caer en el error de confundir la reserva con la "sucesión reservataria" y el derecho a ella con el derecho a consumarla. En este punto hay que señalar las Sentencias de 19 de noviembre de 1910 y 4 de enero de 1911; d) doña Rosalía en el momento de la renuncia es única reservataria, detenta tal condición en exclusiva, y siendo mayor de edad, es también la única legitimada para extinguir "la obligación de reservar" que pesa sobre su papel reservista, abstracción hecha de que pudieren existir otros descendientes de ulterior grado, u otros parientes en el orden ascendente o colateral, que nada tienen ni, por tanto, nada tienen que decir, en tanto el orden descendente les excluye a los efectos en que tal designación interesa de cara al artículo 970 del Código Civil.

IV. Finalmente, extinguida en el plano civil la reserva, tal y como se recoge en el título calificado, se produce una inexactitud registral (Sentencia de 19 de enero de 1945), lo que deberá rectificarse mediante la pertinente cancelación, para la que resulta título bastante la primera copia de la escritura presentada en el Registro de la Propiedad, todo ello de acuerdo con lo prevenido en los artículos 39, 40.d), 79 y 82.1 de la Ley Hipotecaria.

V. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó que en el asiento de presentación se resume el problema planteado: si la renuncia de un eventual reservatorio, en la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil, sin acreditarse el fallecimiento del reservista y sin acreditarse la inexistencia de otros reservatarios, puede provocar la cancelación del carácter reservable de una finca o participación de finca en los libros registrales. Que hay que examinar los siguientes puntos: 1.º posibilidad de renuncia de un reservatorio sin acreditarse el fallecimiento de reservista: a) el artículo 970 del Código Civil regula la renuncia al derecho a los bienes reservables referida únicamente a la reserva matrimonial u ordinaria; b) la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo de 1925 admite que el reservatorio pueda renunciar a su derecho mientras vive el reservista y, lógicamente, puede renunciar en fase de reserva consumada, a la muerte del reservista, pero dicha Resolución está resolviendo un caso de renuncia dentro del marco de la reserva ordinaria o matrimonial y nunca dentro del marco de la reserva lineal; c) la doctrina considera que el artículo 970 no habla de renunciar a los bienes ya adquiridos, sino al derecho a ellos, que corresponde al hijo o descendiente durante la reserva, aunque de un modo condicional, y opina que la Ley permite la renuncia con

anterioridad a la muerte del reservista. Que, en conclusión, tanto la doctrina como la legislación y jurisprudencia citadas están refiriéndose a la renuncia, única y exclusivamente, dentro del ámbito de la reserva ordinaria. Que admitida en el artículo 970 la posibilidad de renuncia al derecho a los bienes reservables, hay que preguntarse: ¿Es aplicable dicho precepto legal, dictado para la reserva ordinaria, a la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil?; 2.º aplicación analógica del artículo 970 del Código Civil a la reserva lineal. La posibilidad de que los reservatarios, en la reserva lineal, puedan renunciar a su derecho está admitida en la doctrina. La jurisprudencia ha declarado aplicable a la reserva lineal algunos artículos del Código Civil dictados para la reserva ordinaria, entre otros, los artículos 973 y 975 a 978. En definitiva, la doctrina se muestra muy cautelosa en aplicar, de manera ligera, las normas de la reserva ordinaria a la lineal al igual que la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1945 y de 8 de junio de 1954, y Resolución de 30 de marzo de 1925), ya que en todas las Sentencias y Resoluciones estudiadas ninguna admite de manera expresa que el artículo 970 del Código Civil sea aplicado a la reserva del artículo 811 con todos sus efectos y alcance; 3.º efectos de la renuncia, que según la época en que se efectúa la renuncia y las personas que la formalicen hay que distinguir: a) la renuncia hecha por el reservatario después de la muerte del reservista no ofrece duda, Resolución de 16 de septiembre de 1947; b) la renuncia de todos los reservatarios de grado más próximo, mientras vive el reservista queda purificada el día del fallecimiento del reservista, si aquéllos le sobreviven, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1956, y c) la renuncia hecha por uno solo de los reservatarios produce efectos exclusivamente respecto de él. En el supuesto contemplado, la renuncia de un reservatario eventual no puede provocar la cancelación en los libros registrales del carácter de reservable con el que aparece inscrita la cuarta parte indivisa de la casa referida; 4.º solicitud de cancelación en la escritura calificada, como consecuencia de la renuncia y al amparo del artículo 79.2.º de la Ley Hipotecaria, se solicita la cancelación de la constancia de la condición de reservable de la citada cuarta parte en los libros de Registro. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1956 proclama determinados requisitos indispensables para que pueda cancelarse la reserva, y, dada la circunstancia que en el supuesto contemplado no se acreditan ninguno de ellos, el derecho que se trata de cancelar no puede nunca considerarse extinguido y, por tanto, malamente puede solicitarse su cancelación conforme a los artículos 79-2.º de la Ley Hipotecaria, y 173 de su Reglamento; 5.º la cancelación registral del carácter reservable no es posible. Que si bien en la reserva ordinaria la renuncia verificada por todos los reservatarios en vida del reservista puede producir efectos extintivos, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo de 1925; por el contrario, en la reserva del artículo 811 del Código Civil la renuncia verificada por una reservataria en vida del reservista no puede extinguir la reserva en base a los argumentos expuestos y a los siguientes. a) si reservar es guardar y custodiar una cosa para que sirva a su tiempo hasta el fallecimiento del reservista no pueden determinarse quiénes sean las personas que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan como establece el artículo 811 citado, pues, de lo contrario, se vulneraría dicho precepto legal; b) al igual que el artículo 781 del Código Civil, el artículo 811 de dicho texto legal impone al reservista la obligación de conservar y transmitir, y malamente va a reservar si como consecuencia de la renuncia de una eventual reservataria se cancela el carácter reservable en el Registro de la Propiedad y la finca se vende en pleno dominio, libre

de cualquier condición o destino; c) la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo y Dirección General de los Registros y del Notariado defienden esta tesis en la Sentencia de 17 de abril de 1956 y en la Resolución de 19 de febrero de 1920; d) en el supuesto de que doña Rosalía Luceño Garrido premuriere al reservista, serían llamados los reservatarios de grado siguiente, dentro del tercer grado, tienen derecho a pedir los bienes reservable o su valor; e) si el derecho de los reservatarios se encuentra afecto a una condición suspensiva, si el reservatario, en vida del reservista, no tiene más que una expectativa jurídica, la renuncia verificada en esta etapa carecería de efectos, adquiriendo efectividad cuando se acreditase el fallecimiento del reservista; f) el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario se opone a la cancelación interesada, ya que se trata de una modificación futura de un derecho real futuro, y g) la doctrina registral argumenta en defensa de la no registración de la renuncia el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y el artículo 9.º de la misma Ley, al enumerar las circunstancias de las inscripciones. Hay, pues, una falta de explícita titularidad registral y teniendo en cuenta que el artículo 82 de la Ley Hipotecaria regula las cancelaciones con el consentimiento del titular registral. ¿Es posible, en el presente caso, una cancelación cuyo consentimiento lo presta un reservatario quien durante la vigencia de la reserva no tiene más que un derecho sujeto a una condición suspensiva?

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla confirmó la nota del Registrador fundándose en que no se facilita prueba sobre la falta de otros interesados con mejor derecho a los bienes reservables dentro del tercer grado de parentesco que serviría para ponderar y calibrar el verdadero alcance de la renuncia al derecho de reserva y a las consecuencias derivadas de dicha renuncia, en que esta indeterminación, en cuanto a quienes sean las personas favorecidas por la reserva y la anotación registral de aquélla, impide dar a la renuncia de doña Rosalía Luceño Garrido, de carácter exclusivamente individual, el alcance que se pretende por el señor Notario de Ronda, ya que al no existir titularidad alguna con relación a los bienes se podría perjudicar a otros eventuales reservatarios, que pueden estar dentro del tercer grado, conforme determina el artículo 811 del Código Civil.

VII. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió que por el auto se confirma en todas sus partes la nota calificadora en base a razones jurídicas del todo ajenas a la calificación recurrida y, por tanto, incongruentes con la pretensión deducida. Que dicho auto contraviene lo prevenido en el apartado segundo del artículo 118 del Reglamento Hipotecario, ya que el mismo modifica sustancialmente la calificación contenida en la nota recurrida en un doble sentido: a) en primer lugar, altera el defecto contenido en la misma: “no acreditarse el fallecimiento del reservista”, debiéndose destacar en este punto los artículos 117 y 127 del Reglamento Hipotecario; b) en segundo lugar, altera las consecuencias o efectos del defecto apreciado por el Registrador en función de la “recalificación” a que conduce. Efectivamente, la nota deniega lo que, conforme a los artículos 65 de la Ley Hipotecaria y 101 de su Reglamento, se hace por reputarse “insubsanable” el defecto de no acreditarse el fallecimiento del reservista y, contrariamente, el auto en el acuerdo deniega la cancelación interesada, y confirma en todas sus partes la nota calificadora, pero de los fundamentos de derecho parece convertir la denegación en suspensión y lo que es insubsanable en subsanable, y c) en conclusión, deniega la cancelación, pero no confirma la nota, pues al invocarse nuevo defecto, altera su causa y al admitir que de la justificación documental podría resultar la inscribibilidad del

título calificado, altera su significado y, consiguientemente, su efecto o consecuencia de Derecho.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 811, 968 y 970 del Código Civil, las Sentencias de 17 de abril de 1956 y de 24 de febrero de 1960, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 19 de febrero de 1920 y de 30 de marzo de 1925.

1. Invoca, en primer lugar, el recurrente que el auto apelado modifica sustancialmente la calificación contenida en la nota recurrida. Esta apreciación del recurrente es evidentemente infundada porque el auto en su fallo se limita a confirmar la nota del Registrador. Mas ni siquiera en los razonamientos hay incongruencia con las cuestiones que plantee la nota y que planteó el propio Notario en su recurso inicial. En la escritura calificada no se parte, según la exposición de antecedentes que contiene, de que la persona que en ella renuncia a cualquier derecho que pudiera derivar del artículo 811 sea la única interesada en la reserva, sino sólo de que faltan "otros interesados con mejor derecho a los bienes reservados dentro del tercer grado de parentesco", de modo que "la compareciente es la única eventual reservataria en la actualidad". El Registrador, en su nota de calificación, deniega la cancelación de la expresión, hoy existente en el correspondiente folio registral, de la reserva señalada por el artículo 811 del Código Civil, porque si bien la otorgante "como reservataria eventual, puede renunciar a su derecho a la reserva, esa renuncia aislada, al no acreditarse el fallecimiento del reservista, no puede provocar la cancelación, etc.". Y el Notario, en su recurso inicial, parte de que la nota significa "la imposibilidad de que renuncia alguna pueda remover la reserva en vida del reservista en favor de un colectivo indeterminado de personas, y no sabiéndose quiénes de ellas la consumirán en definitiva, resulta forzado contraer la renuncia del 970 del Código Civil a tan solo el derecho del renunciante, y la eficacia de la cesación de la obligación de reservar a la media de lo renunciado, que nunca podrá ser total, ya que siempre podrán sobrevenir personas que puedan consumir". Al intentar superar esta objeción dedica después el Notario una gran parte del escrito del primer recurso, por lo que no es oportuno que tache de incongruencia los razonamientos vertidos en el auto justamente para apoyar la doctrina de la nota tal como el Notario la ha entendido.

2. La cuestión, pues, planteada es la de si antes de la muerte del reservista puede tener virtualidad cancelatoria la escritura de renuncia de los derechos de la reserva a que se refiere el artículo 811, otorgada por uno de los posibles reservatarios y aun en el caso de que, como se afirma en la escritura y puede fácilmente demostrarse, quien otorga la renuncia sea hoy la interesada con mejor derecho a los bienes reservables, dentro del tercer grado de parentesco. Esta cuestión debe ser resuelta en sentido negativo, pues la que hoy es interesada de mejor derecho no es la única interesada en la reserva, y puede ocurrir que por permitir la renunciante al reservista resulten ser otros los llamados como reservatarios efectivos y éstos no pueden ser afectados por tal renuncia tal como se desprende de la Sentencia de 24 de febrero de 1960 y de la Resolución de 19 de febrero de 1920.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 9 de marzo de 1989.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

Comentario crítico.—Recuerdo las grandes dificultades que la institución de la reserva —y concretamente la del art. 811 del Código Civil— nos planteó cuando estudiábamos los temas de la oposición. Algo siempre quedaba en nebulosa, pero, con todo, las líneas maestras que la estructuran eran ciertamente claras aún y a pesar de las diversas interpretaciones doctrinales.

Pues bien, al leer con auténtica dificultad el apoyo argumental del recurso se me empezó a borrar totalmente la línea maestra, aunque luego a través de la defensa de la nota, del auto presidencial y de la conclusión de la Dirección General recuperé el hilo y pensé que la solución era tan aplastante, tan clara y tan lógica que me sentí con fuerzas recuperadas para seguir transitando por la institución con cierta familiaridad. No he tenido nunca un recurso —aunque haya puesto muchas notas denegatorias—, pero lo que no se puede es ir a un recurso sin ver “claramente” el tema, pues por mucha cita de artículo, resoluciones y doctrinas, si el tema no se enfoca debidamente, los conceptos juegan al corro y le marean a uno. Yo recuerdo —y creo que lo he contado en otra ocasión— que un ilustre compañero en una estación de RENFE y para distraerse en el viaje que tenía que hacer compró un libro con pastas rojas y con unas grandes letras en blanco que decían “La verdad sobre el 811”. Creyó que era una novela policiaca, pero resultó que era la conocida obra de M. de la Cueva Donoso sobre la problemática jurídica del tan discutido artículo. Debo precisar: no se trataba del recurrente, pues el personaje hace años que murió.

El tema del recurso es simple como él solo: ¿la renuncia de un reservatario, antes del fallecimiento del reservista, puede provocar la cancelación de la afección registral de reserva, habiendo otros reservatarios con expectativas de sucesión o no cabe la cancelación? La cosa es tan clara que no hay más que una contestación: no cabe la cancelación. Y diré lo argumentamos, pero antes quiero comparar este caso con uno en el que intervine donde se trataba de un derecho de acrecer condicional que ilustres juristas —muy ilustres juristas— estuvieron en contra de mi opinión. Y yo, no sabiendo emplear ya más argumentos, prometí: si el Tribunal Supremo falla en contra de mi opinión que era “de libro”, renuncio a mi carrera de Registrador: se ganó en primera instancia, en apelación y en el Tribunal Supremo. De vez en cuando y para agradecerme el dictamen, la familia interesada me “promete” unos espárragos de La Rioja.

Aunque mi conocimiento de la institución se reduce al primitivo CASTÁN que trataba las dos reservas juntamente y en un solo tema es importante —señor recurrente— partir de dos premisas fundamentales: el reservatario en el momento de “perfección o constitución de la reserva” tiene simplemente una “expectativa”, en cuanto no implica derecho alguno en los bienes reservables; el segundo momento, “o sea a la muerte del reservista” (hay que matar al reservista, lo mismo que al autor para que sus derechos pasen a los herederos) los reservatarios “hacen efectivos sus derechos”.

¿Y antes de que todo esto suceda pueden renunciar? Recuerdo haber leído algo de las situaciones “interinas” de los derechos, que precisara DE CASTRO y no se oponía a su posible renuncia, pero aquí puede suceder como en un condominio entre cuatro o cinco: uno renuncia acrece o se subrogan los demás, pero el condominio sigue subsistiendo. El que renuncie una posible reservataria no quiere decir que ello sea título para cancelar la reserva a la que en su día —cuando muera el reservista— podrán estar llamados otros reservatarios dentro del tercer grado.

Esto que es tan sencillo se complica en el escrito de iniciación del recurso: se mezclan conceptos que entorpecen el discurrir jurídico y así se habla de un

“derecho” de los reservatarios distinto de la “legitimación”, se considera que la reservataria cuando renuncia “es la única”, pero no tiene en cuenta que el “momento” decisivo “la tumba abierta” es la muerte del reservista. Resulta penoso seguir las argumentaciones que, como los parentescos en los que falta la línea recta, se convierten en colaterales.

Mucho mejor, más clara, más abierta y más ajustada a Derecho es la argumentación registral. La prueba es que la Audiencia —a pesar del desfase notarial de su escrito de apelación— confirma la nota, que ratifica la Dirección General que, en forma velada, advierte al fedatario recurrente de que su afirmación es “evidentemente infundada”.

Cualquiera que se acerque a este comentario sabrá comprender que lo tenga que cortar en este momento, pues ir entresacando la argumentación notarial se me hace muy duro —aun respetando la libertad de expresión y de juicio y conocimientos—, ya que podríamos llegar a situaciones insostenibles jurídicamente. Y yo, de los caminos, no hago sendas en los que sólo cabe uno, pues prefiero ir juntos.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

EL RECURSO GUBERNATIVO AL SERVICIO DE UN POSIBLE FRAUDE DE LEY
(RESOLUCIÓN DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1990. BOE DEL 24 DE OCTUBRE).

Antecedentes.—En juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 del Puerto de Santa María, a instancia del “Banco de Santander, Sociedad Anónima”, contra don Roberto de Terry Muñoz, y en virtud del correspondiente mandamiento, se practicó anotación preventiva de embargo con fecha 26 de noviembre de 1984 (*sic*) sobre una finca rústica propiedad del demandado, registral número 5.433, que dio lugar a la anotación letra A. Con fecha 20 de diciembre de 1984 se canceló la anterior anotación, que constituyó la anotación letra B. El día 20 de diciembre de 1984 se practicó nueva anotación de embargo sobre la misma finca, trabado en el expresado procedimiento, que dio lugar a la anotación letra C. El día 5 de diciembre de 1988, en el libro diario del Registro de la Propiedad número 1 del Puerto de Santa María, se extendió el asiento de presentación número 1.405 del tomo 86 al mandamiento ordenando la prórroga por otros cuatro años de la anotación de embargo, letra C, dictado en autos del juicio ejecutivo número 261/1980, antes citado. Don Roberto de Terry Muñoz, con fecha 17 de febrero de 1989, dirigió escrito al Registrador de la Propiedad número 1 del Puerto de Santa María solicitando la caducidad del asiento de presentación y, en consecuencia, la cancelación de la anotación preventiva de embargo sobre la finca de su propiedad.

Calificación registral.—Presentado el anterior escrito en el Registro de la Propiedad número 1 de los del Puerto de Santa María fue calificado con la siguiente nota: Registro de la Propiedad del Puerto de Santa María número 1.—Denegadas las operaciones solicitadas, pues el asiento de presentación número 1.405 del tomo 86 del diario correspondiente al mandamiento ordenando la prórroga de la anotación preventiva de embargo cuya cancelación se pretende, no ha caducado por encontrarse suspendido su plazo de vigencia desde el día 25 de enero de 1989, fecha en que consta haberse interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador hasta que se reciba el acuerdo del excelen-

tísimo señor Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla dando por terminado el expediente, en cuya fecha se procederá a extender el correspondiente asiento para hacer constar la prórroga de la anotación, ya que el Registrador que suscribe, en uso de la facultad que le reconoce el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, emitió informe rectificando la calificación anterior y conformándose con las alegaciones del recurrente. Se expide la certificación de cargas solicitada.—Puerto de Santa María, 20 de febrero de 1989.—El Registrador.—Firma ilegible —Firmado: Federico Monsalve Aulestiarte.

Recurso gubernativo.—El Procurador de los Tribunales don Mauricio Gordillo Cañas, en representación de don Roberto de Terry Muñoz, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que, según la doctrina hipotecaria, para que se produzca la prórroga, el artículo 86 de la Ley Hipotecaria exige que la misma sea anotada antes de que caduque el asiento. Que el 21 de diciembre de 1988 no estaba anotada la prórroga en el Registro de la Propiedad. En cuya virtud, el señor de Torres (*sic*) requirió al Notario del Puerto de Santa María don Eduardo Manuel Martínez Gahete, quien el día 22 de diciembre de 1988 levantó acta de que el asiento está en el libro diario, pero no está anotada la prórroga en los libros del Registro. Que el citado señor De Terry, a su propia instancia, como dueño del inmueble solicitó el 21 de diciembre de 1988 la cancelación de la anotación preventiva de embargo practicada el día 20 de diciembre de 1989 (*sic*), ya que no cabía otra prórroga y, además, los autos están suspendidos. Que los defectos calificados en el mandamiento por el señor Registrador eran subsanables y han debido ser subsanados dentro de la vigencia del asiento de presentación y después haber calificado conforme a lo que prescribe el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

Informe del Registrador.—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que el problema que se plantea en el presente recurso es el de determinar si es posible la cancelación de una anotación preventiva de embargo, cuya prórroga no ha sido anotada antes de la fecha de caducidad, pero sí figura extendido con anterioridad el asiento de presentación del mandamiento ordenando dicha prórroga. La solución de la cuestión suscitada dependerá de la interpretación que se dé a la palabra "anotada" utilizada por dicho artículo, pero para su interpretación haya que tener en cuenta que el sistema registral español está inspirado en el principio de prioridad y concede al asiento de presentación un extraordinario relieve conforme se dispone en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria; por lo tanto, parece que el legislador ha empleado dicha palabra en un sentido amplio con el mismo alcance que la utiliza en otros artículos de la Ley Hipotecaria, como por ejemplo en el artículo 1.º, siendo éste el criterio de parte de la doctrina hipotecaria, de la jurisprudencia y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de agosto (*sic*) y 16 de mayo de 1968. Que en el caso que se contempla el asiento de presentación, número 1.405 del tomo 86 del diario, correspondiente al mandamiento ordenando la prórroga de la anotación de embargo cuya cancelación se pretende se extendió antes de que caducara la anotación y está vigente en la actualidad, por haber sido suspendido su plazo de vigencia por dos veces, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66,3.º de la Ley Hipotecaria y 114 de su Reglamento. Que aunque prosperase la tesis del recurrente y se considerase que la segunda anotación practicada implicaba la prórroga de la primera, tampoco podría procederse a la cancelación pretendida, por oponerse a ello el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario.

Informe de la Magistrada-Juez.—La ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado

de Primera Instancia número 1 de los del Puerto de Santa María informó en relación a los distintos trámites del juicio ejecutivo contra don Roberto de Terry Muñoz en virtud de demanda formulada por la entidad anónima de crédito "Banco de Santander, Sociedad Anónima".

Auto del Presidente de la Audiencia.—El Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla confirmó la nota del Registrador fundándose en lo argumentado por éste en su informe y, principalmente, en los artículos 24 de la Ley Hipotecaria y 199 de su Reglamento.

Doctrina de la Dirección General.—Vistos los artículos 24, 76, 66, 86 y 96 de la Ley Hipotecaria; 199, 204 y 206 del Reglamento Hipotecario; Resoluciones de 15 de abril y 16 y 25 de mayo de 1968.

1. Extendida una anotación preventiva de embargo el 20 de diciembre de 1984, se presenta en el Registro el 21 de diciembre de 1988 escrito por el que el titular del derecho embargado solicita su cancelación por caducidad conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria. El Registrador se opone, habida cuenta de que con fecha 5 de diciembre de 1988 se había presentado mandamiento ordenando la prórroga de aquella anotación, aunque la anotación de prórroga fue suspendida el día 23 de diciembre de 1988 por observarse ciertos defectos. El 25 de enero de 1989 se suspende el plazo de vigencia del asiento de presentación de ese mandamiento por haberse interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador. Este recurso está aún pendiente al tiempo de extender la nota de calificación que ahora se impugna y por la que se deniega la cancelación solicitada.

2. La única cuestión a decidir, por tanto, es la de determinar si ha caducado o no la anotación cuya cancelación se pretende cuando, aunque no se haya anotado la prórroga antes de transcurrir los cuatro años de su vigencia, se había presentado ya dentro de ese plazo el mandamiento ordenándola.

De conformidad con el artículo 24 de la Ley Hipotecaria ha de considerarse como fecha del asiento para todos los efectos que deba producir, mientras la Ley no disponga otra cosa, la de presentación del respectivo título en el Registro. No puede estimarse, pues, caducada la anotación debatida ni, por consiguiente, puede accederse a su cancelación en tanto no caduque el asiento de presentación del mandamiento ordenando la prórroga. Dicho mandamiento ha sido presentado durante la vigencia de la anotación y, por ende, es posible aún su prórroga, aunque materialmente, y por exigencias del despacho de la oficina o por otra causa legalmente fundada, la operación haya de realizarse con posterioridad al vencimiento de la anotación, pero dentro del plazo de vigencia de aquel asiento de presentación. Doctrina ésta que es confirmada, para otro tipo de prórroga, por el último inciso del artículo 204 del Reglamento Hipotecario en relación con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Comentario.—1. Escuché en cierta ocasión decir al prematuramente desaparecido procesalista Gutiérrez de Cabiedes, con toda la seriedad que le permitía su fina ironía universitaria que "si se derogase todo el Derecho sustantivo, el Derecho procesal no serviría para nada y nos dedicaríamos a otra cosa". Lo decía a propósito de una reforma sufrida (o disfrutada, para ser exactos) por el Código Civil en 1972, que suprimió la antigua limitación de la hija de familia mayor de edad pero menor de veinticinco años para abandonar el domicilio familiar, reforma que derogó paralelamente los artículos 1.901 a 1.909 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil, que eran los que encauzaban procesalmente la pretensión del padre de reintegrar al hogar a la hija huida. Con el recuerdo de esta anécdota deseo subrayar la importancia, todo lo subordinada que se quiera pero innegable, de lo que se viene llamando Derecho adjetivo. De poco sirve que la Ley sustantiva nos conceda muchos y muy vistosos derechos si luego no existe Ley adjetiva para hacerlos valer o ésta resulta ser un cauce estrecho y lleno de dificultades. Sería como el viejo chiste del borracho cuyo castigo en el infierno consiste en permanecer eternamente junto a una botella llena de vino pero sin agujero.

2. Lo mismo cabe decir del Derecho inmobiliario registral. De poco servirían unos aspectos sustantivos deslumbrantes, una eficacia defensiva y ofensiva de la inscripción sobrecogedora si los aspectos adjetivos se descuida. Y es que no debemos olvidar algo que de puro evidente nos puede pasar inadvertido: el Registrador sólo aplica, en su labor diaria, los aspectos adjetivos de su herramienta. Los efectos de la inscripción se escapan de su quehacer, y por eso no creó escandalizar a nadie si digo que un Registrador nunca tendrá que aplicar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: eso es oficio de Jueces y Tribunales. Parafraseando a Sancho Rebullida, me atrevo a afirmar que el Registrador nunca ve al tercero hipotecario, no porque no exista, sino porque no se nota que lo es cuando entra en el Registro.

3. De ahí que cuanto leí la Resolución de 14 de septiembre de 1990, que ahora comento —y que, en principio, me pareció que contenía una doctrina archisabida, de lo que podría deducirse que el asesor del recurrente ignoraba algunas nociones elementales del Derecho registral o bien se amparaba en algunos hechos que el texto de la resolución publicado en el *BOE* no nos deja ver con nitidez— pensé que no debía desaprovecharse la ocasión para hablar del Derecho hipotecario adjetivo, es decir, lo que doctrinalmente suele denominarse el procedimiento registral. Y es que la cuestión central de este recurso versó sobre la interpretación del artículo 86 de la Ley Hipotecaria y éste sí que es uno de los preceptos que con frecuencia deben ser aplicados por el Registrador, con repercusiones importantes también en quienes, como los protagonistas directos o indirectos de este expediente, buscaron o buscan la actuación de aquél para cobijar bajo el paraguas registral sus derechos o expulsar de tal cobijo los derechos de la parte contraria.

4. En la presente resolución, llaman la atención algunos extremos que enumero ahora de forma sumaria, para proceder luego a un análisis pormenorizado de cada uno: *primero*, el acoplamiento de la anotación preventiva de embargo letra C con la A; *segundo*, la nota de calificación de 20 de febrero de 1989, que descubre la existencia de otro recurso gubernativo, que en parte incide sobre éste y que se ha terminado por la vía del artículo 116 del Reglamento Hipotecario; *tercero*, el acta notarial de 22 de diciembre de 1988; *cuarto*, el informe de la Magistrada-Juez, cuyo contenido ignoramos, y *quinto*, la doctrina establecida por la Dirección General y su conexión con el título que he inventado para encabezar este comentario: el recurso gubernativo al servicio de un posible fraude de ley. Vamos allá.

5. En los antecedentes de la resolución comentada se narra una incidencia que no deja de extrañar si se repara en ella atentamente: la anotación letra A —a favor del Banco de Santander, S.A., igual que la que fue objeto del recurso y por mandamiento dimanante del mismo juicio ejecutivo— se practicó con fecha 26 de noviembre de 1980 (corrijo el año 1984 por el de 1980 por entender que se trata de una errata: me apoyo en que los autos de juicio ejecutivo llevaban el

número 261/80 y en que la cancelación de la anotación letra A se produjo por el asiento B el 20 de diciembre de 1984). Luego, resultó que con fecha 20 de diciembre de 1984 se practicó una nueva anotación de embargo a favor del propio Banco de Santander, S.A., que es la letra C y cuya cancelación a instancia del propietario es denegada y ello da origen a este recurso. No se nos dice en el texto del *BOE*, pero a este respecto nos hacemos dos preguntas: ¿Cuál fue el documento que dio lugar a la cancelación B? (partimos de la base que debió de practicarse en virtud de mandamiento expreso, ya que la cancelación por caducidad se habría practicado, según el artículo 353 del Reglamento Hipotecario, por nota marginal, y no por asiento principal, como aquí ocurrió). ¿Cuándo se produjo la presentación del mandamiento que originó la anotación letra C? Ignoramos igualmente este extremo, pero mucho nos tememos que la presentación pudiera haberse producido antes del día 26 de noviembre de 1984, y entonces la anotación letra C no era más que una prórroga de la A, porque, de lo contrario, el “acoplamiento” de dos anotaciones independientes para hacer constar en el Registro el mismo embargo no deja de plantear ciertas dificultades. Algo de esto parece insinuar el Registrador cuando, al final de su informe, manifiesta que “aunque prosperase la tesis del recurrente y se considerase que la segunda anotación practicada implicaba la prórroga de la primera, tampoco podría procederse a la cancelación pretendida, por oponerse a ello el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario”. Ninguno de estos problemas es aludido por la Dirección General en sus fundamentos de Derecho (lo cual es de lamentar, porque supone dejar sin contestación la “tesis del recurrente”) pero el Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla debió de tener en cuenta la alegación del Registrador, ya que en el auto se invocó, al parecer, el supradicho artículo 199. No podemos nosotros detenernos más tiempo en este punto, máxime porque, debido a la falta de datos en la resolución, nos vemos obligados a movernos en el resbaladizo terreno de las conjeturas, pero lo dejamos apuntado.

6. La nota de calificación recurrida, de 20 de febrero de 1989, revela la existencia de un recurso gubernativo, interpuesto presumiblemente por el Banco de Santander, S.A., ante la suspensión, por parte del Registrador, del mandamiento —presentado el 5 de diciembre de 1988— por el cual se ordenaba la prórroga de la anotación letra C. Los defectos apreciados por el Registrador para proceder a esa suspensión, ¿tenían algo que ver con el “acoplamiento” de anotaciones de que hablábamos antes? ¿Acaso el Registrador se percató de que se pretendía una segunda —y como tal, indebida— prórroga de la primitiva anotación? Lo ignoramos, pero fuertes debieron ser los argumentos del Banco recurrente para que el Registrador —por medio del llamado recurso de reforma indirecto del art. 116 del Reglamento Hipotecario— pusiera fin a este otro recurso gubernativo, de forma que sólo estaba esperando el “acuerdo” del Presidente de la Audiencia para proceder al despacho del mandamiento. Sin embargo, no es esto lo que exactamente el artículo 116 ordena hacer. Dice este precepto que si el Registrador se conformase con la petición del recurrente, lo comunicará al Presidente de la Audiencia con devolución del expediente, *previo desglose* de los documentos que hubieran sido objeto de la calificación, que se detendrán en el Registro para la práctica de las operaciones que, en su caso, procedan. Y añade que el Presidente, dando por terminado el recurso, lo notificará al recurrente. Por consiguiente, el Registrador no debió esperar el “acuerdo” del Presidente para proceder a extender la prórroga ordenada en el mandamiento inicialmente suspendido. Adivinamos, no obstante, por qué lo hizo, pues sabemos, por experiencia propia, que, en la práctica, ese desglose a que se refiere el artículo 116 suele ser

imposible, ya que el Presidente, al notificar la interposición del recurso, suele remitir tan sólo, junto con el oficio recabando el informe, una fotocopia-testimonio del escrito del recurrente. Al quedarse en la Audiencia el documento calificado, resulta que no se puede observar al pie de la letra lo ordenado en el artículo 116. Siendo así las cosas, estando suspendido en su vigencia, por causa del recurso gubernativo, el asiento 1.405 del Diario 86, de 5 de diciembre de 1988, alguien podrá opinar que no procedía entrar a calificar la instancia de don Roberto de Terry, presentada el 17 de febrero de 1989 —aunque en el fundamento 1 se dice que lo fue el 21 de diciembre de 1988— mientras no se despachase el documento del asiento 1.405, por referirse a la misma finca e imponerlo así la vertiente procedimental del principio de prioridad. Al menos, así pensaremos si entendemos que calificar un documento y extenderle la nota denegatoria es ya “despacharlo”, y si seguimos la doctrina de la Dirección General (recogida, entre otras, en la Resolución de 7 de febrero de 1959) según la cual “el principio de prioridad exige que los documentos presentados sean despachados por el orden de presentación en el Diario, si bien los Registradores, al calificar, deberán tener en cuenta todos los documentos presentados y los asientos en vigor, a fin de cumplir rectamente su función”. En caso de que el Presidente de la Audiencia se demorase mucho en devolver los papeles (demora que en el caso concreto que analizamos debe de tener alguna relación con la constitución del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el traslado a Granada de todos esos papeles) cabría también para el asiento de don Roberto la prórroga del último párrafo del artículo 111 del Reglamento Hipotecario, que mejor sería llamar suspensión a la vista del artículo 66, final, de la Ley Hipotecaria. No lo entendió así el Registrador y procedió a denegar la instancia y a expedir la certificación de cargas que el recurrente le solicitaba también, sin esperar a ultimar el despacho del mandamiento; como no vemos, a pesar de todo, norma expresa que contradiga esta actuación, habrá que respetarla.

7. Vamos ahora a detenernos, siquiera sea someramente, en la aparición en escena de otro personaje, el Notario señor Martínez Gahete, requerido por el propio recurrente señor De Terry (señor De Torres, dice aquí el redactor de la resolución, a quien el subconsciente traiciona haciéndole cambiar el nombre del brandy), para personarse en el Registro de la Propiedad a levantar cierta acta de presencia. No deja de extrañarnos y preocuparnos esta actuación notarial; es como si el recurrente desconfiara de la veracidad de las fechas de los asientos y, por tanto, de la correcta actuación del Registrador, y quisiera preconstituir, con la ayuda notarial, la prueba de que, al solicitar la cancelación, no estaba todavía el asiento de prórroga extendido, como así ocurrió. Creo, con todos los respetos hacia otra opinión, que la intervención del Notario fue desafortunada y que debió rechazar el requerimiento. Toda acta de presencia que un Notario levante acerca del contenido de un libro registral infringe el artículo 335 del Reglamento Hipotecario y por ello no se hace “conforme a las leyes”, como exige el artículo 1.º de la Ley del Notariado y puso de relieve la Dirección Genreal en una interesante Resolución de 3 de mayo de 1984, dictada en un recurso de queja ante la denegación de servicios notariales. En ella se delimita con gran acierto y exquisita delicadeza la actuación notarial en la esfera administrativa (dado que esta clase de resoluciones no se publican en el *BOE* ni en los repertorios privados de jurisprudencia, quien esté interesado puede encontrarla en el Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1984 y también en la obra de De Prada y Ballbe). Lo mismo puede decirse de los libros del Registro Civil: el artículo 17 de su Reglamento dice que el Encargado y, por su delegación, el

Secretario, son los únicos funcionarios que pueden certificar de los asientos del Registro. Es el precepto paralelo a nuestro artículo 335, e impide que un Notario se persone en un Registro Civil a levantar acta del contenido —positivo o negativo, da igual— de sus libros. ¿Qué sucedería si después aparece una certificación que desvirtúa el contenido del acta? ¿Quién habrá cometido la falsedad: el notario al redactar el acta o el funcionario encargado de certificar en el Registro? Para evitar este problema es mejor —y con ello se cumple la Ley— que cada cual se quede en su terreno, como muy bien hicieron los Notarios de Talavera de la Reina en la ocasión analizada por la citada Resolución de 3 de mayo de 1984, respaldados por su Junta Directiva y por la Dirección General. Es más, dado que el Registro de la Propiedad es público para quien tenga interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos (arts. 221 de la Ley Hipotecaria y 607 del Código Civil), una vez averiguado y conocido por el Registrador el “interés” del Notario, al ser tal interés contrario al artículo 335 del Reglamento Hipotecario, debió denegarle la exhibición de los libros, y con mayor razón la del Diario (cfr. arts. 225, 227, 230 y 231 de la Ley Hipotecaria).

8. Dice el apartado V de los hechos de la resolución comentada que la ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los del Puerto de Santa María *informó* en relación a los distintos trámites del juicio ejecutivo contra don Roberto de Terry Muñoz en virtud de demanda formulada por la entidad anónima de crédito “Banco de Santander, Sociedad Anónima”. Nos hubiera gustado conocer ese informe —que parece esquivó la cuestión debatida en el recurso— para saber realmente qué pasaba con un juicio ejecutivo que, iniciado en 1980, aún estaba dando coletazos en 1989, y lo que te rondaré... El recurrente balbucea algo al alegar, además, que los autos están suspendidos. Si están suspendidos, ¿por qué surge de ellos un nuevo mandamiento de prórroga? ¿Cuál es la causa de la suspensión? De todas formas, dado que ignoramos todo acerca de esta suspensión y puesto que tampoco tiene que incidir directamente en el asunto resuelto por la Dirección, no merece la pena que perdamos más tiempo con ello.

9. Dejo para el final el meollo de la cuestión, que no es otro que la interpretación del artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Este precepto, después de establecer la regla general de caducidad de las anotaciones preventivas a los cuatro años *de su fecha*, añade que “no obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga *sea anotada* antes de que caduque el asiento”. A la vista del tenor literal de este precepto, el recurrente, conocedor de que los cuatro años se cumplían el 20 de diciembre de 1988, se presentó al día siguiente en el Registro solicitando la cancelación, y algo debió de pasarle cuando decidió mandar al otro día (día 22) al Notario a levantar el acta cuya procedencia ya he censurado. La Dirección General, en la resolución que estamos comentando, no hace más que repetir la doctrina precedente a propósito del punto debatido, recogida en las Resoluciones de 15 de abril y 16 de mayo de 1968 (en los vistos se cita otra de 25 de mayo de 1968 que no existe; debe de referirse, sin duda, a la de 28 de mayo de 1968). Esta doctrina no es otra que la de interpretar el segundo inciso del párrafo primero del artículo 86 citado a la luz del artículo 24 de la Ley Hipotecaria y hacer decir a la Ley, en lugar de “siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento”, la frase “siempre que la solicitud o el mandamiento de prórroga sean presentados en el Diario antes de que caduque el asiento”, que, naturalmente, no es lo mismo. No deja de ser chocante que cuando se interpreta el primer inciso del párrafo primero del artículo 86 se diga

que la fecha a partir de la cual se cuentan los cuatro años sea la fecha propia del asiento de anotación y no la del asiento de presentación y se olvide sin extrañeza de nadie el juego del artículo 24 (rectifico: a Chico Ortiz no le entusiasma distinguir entre la fecha propia del asiento y la fecha del asiento de presentación), precepto éste que, sin embargo, reaparece al interpretar el segundo inciso del primer párrafo de dicho artículo 86, en una línea jurisprudencial de la que esta resolución no es más que una continuadora. Esta doctrina me parece correcta siempre que se sostenga igual interpretación para todo el precepto: lo que cuenta, por encima del tenor literal de la Ley en casos particulares es la fecha del asiento de presentación, porque ésta es verdaderamente *su fecha*, con la sola excepción del artículo 96 de la Ley Hipotecaria (lo cual es explicable, pues si aquí los sesenta días se contarán desde el asiento de presentación y no desde la fecha propia de la anotación de suspensión, ésta sería inútil). Por eso al principio dije que me hubiera gustado saber la fecha del asiento de presentación del mandamiento que dio lugar a la anotación letra C, que se va a prorrogar con mandamiento presentado el 5 de diciembre de 1988. Lo que no vale es prescindir del artículo 24 de la Ley Hipotecaria para contar los cuatro años de caducidad y, en cambio, tenerlo en cuenta para la presentación del mandamiento que ordena su prórroga. Es la ley del embudo pero con la parte estrecha siempre del mismo lado, del recurrente, en este caso. Se propugna, pues, —en contra de lo que dijo la Resolución de 28 de mayo de 1968 y del comentario favorable que de ella hizo Camy— una interpretación del párrafo primero del artículo 86 de la Ley Hipotecaria a la luz del 24 de la misma Ley, pero no sólo de su inciso segundo, como se hizo en esta resolución, lo cual está muy bien, sino igualmente de su inciso primero, porque además sólo así —y ahora paso a justificar el empleo de un título un tanto periodístico para encabezar este comentario— podremos evitar que el recurso gubernativo pueda ponerse al servicio del fraude de ley.

10. No digo, ni mucho menos, que éste sea el caso del recurso cuya resolución comentamos, pero al lector no se le escapará que si a propósito del artículo 86, inciso primero, del párrafo primero, distinguimos entre la fecha del asiento de presentación y la fecha *propia* de la anotación, todas las anotaciones, excepto aquellas que se extiendan el mismo día de la presentación del documento que las origina, van a durar más de cuatro años; pero esto *no es* lo que la Ley establece. El legislador es libre de dar a ese asiento transitorio que llamamos anotación preventiva una duración mayor o menor; si la Ley ha elegido, por la razón que sea, una duración de cuatro años, no puede el intérprete añadirle una propina. Si la anotación despliega sus efectos desde el asiento de presentación y tales efectos, según la Ley, deben durar cuatro años, nosotros debemos entenderla caducada, siguiendo el sistema de fecha a fecha del artículo 5.1 del Código Civil, cuatro años después de que el asiento de presentación haya tenido lugar. Esta interpretación evita la tentación de que, por la vía de un recurso gubernativo, todo lo infundado que se quiera, alguien trate de hacer valer registralmente un embargo más allá del tiempo que la Ley prudencialmente le ha querido otorgar. Porque, en los casos normales, cuando no hay defectos en el mandamiento, puede ser muy corta la propina de vida que recibe una anotación si contamos los cuatro años "desde su fecha" propia; el *plus* de vigencia no va más allá de quince días hábiles si el Registrador cumplió en su día con el plazo ordinario de despacho. Sin embargo, fácil sería obtener para la propia anotación una duración extraordinaria en aquellos casos en que el Registrador suspende la anotación por algún defecto subsanable. En estos casos, en lugar de intentar la subsanación del defecto advertido, se interpondría el recurso gubernativo, y con la suspensión

del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, el que solicita la anotación dispone del paraguas del asiento de presentación y sabe, además, que durante la tramitación del recurso —que puede dilatarse a lo largo de un año o más, como la experiencia nos muestra casi siempre— va a “congelar” el folio de la finca, causando de paso a su propietario unos perjuicios adicionales nunca queridos por la Ley. Luego, una vez resuelto el recurso en sentido desfavorable para el recurrente, al levantarse la suspensión de la vigencia del asiento de presentación, dispone de lo que falte hasta los sesenta días para subsanar el defecto y obtener una anotación que aún va a durar cuatro años más. No creo que ésta haya sido la intención del legislador, y sin embargo puede lograrse esa consecuencia mediante la utilización fraudulenta del recurso gubernativo, cosa que se evitaría si contáramos los cuatro años de vigencia de la anotación desde que empezó a producir efectos, o sea, desde el asiento de presentación.

11. Lo dicho hasta ahora enlaza con el problema que se plantea al confrontar el texto del artículo 86 de la Ley Hipotecaria con el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, procedente éste de la reforma de 1959. Una lectura apresurada de ambos puede entender que, para una clase de anotaciones —las ordenadas por la autoridad judicial y también las ordenadas en apremios fiscales, según la Resolución de 25 de mayo de 1990— el artículo 199.2 se ha puesto en contradicción con la Ley, estableciendo una prórroga indefinida más allá de los cuatro años de prórroga en aquélla previstos. Sin embargo, el intérprete está obligado a salvar esta aparente contradicción y no hacer decir al Reglamento nada contrario a la Ley, error en el que incurre, a mi juicio, la Resolución de 24 de mayo de 1990, cuyo fundamento de derecho 3.º, por lo demás innecesario para justificar la desestimación del recurso y sólo justificable de *lege ferenda*, sí que se pone en contradicción con el artículo 86 de la Ley, precepto éste que, a pesar de ser el más alegado por el recurrente, ni siquiera es mencionado en los vistos de esa resolución. Bien leído, el Reglamento, en el artículo 199.2, impide al Registrador que cancele unas anotaciones prorrogadas aunque haya transcurrido el plazo legal de prórroga. Pero el Reglamento no dice —porque no podría decirlo sin contradecir la Ley— que las anotaciones prorrogadas sigan vigentes más allá de los ocho años. Nos encontraríamos, por tanto, con unas anotaciones caducadas según el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y sin eficacia según el artículo 77 de la misma, que el Registrador, sin embargo, no puede cancelar por caducidad porque se lo impide el artículo 199.2 del Reglamento. Es ésta una pretensión que fue insinuada por nuestro recurrente, contestada por el Registrador en su informe y presumiblemente tratada en su auto por el Presidente de la Audiencia. Dado que la Dirección no quiso entrar en ello —tal vez porque no era el punto central del debate— voy a limitarme a dejarlo planteado y posponer su comentario para cuando se ventile en otro recurso como verdadera *ratio decidendi*. Únicamente señalaré, para terminar, que si alguien está interesado en conocer la opinión de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la eficacia (ineficacia, para ser exactos) de un asiento caducado aunque no formalmente cancelado, puede consultar la Sentencia de 30 de marzo de 1983 (R. Aranzadi 1653/83). Aunque trata del Registro de Venta a Plazos, contiene una doctrina enteramente aplicable al Registro de la Propiedad.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

C) ARRENDAMIENTOS URBANOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.—PROCEDE LA APLICACION DE LA CAUSA 3.^a DEL ARTICULO 62 LAU PORQUE LA NAVE ESTA DEDICADA A ALMACEN O DEPOSITO, CON SIGNOS EVIDENTES DE HABER CESADO TODA ACTIVIDAD COMERCIAL (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1987).

El Juzgado número 2 de La Orotava desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó la anterior, estimando la resolución del contrato.

No prospera la casación. La diligencia de reconocimiento judicial acredita que hay una unidad física real, ya que se trata de una nave con dos niveles de planta distintos, que se comunican con una rampa que acredita la construcción en dos fases consecutivas y asimismo arrendadas, naves unidas que constituyen el objeto del arrendamiento aquí cuestionado según se ha demostrado en la prueba. El Notario constata que la nave o local está cerrada al público, así como lo hace el Ayuntamiento y la Telefónica y el reconocimiento judicial acredita que está destinada a almacén o depósito de mercancías con signos evidentes de haber cesado toda actividad comercial. Como ha declarado esta Sala, cuando el local se aprovecha como almacén sin contacto con el público, cesando de servir de sede a una actividad creadora, se incurre en la causa 3.^a del artículo 62 LAU (Sentencias de 6 de marzo de 1961, 3 de diciembre de 1963 y 17 de octubre de 1983), siendo de aplicación la causa 11.^a del artículo 114 de la misma Ley.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—LA VOLUNTAD NEGOCIAL BILATERAL RECA-YO SOBRE UN CONJUNTO ARMONICO EN UNIDAD DE EXPLOTACION COMERCIAL CONTINUANDO LA INDUSTRIA EJERCIDA POR EL PROPIETARIO DESDE ANTIGUO (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Tanto el Juzgado número 2 de Palma como la Audiencia de la misma capital estimaron la demanda.

No triunfa la casación. Los elementos objetivos cedidos en el uso, disfrute y explotación por el dueño constituyen la industria de hospedaje que ya existía anteriormente con el designio de continuar en el ejercicio de ella, no habiendo demostrado los demandados que, a falta de los mismos, hubieran de incorporar elementos del tipo de los adquiridos en su casa de huéspedes, todo lo cual confirma que la voluntad negocial bilateral recayó sobre un conjunto armónico en unidad de explotación comercial, apta no sólo para ejercer el tráfico mercantil, sino para continuar el que de antiguo venía ejerciéndose ininterrumpidamente, lo que corrobora la perfecta aplicación de los preceptos que se denuncian como conculcados, con apoyo en el artículo 3.º-1 LAU. Los recurrentes entienden que existía prórroga pero, caso de existir, sería la tácita reconducción del artículo 1.581 del Código Civil y se podría dudar si es por años o meses, pero nunca por plazo indefinido, cuya inteligencia contractual violaría la idea del plazo o término concreto y definido que es consustancial en las locaciones, como exige el artículo 1.543 del Código Civil, cuyo correctivo para caso de omisión o de duda se establece en el mencionado artículo 1.581 del Código Civil.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—HAN DE ADMITIRSE LAS OBRAS REALIZADAS POR EL ARRENDATARIO PARA EVITAR UN DAÑO INMINENTE EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE AUTODEFENSA, ADMITIDO EN DIVERSOS PRECEPTOS CIVILES Y EN LA JURISPRUDENCIA (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Desestimó la demanda el Juzgado de San Fernando, pero revocó la Audiencia de Sevilla.

Triunfa el recurso de casación. Aun cuando el acta notarial de notificación y requerimiento tiene carácter documental, no lo reúna en cuanto a su contenido, si se tiene en cuenta que lo documentado es el resultado de una prueba puramente testimonial. Aun en los sistemas jurídicamente más avanzados existe la denominada defensa privada o autodefensa, que está permitida siempre y cuando no sea más que una defensa o simple protección del estado posesorio. Se citan como supuestos de autodefensa en el Código Civil los artículos 156, 592 y 612. No es aventurado afirmar que la autorización concedida en el párrafo 2.º del artículo 110 LAU, puede encontrar su raíz última en la autodefensa. Así la Sentencia de 5 de febrero de 1960 declaró que en las obras llevadas a cabo por el arrendatario, encaminadas a evitar un daño inminente o incomodidad grave, no se pueden tener en cuenta si modifican o no la configuración del local arrendado por no ser obras realizadas por su voluntad, sino impuestas por causas o circunstancias no queridas y productoras del daño como es el caso del arrendatario que tabica una puerta de acceso a la tienda por el portal de la casa donde se había cometido un robo. El hecho de tabicar una ventana cuando los hierros de la reja que la protegía han sido violentados para cometer un robo ha de considerarse como acto lícito, sin que sea dable acoger el juicio de valor de la sentencia de instancia, al entender dicho acto como de futuro con proyección al trazo de la relación arrendaticia, desproveyéndola del sentido de provisionalidad y de autodefensa que entraña.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—CUALQUIER COMUNERO PUEDE EJERCITAR ACCIONES EN INTERES DE LA COMUNIDAD SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Tanto el Juzgado número 1 de Bilbao como la Audiencia de esta capital desestimaron las excepciones alegadas y estimaron la demanda.

No prospera la casación. Procede la resolución por subarriendo inconsentido o traspaso irregular del local, alegando los recurrentes que el contrato lo suscribió, como arrendador, uno de los actores y su esposa, y en el proceso comparecen el marido y los hijos, sin acreditar el primero que obre en interés de la comunidad ni los segundos su carácter de herederos de la madre. Pero consta que el marido interviene como arrendador con todos sus hijos como coadyuvantes, por su carácter de dueños y arrendadores, es decir, se expresa claramente la situación de comunidad y el ejercicio en interés de la comunidad de la acción correspondiente, que cualquier comunero puede actuar, como proclama constante jurisprudencia, cuya cita se excusa por lo que la legitimación activa está plenamente cumplida desde la iniciación del proceso, sin que pueda alegar el recurrente que se haya producido indefensión.

DESAHUCIO DE LOCAL.—EXISTE MAQUINACION FRAUDULENTA CUANDO SE DEMANDA AL ARRENDATARIO EN EL DOMICILIO QUE TENIA EN 1976, A PESAR DE HABERLE DIRIGIDO CARTAS POSTERIORMENTE AL LOCAL QUE OCUPABA COMO TAL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

El Juzgado número 7 de Distrito de Palma declaró resuelto el contrato por falta de pago de la renta.

Triunfa el recurso de revisión. Se funda en la maquinación del arrendador que, conscientemente, le demanda en el domicilio que tenía en el año del contrato, 1976, siendo así que la prueba documental demuestra que en los años 1980 y siguientes, el arrendador se había dirigido al arrendatario por cartas que enviaba al lugar en el que estaba sito el local de negocio. Ante esto no cabe otra interpretación que la de que el arrendador eludió la presencia del arrendatario en el proceso, finalidad reveladora de maquinación fraudulenta, como proclama constante jurisprudencia (Sentencias de 6 de noviembre de 1979, 28 de marzo de 1983 y 27 de enero de 1986).

RESOLUCION DE CONTRATO.—AL EXTINGUIRSE EL ARRENDAMIENTO EN VIRTUD DE LA CLAUSULA FINAL DEL CONTRATO, QUEDA EL ARRENDATARIO COMO PRECARISTA, SIN QUE EQUIVALGAN A LA RENTA LOS GASTOS O PAGOS QUE PESEN SOBRE EL OCUPANTE POR OTROS CONCEPTOS (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1987).

El Juzgado de La Orotava admitió parcialmente la demanda, declarando que la ocupación del local es a título de precario por extinción del arrendamiento. Desestimó la apelación la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Tampoco tiene éxito la casación. La Sala *a quo* interpreta la cláusula final del contrato de 1978 en la que se eximía al arrendatario de sus pagos mensuales de renta, teniendo en cuenta que al dirigirse contra él la demanda por falta de pago de las rentas, obtuvo sentencia absolutoria en dicho procedimiento al que aportó tal documento, entendiendo que el contrato de arrendamiento quedó extinguido por esa cláusula suscrita el 17 de julio de 1980, dada la bilateralidad y onerosidad del contrato locativo que quedó sin efecto en virtud de la misma, quedando en situación de precario, de carácter residual acorde con la jurisprudencia de esta Sala en la que se define su concepto como el que corresponde a todo disfrute o simple tenencia de una cosa sin título o sin pagar merced por voluntad de su poseedor o sin ella, de suerte que el hecho de pagar merced que excluya el precario no está constituido por la mera entrega de una cantidad, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de renta del arrendamiento, constituido o presunto, a nombre del que paga, sin que equivalgan a renta los gastos o cargas que pesen sobre el ocupante de los bienes por otros conceptos (gas, calefacción, contribución, etc.). En consecuencia, al extinguirse el arrendamiento sobre el inmueble en virtud de la cláusula final quedó extinguido el negocio totalmente sin persistencia de los demás elementos que lo constiuyen aparte del precio, es decir, que los demás, como tiempo convenido y destino, sólo subsisten si pueden ser enmarcados dentro de la negociación, conforme al artículo 1.204 del Código Civil, pero de una forma expresa y terminante. El precario no puede calificarse de otra manera por falta de expresión de voluntad consecutiva a la tesis propugnada y menos a la constitución de un derecho de usufructo, uso o habitación, que precisaría de una manifestación inequívoca, lo que aquí no acontece.

DESAHUCIO.—NO ES APLICABLE EL ARTICULO 148 LAU, QUE OBLIGA AL ARRENDATARIO A PAGAR O CONSIGNAR LAS RENTAS PARA INTERPONER UN RECURSO, YA QUE LA DEMANDANTE ES LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, TERCERO EN LA RELACION ARRENDATICIA, QUE NO PUEDE EXIGIR EL PAGO O CONSIGNACION DE LA RENTA (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1987).

El Juzgado número 3 de Zaragoza estimó parcialmente la demanda de desahucio entablado por la Comunidad de Propietarios, conforme al artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, admitiéndola para unos arrendatarios y rechazándola para otros. La Audiencia declaró resueltos todos los contratos de arrendamiento.

Prospera la casación. Se hizo una aplicación indebida del artículo 148 LAU, que obliga al arrendatario a pagar o consignar las rentas, como requisito inexcusable para la admisión de los recursos. Pero el único legitimado para el percibo de las rentas ha de ser el arrendador pero ese derecho no lo tiene un tercero, ya que su finalidad es mantener el equilibrio de las prestaciones que corresponden a cada parte contratante: estando el arrendatario en el uso de la cosa ha de pagar el mismo las rentas que constituyen la contraprestación. La exigencia de las rentas devengadas corresponde al arrendador, que no ha sido parte en el pleito, ya que es la Comunidad de Propietarios, con base en el artículo 19 LPH, la que ejerce el lanzamiento, pero no tiene derecho a exigir el pago de las rentas, siendo de añadir que las disposiciones que significan una limitación para el

ejercicio de los derechos han de ser interpretadas restrictivamente. En cuanto a la realización de actividades molestas e incómodas la realidad es que los documentos que se citan para probar el error del juzgador sólo son hábiles para acreditar que determinadas sanciones gubernativas no fueron impuestas al arrendatario, sino a otros antes, lo que no obsta al pronunciamiento judicial impugnado de que tales actividades molestas se siguen desarrollando aunque no hayan sido objeto de sanción, por lo que no procede la admisión de este motivo.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO Y DECLARACION DE DERECHOS.—NO PUEDE EXTENDERSE EL ARRENDAMIENTO A UN LOCAL CONSTRUIDO DESPUES DE LA PERFECCION DEL CONTRATO. PROCEDE LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO DE LA OBLIGACION DE TENER ABIERTO EL BAR LOS DIAS QUE SE DAN ESPECTACULOS DEPORTIVOS (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1987).

Admitió la demanda el Juzgado número 13 de Barcelona, pero la Audiencia revocó la anterior y acogió la reconvencción.

No triunfa la casación. La sentencia impugnada entiende que el contrato de arrendamiento se refería a la industria de bar instalado en un barracón situado en la parte externa del campo de deportes y no a la instalación interior, junto a los vestuarios del campo. Pero los actores entienden como el Juez de Primera Instancia que se refería a cualquiera de las instalaciones, condenando a la demandada a entregar el objeto del arrendamiento. La Sala entiende que la cláusula 1.ª del contrato de arrendamiento de industria se refiere al bar existente en el momento del contrato de 1980, es decir, el del barracón exterior. Existe otro contrato posterior para la explotación del nuevo local interior con precios y condiciones diferentes. Es decir, que este local no existía en el momento de la perfección del primitivo contrato. El pretender que el servicio de bar arrendado se refería no sólo al barracón existente, sino a toda instalación que se realizase con tal fin no puede admitirse, porque no hay hechos de la historia contractual que abonen la tesis de que el contrato pueda referirse a instalaciones futuras. Declarado por la sentencia recurrida el incumplimiento por parte del recurrente de su obligación de tener abierto el bar en los días de espectáculos deportivos, esta declaración trae como consecuencia la terminación del arrendamiento por aplicación del artículo 1.569 del Código Civil, trasunto del artículo 1.124 para contratos recíprocos en general, admitiendo así la reconvencción del demandado en este sentido.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL LETRERO QUE INDICA QUE EL ARRENDATARIO ES CONCESIONARIO DE UNA RED DE ALQUILER DE AUTOMOVILES SIN CONDUCTOR NO PUEDE CONSIDERARSE COMO INDICADOR DE UN DOMICILIO SOCIAL NI DE LA SEDE DE LA ACTIVIDAD DE OTRA COMPAÑIA, POR LO QUE NO EXISTE TRASPASO NI SUBARRIENDO ILEGAL (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1987).

El Juzgado número 3 de Málaga estimó la demanda y la Audiencia la confirmó.

Prospera la casación. La sentencia impugnada da lugar a la resolución por entender que el local arrendado correspondía a dos sociedades para garaje y alquiler de automóviles, pero no a una tercera, cuyo rótulo figura en el local y que corresponde a una persona jurídica distinta a la arrendataria y subarrendataria, autorizadas. Pero no existía en el proceso prueba directa de que esta tercera persona desarrolle una actividad como persona independiente, sino que se establecen presunciones, derivadas de la existencia de un letrero que indica que la sociedad arrendataria es concesionaria de la red de alquiler de automóviles sin conductor, cuyo letrero figura en el local confirmándose así el hecho de que el rótulo no indica un domicilio social de otra compañía ni sede de su actividad propia, sino la pertenencia del arrendatario a una red comercial creada para facilitar el alquiler y devolución de vehículos en distintas plazas. Es un supuesto de coordinación entre empresas con personalidad independiente, y no significa la introducción de una nueva y diferente persona.

ARRENDAMIENTO EXCLUIDO DE LA LEGISLACION ESPECIAL.—NO SE APLICA LA LAU PORQUE NO SE TRATA DE VIVIENDA NI DE LOCAL DE NEGOCIO, SINO DE APARTAMENTOS PARA SU EXPLOTACION EN TEMPORADA DE VERANO U OTRA, CONFORME A JURISPRUDENCIA DE ESTA SALA (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1988).

El Juzgado número 2 de Marbella estimó la demanda, confirmándola la Audiencia de Granada.

No tiene éxito la casación. El arrendamiento se hizo de tres apartamentos de 1 de junio de 1979 a 31 de mayo de 1980, a un hotel, para que éste los diese en hospedaje a terceras personas, en ejercicio de la industria hotelera del propio arrendatario. El contrato expresado es denominado "contrato atípico de rentabilidad" y se acordó excluirlo de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos, como contrato de alquiler turístico. Efectivamente ha de considerarse un contrato especial en virtud de las siguientes razones: el artículo 1.1 LAU dice que regula el arrendamiento de finca urbana y se refiere a vivienda y local de negocio, pero el recurrente no usa el inmueble como vivienda ni como local, ya que no se trata de establecimiento abierto al público; más bien se trata de alquiler de apartamentos para que el arrendatario los dedique a cederlos por precio a terceros con fines de hospedaje, ejercicio como industria, es decir para temporada de verano u otra, lo que los excluye de la LAU. La relación del hotelero con sus huéspedes se rige por el Código Civil, según esta Sala (Sentencias de 29 de mayo de 1950 y 21 de abril de 1951) y si alguna duda surgiera ha de resolverse, otorgando preferencia al Código por su carácter general y atrayente. En consecuencia, no procede la prórroga legal que el artículo 57 LAU establece para los contratos que regula.

C. R. R.

2. DERECHO MERCANTIL

POR R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II SOCIEDADES

A) ANÓNIMAS

AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL MEDIANTE LA EMISION DE NUEVAS ACCIONES CON CARGO EL 50 POR 100 A RESERVAS LIBRES Y EL OTRO 50 POR 100 POR DESEMBOLSO DINERARIO A EFECTUAR POR LOS SUSCRIPTORES (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1990).

El tema central propuesto consiste en si es correcto en el aumento de capital social que el contravalor de las nuevas acciones consista parte en la transformación de reservas y parte en nuevas aportaciones al patrimonio social, estableciendo así un modo más de fijación, combinación de los literalmente previstos en el artículo 88 de la Ley. El procedimiento es impugnado con el argumento de que el mandato del párrafo 1.º, *in fine*, del artículo 94 de la Ley que veda la exigencia de desembolso alguno a los accionistas, alcanza, en toda su extensión, a todos los supuestos de ampliación en que figure traspaso de la cuenta de reservas a la de capital, tanto si este traspaso representa el contravalor total de la acción como si sólo absorbe parte del mismo, de suerte que la ampliación es contraria a la Ley a cuyo amparo sólo pudo actuarse, a lo sumo, desdoblado la operación en una ampliación con cargo a la cuenta de reservas, cuyas acciones habrían de entregarse a los accionistas sin desembolso alguno y otra con aportación de capital solo. Tal tesis es improsperable al negar, junto a la aportación de bienes y traspaso de cuentas en el balance, esta tercera solución de ampliar el capital combinando aquellos otros dos en situaciones como la presente, olvidando que si la sociedad que desea distribuir beneficios, que figuran como reservas libres en sus balances está a la vez necesitada de una efectiva aportación patrimonial, nada impide que busque cubrir la necesidad financiera sentida con la emisión de acciones nuevas en las que, poniendo en juego las modalidades del artículo 88 de la Ley se consigue aquel fin primero sin excluir que, al propio tiempo, se pueda llegar hasta el apalancamiento de la sociedad, mediante la financiación complementaria, con tal de que queden garantizados, sin asomo de duda, de una parte los derechos que la posesión de acciones antiguas confiere a sus titulares, así respecto del control de la sociedad como en lo que hace a su participación en el haber social y conservación de esta participación y, de otra, la asignación exclusivamente a ellos de las reservas llamadas al juego de contravalor. Todo ello conjugando el futuro social con la busca de una justicia económica que ha de llegar a considerar también la dilución del valor de las acciones

antiguas que la entrada de nuevos socios representa y que aquí no aparece insatisfecha, después de aquella llamada preferente a los antiguos titulares para la suscripción proporcionada de las nuevas acciones y, en su caso, con la posibilidad de venta de derechos percibiendo en el precio la adecuada compensación.

PACTOS LIMITATIVOS DE LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES A EXTRAÑOS: LA ATRIBUCIÓN A LA ESPOSA DE ACCIONES DE ORIGEN GANANCIAL EN LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, AUNQUE FIGURARAN A NOMBRE DEL MARIDO, NO SUPONE APLICACIÓN DEL PACTO ESTATUTARIO (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1988).

Este Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de 17 de abril de 1967, dictada en un supuesto en el que los Estatutos de una sociedad restringían la libre transmisibilidad de las acciones, prohibiendo su enajenación a extraños sin ofrecerlas previamente al Consejo de Administración, incluso en el caso de adquisición por terceros mediante el ejercicio de acciones judiciales o de otra índole, "...que la cláusula referida no puede estar en condiciones de impedir la atribución a la esposa de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del marido, porque éste no ostentaba respecto de las mismas otro carácter que el de administrador de la sociedad legal de gananciales a que aquéllas pertenecían y en cuyo patrimonio tenían ambos cónyuges una cotitularidad indiscriminada, lo que hace que, cuando se verifica la adjudicación separada como consecuencia de la liquidación de lo que era ganancial, no se enajena ni se vende nada en favor de la esposa, que tampoco lo adquiere como resultado del ejercicio de una acción judicial, que son los supuestos contemplados en los estatutos, sino que recibe lo que era suyo y no sólo del marido, adquiriendo la titularidad individual y concreta sin previo acto dispositivo, sino meramente declarativo sobre dichas acciones en cuanto bienes muebles... de que no puede ser privada con abono de su importe, so pretexto de unas alegadas cualidades o condiciones personales, *intuitu personae*, derivadas de la restricción pactada, que servirá, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trata respecto de futuros adquirentes, pero que no es bastante para transformar la esencia de la acción a los efectos aquí contemplados"; quiere decirse con lo expuesto que, admitido el carácter ganancial de las acciones, no hay enajenación ni transmisión, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real, frente a la que no puede primar la meramente formal que alega la sentencia de instancia; doña ... (la esposa) no es extraña ni ajena a la sociedad anónima y, consiguientemente, no se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del retracto previsto en los Estatutos, que en doctrina pacífica han de interpretarse de modo restrictivo en cuanto imponen limitaciones o trabas a la libre transmisibilidad de acciones, aun admitiendo su licitud, conforme al artículo 1.255 del Código Civil, siempre que no se traspasen los límites señalados por el propio precepto (Sentencia citada, la de 24 de noviembre de 1978, que alega el recurrente y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de marzo de 1974). Y téngase en cuenta que la presunción de gananciales de los bienes existentes en el matrimonio, contenida en el artículo 1.401 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, sigue vigente después de ella, cual expresa el artículo 1.361, aunque esto no incida en el caso contemplado, al no discutirse tal carácter. Diferente sería el supuesto contemplado en el artículo 1.352, cuando se

trate de nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas, que conservarán tal carácter privativo aunque para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes, ya que entonces la sociedad de ganancias sólo justificará un derecho de crédito por el valor de lo desembolsado y si produjere transmisión entre los cónyuges si que habría lugar al ejercicio del derecho de retracto.

DERECHO DE INFORMACION: SU ALCANCE (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1989).

Como tiene proclamado esta Sala en Sentencia de 7 de octubre de 1985, el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas en manera alguna autoriza al accionista a investigar en la contabilidad y en los libros sociales, ni menos aún en toda la documentación de la sociedad, ... pues su derecho al respecto queda reducido a solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimase precisos y a examinar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la Memoria y, en su caso, el informe de los censores de cuentas, lo que en modo alguno le fue negado, si se tiene en cuenta que el detallado examen de antecedentes de tales conceptos en lo referente al balance..., no es actividad encomendada a los accionistas, sino a los censores jurados de cuentas según lo prevenido en el artículo 108 de la mencionada Ley de Sociedades Anónimas.

JUNTAS GENERALES: REQUISITOS DE CONVOCATORIA. PUEDE PRESCINDIRSE EN CIERTOS CASOS DE LA PUBLICACION EN EL "BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO", PERO NO DEL PLAZO DE QUINCE DIAS QUE HAN DE MEDIR ENTRE ANUNCIO Y CELEBRACION (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1987).

La convocatoria de la Junta general, habida cuenta de la composición de la sociedad integrada por tres socios todos ellos administradores, pudo decidirse e intentarse por aquellos dos que confesadamente ejercen las funciones de tales (habida cuenta de las imprecisiones estatutarias) dirigiéndose de consuno al socio tercero comunicándole el orden del día y la fecha y hora de la celebración en primera y segunda convocatoria y esa citación puede entenderse válidamente sustitutoria del anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado* y en un diario de mayor circulación de la provincia y con ello se satisface enteramente, en el caso, tanto el artículo 49 como la parte del 53 referente al anuncio de la convocatoria. No se ha cumplido, sin embargo, con lo prevenido en el primero de los párrafos de este últimamente citado artículo 53, de suyo de obligado cumplimiento y que además aparece reproducido en el artículo 10 estatutario, ya que se ha faltado al plazo por cuanto las convocatorias se establecieron los días del 5 al 7 para los 8 y 10, siempre del mes de septiembre, con lo cual aparece evidenciado que no se interpuso entre la convocatoria y la celebración que tuvo efecto, al parecer, el día 10, y en la que recayeron los importantes, y más para el impugnante, acuerdos que luego le fueron notificados *a posteriori*, no se interpu-

so —se repite— el necesario plazo de los quince días intercalares a que el texto legal se refiere con el carácter de plazo mínimo: “por lo menos quince días antes”, dice.

3. La observancia de ese plazo de quince días es inexcusable, ya que está impuesto por la ley en el lugar citado y pensado en garantía del socio y no puede prescindirse del mismo salvo el caso de la Junta universal que contempla el artículo 55, la cual Junta precisa la efectiva concurrencia de todos los socios, presentes o representados, y que se acepte por unanimidad la celebración de la misma. Fuera de este supuesto, no puede celebrarse Junta válida sin antecederle la convocatoria establecida en forma y con la anticipación mínima de los quince días, indispensable aun cuando, como en el caso, se trate de sociedad anónima de las llamadas cerradas, de escaso número de socios y difícilmente adaptables al régimen jurídico de la Ley de 17 de julio de 1951.

JUNTAS GENERALES: LUGAR DE CELEBRACION; CAMBIO DEL DOMICILIO SOCIAL. NECESIDAD DE SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988).

Ha de declararse la nulidad de convocatoria de la Junta impugnada, por razón del domicilio señalado para la celebración de la misma, pues se celebró en Madrid por haber acordado otra Junta anterior el traslado del domicilio de Jerez de la Frontera a dicha capital, siendo así que no hubo inscripción de tal cambio en el Registro Mercantil, y que tanto en el poder... como en la escritura de ... el Presidente del Consejo declara paladinamente que el domicilio social de la entidad mercantil radica en Jerez de la Frontera, unido a la carencia de efectos por falta de inscripción del acuerdo de la mutación domiciliar...; máxime cuando tal exigencia sube de punto ante la circunstancia relevante de que siendo las acciones de esta sociedad títulos al portador, y careciendo por ende del control prevenido para las nominativas en el artículo 35, 2.º inciso, de la Ley de 17 de julio de 1951 —lo que de suyo implica una mayor rapidez en la transmisibilidad y el consiguiente desconocimiento del titular—, una ajustada protección de los intereses de los poseedores de esta clase de acciones exige el cumplimiento riguroso del mandato del artículo 63 de dicha Ley que evidentemente es de carácter general, pero que en el accionariado al portador al haber una mayor desvinculación con el ente social, el ejercicio del derecho de voto consustancial a la acción, parece precisar de ese rigor sustantivo de que sea en el núcleo domiciliar donde se celebre la reunión de la Junta, ya que ordinariamente es ella el único lazo de unión y seguimiento de la vida societaria.

Nota: Véase la Sentencia de 28 de marzo de 1989, extractada a continuación, que ratifica la precedente.

JUNTAS GENERALES: DOMICILIO SOCIAL. EL CAMBIO A OTRA LOCALIDAD REQUIERE ACUERDO DE JUNTA ANTERIOR A LA CONVOCATORIA E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1989).

La sociedad tenía su domicilio en Pozuelo de Alarcón, lo cual, en efecto, así ha de entenderse por cuanto el acuerdo del Consejo de Administración de 9 de junio de 1984 carecía en absoluto de virtualidad para operar el cambio pretendido a Madrid, dada la manifiesta incompetencia de aquel órgano para adoptarlo, por implicar modificación estatutaria (art. 11, 3.º, 3, de la Ley de Sociedades Anónimas), debiendo advertirse que no fue ratificado por la Junta general hasta el día 29 siguiente, precisamente en la Junta general en relación a la cual se ha ejercitado la acción impugnatoria, a más de que la inscripción en el Registro Mercantil de la modificación correspondiente del artículo 3.º de los Estatutos sociales —necesaria para la efectividad del cambio de domicilio, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 15 de julio de 1988— se realizó en 13 de agosto siguiente, o sea, con posterioridad a la celebración de la Junta en cuestión. Por tanto, cuando se convoca la Junta general y se designa como lugar para su celebración el número 70, 2.º, C, de la calle... de Madrid, e incluso al acontecer ésta, el domicilio social continuaba fijado en Pozuelo de Alarcón, localidad distinta.

Argumenta el recurrente que el artículo 63-1.º de la Ley de Sociedades Anónimas, si se interpreta conforme al criterio establecido en el artículo 3.º del Código Civil, permite afirmar que la palabra "localidad" es asimilable a "provincia" a los efectos de celebración de la Junta general y sostiene que tal asimilación en cuanto al ámbito territorial de la "localidad" tendría fundamento en que, según la propia Ley, la publicación de los anuncios de la convocatoria de la Junta debe realizarse en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia (art. 53-1.º), y también en que la constitución de la sociedad ha de inscribirse en el Registro Mercantil, cuya demarcación es asimismo provincial; esta argumentación, tan endeble y nada convincente, cede ante la evidencia de que la Ley distingue, como no podría ser de otro modo, entre "localidad" y "provincia" y determina con claridad que las Juntas generales "se celebrarán en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio", disposición que no cabe eludir por la referencia a un diario de la provincia —o al *Boletín Oficial del Estado*— para dar publicidad a la convocatoria, por cuanto es obvio que obedece a motivación muy diferente y es a efectos de esta publicidad cuando se considera procedente la difusión del anuncio en la forma establecida, mientras que en punto a la celebración de la Junta sigue la Ley un criterio distinto y determina con precisión que ha de tener lugar en la localidad —pueblo o ciudad— designado como domicilio social; en cuanto a la circunstancia de que las escrituras de constitución de las sociedades se inscriban en el Registro Mercantil, de ámbito provincial, es algo absolutamente irrelevante en relación con el tema que nos ocupa. Tampoco la proximidad, en este caso, de Pozuelo de Alarcón (lugar del domicilio social) y Madrid (capital donde se celebró la Junta), permite, dado el carácter terminante del artículo 63-1.º, una interpretación extensiva del concepto de "localidad" atendiendo a la presente "realidad social", pues una exigencia legal tan estricta, cuya finalidad es la seguridad jurídica, que se traduce en facilitar, sin dudas perturbadoras, la asistencia de todos los socios a las Juntas generales y evitar alteraciones arbitrarias del lugar de su celebración, sea o no señalando uno cercano, e incluso inmediato, a la sede de la sociedad —interés

general no identificable con el de un socio determinado— no posibilita variación alguna, salvo el supuesto de fuerza mayor que impida la celebración en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, que evidentemente no concurre por cuanto es impensable que no hubiera podido celebrarse la Junta en Pozuelo de Alarcón.

JUNTAS GENERALES. POSIBILIDAD DE CELEBRACION DESPUES DE TRANS-CURRIDOS SEIS MESES DE FINALIZADO EL EJERCICIO (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1987).

La Junta general cuyos acuerdos se impugnaron tuvo lugar el 29 de septiembre de 1983, sin que fuera impugnada la regularidad de su constitución por parte de la persona que representaba en ella al socio demandante, quien se limitó a votar en contra de los acuerdos relativos a la aprobación de la Memoria, balance y cuenta de resultados del ejercicio que finalizó el día 31 de diciembre de 1982, así como el acuerdo de elección y reelección de administradores y el de nombramiento de accionistas censores para el ejercicio de 1983. La falta de impugnación de la regular constitución de la Junta y la aceptación de pasar a la deliberación y votación impide volver sobre el tema de la regularidad de constitución de la Junta..., pues si bien la Junta debió celebrarse antes del transcurso de seis meses a partir del comienzo del ejercicio, nada impide, en principio, que los administradores enmienden eficazmente su omisión, sin esperar a que los socios lo pidan judicialmente en ejercicio del artículo 57, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, que conduciría asimismo a una Junta general ordinaria, pues la interpretación contraria, sobre la base de un exceso de formalismo, llevaría al absurdo de imponer una actuación judicial, cuando no se ha producido una actitud renuente de los administradores, quienes, en este caso y dentro del plazo de los seis primeros meses, habían hecho saber a todos los accionistas el retraso en la celebración de la Junta, por dificultades derivadas de una sustancial auditoría que cambió totalmente los planteamientos contables de los ejercicios anteriores.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. OPOSICION A LA CELEBRACION DE LA JUNTA: FORMULADA OPOSICION A LA CELEBRACION DE LA JUNTA POR DEFECTOS EN LA CONVOCATORIA, ADVIRTIENDO QUE, DE CELEBRARSE, IMPUGNARIA LOS ACUERDOS ADOPTADOS POR NULIDAD, NO ES NECESARIA LA IMPUGNACION DE CADA ACUERDO (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1988).

De acuerdo con la Sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 1961 de que advirtiéndose el principio de la sesión que la reunión que se celebraba no se podía verificar por la causa de defecto en la convocatoria, absteniéndose después en las votaciones, es claro que con la admisión formulada de que de insistir en la celebración los acuerdos serían impugnados, éstos quedaban afectados del vicio de nulidad anunciado, sin ser necesario que sobre ellos, ni en forma total o particularmente en cada uno, se hiciera constar la protesta por quien hacía ya saber el defecto en que se había incurrido, doctrina la dicha, de que cuando se

trata de infracciones que pueden afectar a la validez de la convocatoria debe hacerse constar al abrirse la sesión, reiterada en la Sentencia de 23 de noviembre de 1970.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. LEGITIMACION PARA PROMOVER EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 70 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. NO BASTA CON LA EMISION DEL VOTO CONTRARIO AL ACUERDO; ES NECESARIO CONSTE EN ACTA, CON ABSOLUTA CLARIDAD, LA OPOSICION AL ACUERDO IMPUGNADO (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1988).

Una recta aplicación de la doctrina sancionada en la Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1980 y reiterada, por citar algunas de las más recientes, en las de 22 de diciembre de 1986 y 15 de junio y 30 de noviembre de 1987, doctrina según la que "Para el ejercicio de una acción impugnatoria por el procedimiento del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas es indispensable que quienes concurren a la Junta hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo impugnado con absoluta claridad, no siendo suficiente a tales efectos la mera emisión del voto contrario a la aprobación del acuerdo, ya que no existiendo éste en tanto no se verifique el recuento de votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, los disidentes no pueden manifestar, sino con posterioridad a dichos momentos en que el acuerdo se perfecciona o adquiere consistencia jurídica, su voluntad de oponerse al mismo".

Nota: Véanse las Sentencias de 13 de noviembre de 1989 y 2 de enero de 1990, extractadas seguidamente.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. ES REQUISITO CONSTE EN ACTA DE LA JUNTA LA OPOSICION AL ACUERDO, NO BASTANDO CON EXPRESAR EL VOTO EN CONTRA (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Limitando el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas la legitimación para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales, cuando los accionistas hubiesen concurrido a la Junta, a los que hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo impugnado, esta Sala tiene sentada como doctrina interpretativa del indicado precepto que el mismo no habla de emisión del voto contrario a la adopción del acuerdo, sino que sólo legitima a quienes hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo, debiendo entenderse que éste nace en el momento en que, terminada la votación sobre un extremo sometido a resolución, el cómputo de votos emitidos arroja un resultado favorable a lo que hasta ese momento era una propuesta y es entonces cuando queda adoptado el acuerdo y cabe que el socio que se oponga al mismo haga constar su oposición, pues sólo esta manifestación debidamente consignada en el acta legitima a quien en tal forma lo hubiera hecho para ejercitar, en su caso, la acción impugnatoria de los acuerdos, y si bien es cierto que la Ley no exige fórmula alguna determinada para expresar la disconformidad con el acuerdo, si ha de consignar de modo suficientemente claro, y no puede reputarse bastante a tal fin la mera expresión de la aprobación del acta con el voto en contra del

recurrente o recurrentes, sin expresión del motivo que les lleva a oponerse a la referida aprobación (Sentencias de 30 de enero de 1970, 27 de abril de 1973 y 19 de enero de 1974).

La jurisprudencia viene interpretando con rigor este requisito, exigido por el legislador para impedir que el funcionamiento normal de las personas sociales pueda quedar a la merced injustificada de las acciones en cuanto a la expresión de la voluntad de impugnar, que debe constar claramente desde el momento en que se perfecciona el acuerdo y tienen conocimiento del mismo los accionistas asistentes a la Junta, en beneficio de la seguridad social y de los propios acuerdos (Sentencias de 10 de diciembre de 1973 y 30 de enero de 1976).

Cuando la vía escogida para la impugnación de los acuerdos sea el procedimiento especial, para que el accionista que haya votado en contra del acuerdo esté legitimado activamente, será requisito indispensable que de forma expresa haya hecho constar en acta su oposición al mismo, pues la viabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales requiere, no sólo la constancia de la oposición, en el sentido de salvar su voto quien esté en desacuerdo con la voluntad mayoritaria, sino la expresa y formal oposición al mismo, indicativo de que se formalizará la oposición (Sentencias de 25 y 29 de noviembre de 1985, 17 y 22 de diciembre de 1986).

De acuerdo con la doctrina sentada, no puede concluirse que la manifestación de los accionistas demandantes que votaron en contra del acuerdo de que deseaban expresamente que se hiciera constar en el acta de la Junta nominalmente que habían votado en tal sentido, desee que se cumplió según aparece de la aludida acta, comporta la legitimación de los mismos para la impugnación judicial del acuerdo por esta vía del procedimiento especial de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto que de la misma no consta de una manera expresa y formal, ni aún de un modo suficientemente claro una oposición al acuerdo que vaya más allá de su voto en contra, ni menos aún la expresión clara de la voluntad de impugnarlo.

Nota: Ver Sentencia anterior de 22 de junio de 1988 y la posterior de 2 de enero de 1990.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. PARA QUE PROSPERE LA ACCION DEL ARTICULO 67 Y SIGUIENTES DE LA LEY ES NECESARIO QUE CONSTE EN EL ACTA LA OPOSICION AL ACUERDO, NO BASTANDO EL VOTO EN CONTRA (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1990).

La necesidad de que los futuros impugnantes del acuerdo y que hubieren concurrido a la Junta, hiciesen constar en acta su oposición a aquél, declaración ésta de voluntad que ha de manifestarse de manera tan inequívoca que no cabe entenderla suplida por el hecho de la previa votación en contra del acuerdo en cuestión. El expresado sentido interpretativo se desprende, asimismo, de la doctrina mayoritaria mantenida por la Sala sobre dicho particular, pudiendo citarse, entre otras muchas, las Sentencias de 22 de diciembre de 1986, 15 de abril y 22 de junio de 1988.

Nota: Ver las anteriores Sentencias de 22 de junio de 1988 y 13 de noviembre de 1989.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. NO ES PERSONA LEGITIMADA POR EL ARTICULO 69 DE LA LEY EL QUE TIENE UN INTERES SUFICIENTE (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1988).

Frente a la alegación del recurrente de que sea interpretado el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas en el sentido lato de entender también legitimados para el ejercicio de las acciones ordinarias de nulidad de los acuerdos sociales contrarios a la ley, a las personas extrañas a la sociedad que tengan un interés suficiente, hay que oponer que la terminante literalidad del precepto conduce a la conclusión de que legal y jurisprudencialmente sólo están legitimados para el ejercicio de las acciones de nulidad de los acuerdos sociales "todos los accionistas y los administradores en su propio nombre, aunque no san accionistas", legitimación concreta y específicamente reconocida en numerosas sentencias propias de esta materia mercantil, sin necesidad de acudir a otros campos del Derecho, y que evidentemente no concurre en el recurrente, que perdió su condición de socio, recibiendo la correspondiente contraprestación económica y que, en consecuencia, no puede pretender gozar de ambas cosas a la vez (Sentencias de 6 de julio de 1963, 17 de marzo de 1967, 23 de noviembre de 1970, 7 de febrero de 1959 y 24 de octubre de 1967).

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. COMPUTO INICIAL DEL PLAZO DE CUARENTA DIAS ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 68 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1989).

Es de tener en cuenta que el cómputo de los cuarenta días para impugnar acuerdos sociales, establecido en el artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 30 de enero de 1974, ha de producirse sin incluir el día en que fue adoptado el acuerdo impugnado, siguiendo la regla general prevenida en el número 1 del artículo 5 del Código Civil, lo que viene avalado, de una parte, por el medio interpretativo gramatical, al expresarse el mencionado artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas en el sentido de que la acción de impugnación a que se alude "deberá ejercitarse en el plazo de cuarenta días, a partir de la fecha del acuerdo", no empleando, en consecuencia, el término "desde", que pudiese significar la comprensión del día en que el acuerdo impugnado fue adoptado, y referirse a "fecha", que según el Diccionario de la Lengua Española es sinónimo de día, no de momento, por lo que la expresión "a partir de" hay que entenderla respecto del día en que se adoptó el acuerdo, exigiendo, por tanto, contar cuarenta días a partir de aquél; de otra parte, debido a que es el aspecto histórico en que, siguiendo la orientación del Derecho Romano, se adoptó, por modo general, el cómputo de días completos (días civiles) y no el de momento a momento ("dies naturalis"), salvo casos concretos de excepción, incluyendo como primero del término aquel en que tenía lugar el primer acto de los que habían de repetirse en el tiempo ("dies a quo non computatur in termino"), formalizando así la máxima, que ha llegado a constituir un auténtico principio general, de que "dies a quo non computatur in termino" válido en todos los órdenes jurídicos modernos y fuertemente arraigado en las vigentes codificaciones, con reflejo en nuestro ordenamiento en el número 1 del artículo 5 del Código Civil, como proyección del hecho histórico a que alude el

número 1 del artículo 3 del mismo cuerpo legal sustantivo, y a cuya sujeción hay que entender se contrae el número 1 del artículo 9 de la Constitución Española; de otra parte, por deducirse esa orientación de la línea seguida, en aspecto sistemático, por el ordenamiento jurídico español, porque el artículo 1.130 del Código Civil, que de modo directo aborda el problema, dispone que "si el plazo de la obligación está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, que deberá empezar en el día siguiente", el artículo 1.960 previene, a efectos de computación del tiempo necesario para la prescripción, que "el día en que comience a contarse el tiempo se tiene por entero; el párrafo primero del artículo 303 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, establece que "para el cómputo de los plazos legales o los señalados en la letra no se comprenderá el día que les sirva de punto de partida", el artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los términos judiciales empezarán a correr desde el día siguiente al en que se hubiera hecho el emplazamiento, citación o notificación" y el epígrafe *a)* del número 1 del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerar la acción judicial para el reconocimiento de error determinante de indemnización, sanciona que "deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse", criterio que es seguido esencialmente en el artículo 1.798 correspondiente al plazo para interponer recurso de revisión, todo lo cual pone claramente de manifiesto la no existencia en nuestro ordenamiento de un cómputo "de momento a momento" (natural), sino de días enteros (civil), que ya expresamente preveía el antiguo artículo 7 del Código Civil cuando indicaba que si en las leyes se habla de días se entenderá que son "de veinticuatro horas", o sea completos; y finalmente, a causa de que bajo el punto de vista lógico, tratándose el examinado plazo de cuarenta días a partir de uno determinado y no regir en nuestro Derecho el sistema natural de momento a momento, sino el civil, o de día completo, para que aquellos cuarenta días puedan decirse cumplidos, forzosamente tiene que deducirse el "dies a quo", o inicial.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. PLAZO DESDE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1990).

El artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 dispone que la acción de impugnación de acuerdos a que se refiere el artículo 67 deberá ejercitarse, cuando el acuerdo impugnado hubiese sido objeto de inscripción en el Registro, dentro del mes siguiente a la fecha en que la inscripción tenga lugar, plazo éste que el párrafo 2 de dicho precepto califica como de caducidad.

Tratándose del instituto de la caducidad, una constante doctrina jurisprudencial viene reconociendo su actuación automática, siempre apreciable de oficio, de tal manera que opera *ex lege* para determinar la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por ley, sin que las partes y los Tribunales puedan contener su actividad y consecuencias extintivas, que se producen por el mero transcurso del tiempo, sin más, y sin que sea preciso, al contrario de lo que sucede con la prescripción, su alegación por las partes a través de la correspondiente excepción, alegada en tiempo y forma.

A la hora de proceder al cómputo de los plazos de caducidad, también es doctrina de esta Sala que el mes debe computarse como de treinta días, sin excluir los inhábiles (Sentencia de 11 de octubre de 1963), con mayor razón aún

cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, no puede entenderse que el aludido plazo deba reputarse procesal por no haber comenzado aún el tracto del proceso, al no haberse interpuesto la demanda.

Si tenemos en cuenta que, según reconoce la resolución de Primera Instancia, los acuerdos sociales impugnados se inscribieron en el Registro el 19 de diciembre de 1986, obvio es que cuando se presentó la demanda, es decir, el día 30 de enero de 1987 había ya transcurrido con creces el plazo de un mes, a partir de la indicada inscripción, por lo que debe estimarse de oficio la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales ejercitada en la demanda.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. PROCEDE SER EJERCITADA POR LAS MINORIAS (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1990).

Al aprobarse las cuentas por el acuerdo que precisamente fue impugnado en razón a la indebida inclusión de gastos no societarios, se incidió en la inexactitud conculcatoria del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 67 de la propia Ley al referirse en el último inciso del párrafo primero a los acuerdos sociales que "lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad", sin que en modo alguno pueda darse en el caso presente entrada al juego convalidante o sancionador de la mayoría. y que haría inefectiva en la práctica la acción de impugnación de que se trata que, por definición, viene a ser ejercitada por la minoría contra acuerdos mayoritarios presuntamente ilegales o indebidos, evitándose así posibles excesos o abusos de aquella mayoría que, consciente de su mayor participación social y consiguiente dominio societario, incurra en extralimitaciones no legales, necesitadas por tanto de la oportuna corrección judicial.

B) DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

REPRESENTACION EN LAS JUNTAS. REQUISITOS (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1990).

Al disponer el párrafo primero del artículo 16 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 que "salvo disposición contraria en la escritura social, todo socio podrá hacerse representar en la Junta general por medio de otra persona", sin establecer posibilidad de condicionante alguno al respecto cuando esa facultad representativa se produzca..., ciertamente tal precepto societario, contenido en la referida Ley especial, faculta para prohibir en la escritura social ser el socio representado para asistir a las Juntas generales, lo es también que cuando esa prohibición no existe nada impide que los socios puedan ser representados por cualquier persona que designen al respecto, sin posibilidad de condicionante alguno, ni concretamente, con limitación a quien sea socio, pues lo contrario tanto significaría, de una parte, autorizar limitaciones que el legislador no ha establecido y, por otra parte, debido a que el espíritu y finalidad de tal norma societaria, que según el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil es la esencia vitalizadora de la interpretación de toda norma, impide que se pongan trabas a las facultades representa-

tivas que la Ley autorice, y singularmente las referentes a la intervención en Juntas generales de sociedades de responsabilidad limitada, ya que de autorizarlas podría llegar a impedir que un socio pudiese no poder ejercer el derecho de asistencia a la Junta convocada, de estar en discrepancia con los demás socios; y esa apreciación finalista lo revela con más precisión y claridad la Ley de Sociedades Anónimas en el párrafo primero de su artículo 60, cuando expresamente reconoce la facultad representativa, de no existir disposición estatutaria en contrario, por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista.

C) COLECTIVAS

EN EL PACTO ESTATUTARIO DE QUE POR FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS SOCIOS, LA SOCIEDAD CONTINUARIA CON SUS HEREDEROS Y LOS SOBREVIVIENTES, NO HAY COMUNIDAD, SINO SOCIEDAD (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1989).

En la sociedad regular colectiva, pactado que “si falleciera alguno de los socios (fundadores) la sociedad continuaría con los herederos del premuerto y los sobrevivientes”, lo que ocurre es que los herederos del socio fallecido continúan dividiéndose la cuota social en tantas partes como herederos hubiese dejado, adquiriendo cada uno de ellos “individualmente” la cualidad de socio con la participación patrimonial en la sociedad que pudiera corresponderle en la división de la herencia; no hay, por tanto, comunidad alguna, sino socios con una determinada participación.

D) COOPERATIVAS

EXPULSION DE SOCIO. COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1988).

Es obvio que: a) conforme al artículo 11.2 de la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas, “La expulsión de un socio sólo podrá acordarla el Consejo Rector por falta grave...”, agregándose que el interesado “... podrá recurrir ante la Asamblea General, que resolverá por votación secreta, mediante escrito.... y, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria...”; b) por otra parte, el artículo 27 del Reglamento de dicha Ley (Real Decreto 2710/1978, de 16 de noviembre) ratifica en sus números 1 a 3 lo indicado; c) es evidente, por tanto, que referida normativa distingue en orden a la expulsión de los socios cooperativistas, entre lo que pudiera denominarse con terminología procesal una competencia objetiva, para conocer en primera instancia de dichos expedientes, la cual los citados artículos de la Ley y Reglamento atribuyen específica y exclusivamente al Consejo Rector, y otra funcional, para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por éste en indicados expedientes, que en los mismos preceptos se confiere al estamento supremo de dichos entes, o sea, a la Asamblea General; d) por otra parte, es de señalar que si el citado artículo 11.2 de la Ley de Cooperativas es un precepto que por su carácter fundamentalmente procesal constituye la garantía de los derechos del socio de los entes cooperativos ante o frente a éstos, vinculando, por tanto, a sus órganos directivos, su incumplimiento

pone en entredicho el derecho de defensa que tienen los socios expedientados, desde el momento en que cual acontece en este concreto supuesto, es el mismo órgano, la Asamblea General, quien instruye el expediente, dicta el acuerdo y, por último, entiende de la impugnación del mismo, lo cual implica un poner en peligro la teleología del artículo 24.1 de la Constitución Española, lo que no es admisible; e) por último, cabe también indicar, que ya esta Sala en Sentencias de 28 de mayo de 1979, 14 de octubre de 1981 y 30 de abril de 1982, ha venido manteniendo el criterio señalado.

JURISDICCION LABORAL: QUEDA SOMETIDA A ESTA JURISDICCION LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CUESTIONES QUE SE SUSCITEN ENTRE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y SOCIO-TRABAJADOR (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1988).

En base a los artículos 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 48 de la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, 113 y 114 de su Reglamento general, aprobado por Real Decreto de 16 de noviembre de 1978, así como el apartado 7 del artículo 1.º del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, la competencia para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten, en general, entre las Cooperativas de trabajo asociado y el socio-trabajador, por su condición de tal, y de modo específico las que afecten "a los ceses en la condición de socio-trabajador por decisión de la cooperativa", corresponde con exclusividad a la jurisdicción laboral..., como, con doctrina pacífica y reiterada, tiene declarado la Sala Sexta de este Tribunal Supremo (Sentencias de 9 de diciembre de 1983, 10 de marzo de 1984, 13 de marzo de 1985, 5 de febrero y 23 de septiembre de 1986, entre otras).

COMPETENCIA DE LA LEGISLACION DE LA COMUNIDADES AUTONOMAS. APLICACION DE LA LEY GENERAL COMO SUPLETORIA (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1990).

Antecedentes.—El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Valencia dictó Auto con fecha 4 de febrero de 1987 declarando en estado de quiebra a la Cooperativa de Viviendas V. Sociedad Cooperativa Limitada, la que formuló demanda incidental de oposición, a fin de que se dejase sin efecto lo declarado con todas sus consecuencias legales, presentándose escrito de contradicción por C. Empresa Constructora, S.A., y recayendo sentencia desestimatoria en 28 de mayo de 1987, que ratificó el auto impugnado; apeló la Cooperativa y la Audiencia Territorial de Valencia, Sala Primera de lo Civil, por Sentencia de 3 de marzo de 1988, estimando de aplicación la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 1985, artículo 67.1 y no la Ley General de Cooperativas estatal de 1974, vigente cuando se constituyó la recurrente, ni la actual de 1987, consideró que, en todo caso, ante una insolvencia definitiva, el procedimiento aplicable a estas Cooperativas sería el concurso de acreedores y no la quiebra, por lo que dejó sin efecto la declaración de quiebra; contra esta senten-

cia del órgano jurisdiccional colegiado se interpuso por la instante de la quiebra C. Empresa Constructora, recurso de casación.

Doctrina del Tribunal Supremo.—La única prevención que contiene la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana respecto a las situaciones concursales se contiene en el artículo 67, establecedor de que “a la Cooperativa se le aplicará la legislación concursal estatal”, lo que concuerda con el artículo 149-3 *in fine* de la Constitución Española, en cuanto dice que “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”; parece, pues, que la remisión al derecho estatal se verifica a la quita y espera, al concurso, a la suspensión de pagos y a la quiebra, pues todos estos institutos constituyen legislación concursal, pero como la Ley General de Cooperativas estatal 52/1974, de 19 de diciembre, y su Reglamento (Real Decreto 2710/1978), en sus artículos 46.6 y 82.1, respectivamente, acotan ese campo, aplicando a las Cooperativas sólo la suspensión de pagos y la quiebra, al decir el primero que “a las Cooperativas les será aplicable, en su caso, la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras” y el segundo, bajo la rúbrica “suspensión de pagos y quiebras”, que “1. A las sociedades cooperativas les será de aplicación la suspensión de pagos y la quiebra de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.6 de la Ley y en este Reglamento. 2. La suspensión de pagos, aplicable a las Cooperativas que se encuentren en situación de iliquidez o que acceden a la insolvencia por circunstancias fortuitas, podrán solicitarla: el Consejo Rector, previa ratificación de la asamblea y, en su caso, los liquidadores. La providencia judicial, por cuya virtud se tenga solicitada la suspensión, deberá inscribirse en el Registro de Cooperativas donde esté inscrita la suspenso. 3. Los acreedores de la Cooperativa podrán, y el órgano rector de ésta deberá solicitar del Juez la declaración de quiebra, cuando aquélla se encuentre en situación patrimonial de insolvencia definitiva; la obligación de instar declaración alcanzará a los liquidadores”, es visto que se excluye a este tipo especial de sociedades que constituyen las cooperativas, de indudable incidencia en el ámbito comercial y tráfico mercantil, de la posibilidad de acudir al estado preliminar de quita y espera o al concurso, interpretación que no resulta contraria a la afirmación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (art. 31.21) de que la Generalidad tiene competencia exclusiva sobre “Cooperativas, respetando la legislación mercantil”, pues ya se ha conseguido la remisión que su propia Ley realiza a la legislación concursal estatal, que ha de entenderse a la vigente en la materia específica de que se trata. Mas si se entendiese que no era procedente tal interpretación por ser expresadas normas estatales sobre las Cooperativas pre o ante constitucionales, se llega a idéntica solución con la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, que en el párrafo seis de su preámbulo dice tener presente su carácter de derecho supletorio respecto al Derecho de las Comunidades Autónomas con competencias legislativas en materia de Cooperativas, y en el párrafo último de su apartado XVII que “de las disposiciones finales tiene especial importancia la primera, que fija el ámbito de aplicación de la presente Ley, de acuerdo con las competencias que en materia de Cooperativas tienen atribuidas algunas Comunidades Autónomas”, porque tal disposición final señala, a dichos efectos, qué normas tienen el carácter de básicas y cuáles no, encontrándose entre aquéllas: a) el artículo 103, apartado 9.º, que establece como causa de disolución la quiebra de la sociedad; b) el 110 que dispone que, “en caso de insolvencia de la sociedad, los liquidadores deberán solicitar, en término de diez días, a partir de aquel en que se haga patente esa situación, la declaración de suspensión de pagos o la de quiebra según proceda”; c) el 115, que señala que “a las Sociedades Cooperativas les será

aplicable la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras", debiendo inscribirse en el Registro de Cooperativas la providencia judicial por cuya virtud se tenga por solicitada la suspensión de pagos o la quiebra; d) y el artículo 105, sobre reactivación de la Sociedad prevé, para el caso de quiebra, que la Sociedad quebrada llegue a un convenio con los acreedores. En definitiva, la remisión de la Ley valenciana a la legislación concursal estatal sólo puede entenderse a la que ésta tiene prevista para las cooperativas, que no comprende ni la quita y espera ni el concurso de acreedores y sí solo la suspensión de pagos y la quiebra, tanto si se tiene en cuenta la Ley de 1974, como si se toma en consideración a efectos interpretativos la de 1987, establecedora de la normativa básica y uniforme que han de respetar las Comunidades Autónomas, todo ello sin necesidad de entrar en el análisis de conceptos como los de comerciante y actos de comercio, rebasados por el Derecho mercantil actual, que contempla básicamente la actividad empresarial como fin esencial del Derecho mercantil, extremos tenidos en cuenta sin duda alguna por el legislador al dictar las normas reguladoras de las Cooperativas y su similitud con las de las sociedades anónimas cuando aún no se ha producido la modificación del Código de Comercio, superado por una realidad social cambiante, en la que, en el momento presente, puede calificarse a las Sociedades Cooperativas como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, alcanzándoles, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles que han de ser respetadas por el legislador autonómico, según mandato constitucional (art. 149-6.º de la Constitución Española).

Aplicando la doctrina anterior y no discutiéndose en el caso que nos ocupa la existencia de un sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones por parte de la Cooperativa de Viviendas V., pues que la sentencia de la Sala de instancia sienta en su fundamento tercero "La insolvencia definitiva de la Cooperativa recurrente", es claro que, estimando el motivo segundo en cuanto denuncia infracción, por interpretación errónea, del artículo 67 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 1985, que al regular las situaciones concursales remite a la legislación concursal estatal y, concretamente, a la Ley General de Cooperativas de 1974 o a la vigente de 1987, procede, sin necesidad de mayor análisis, casar y anular la Sentencia dictada en 3 de marzo de 1988 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia y, recobrada la competencia para resolver como si de Sala de instancia se tratara, confirmar, por las razones expuestas, el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Valencia en la suya de 28 de mayo de 1987, que mantuvo la declaración de quiebra de la sociedad cooperativa a que se viene haciendo mérito.

CADUCIDAD DE ACCIONES DE EXPULSION DE SOCIO (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1990).

Un adecuado análisis al sentido y alcance de los plazos de caducidad, que en su variado elenco, efectúan tanto la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 como su Reglamento de 16 de noviembre de 1978 conforme al siguiente detalle:

- a) En primer lugar, existe un plazo de caducidad fijado en dos meses para

dictar el acuerdo de expulsión del socio que se trate, en los términos que dispone el artículo 11 de la Ley en relación con el 27-1 del Reglamento, que habla *nomi-natum* de “expulsión”, y que en parecer de la sentencia de primer grado no se observó por la Cooperativa, aspecto éste que se relega por la Sala *a quo* al apreciarse la caducidad de la acción entablada.

b) En segundo lugar, existe igualmente otro plazo de caducidad fijado en cuarenta días en lo referente a la acción de reclamación/impugnación de ese acuerdo en los términos que siguen: en la Ley, en su artículo 27, al hablar de “revisión de los acuerdos sociales”, en su primer número se prescribe la acción de nulidad contra los acuerdos sociales contrarios a la Ley o a los Estatutos, que podrá ejercitarse en el juicio ordinario o por el cauce procesal previsto en el párrafo siguiente, el cual adosa ese plazo de cuarenta días para impugnar tales acuerdos cuando “lesionen en beneficio de uno o varios miembros los intereses de la cooperativa”, por lo que *ab initio*, y aunque la acción ejercitada ha utilizado esta vía, no parece rija dicha caducidad de los cuarenta días, por cuanto esa acción no persigue impugnar ante la jurisdicción acuerdo alguno que se refiera a lesiones de la Cooperativa en beneficio de uno o varios socios, con lo que, en ese supuesto —de mero valor aparente— como luego se razone, el motivo tendría que prosperar; ahora bien, ya en la temática del acuerdo de expulsión que se impugna con la acción —se repite— existe este campo ordenador con la técnica de reenvío correspondiente: en la Ley, su artículo 11-2, al contemplar la “baja del socio”, en su número 2, se expresa que tras el acuerdo de expulsión del socio por el Consejo Rector a resultados de expediente instruido se podrá recurrir ante la Asamblea en el plazo de cuarenta días desde la fecha en que se le notifique el acuerdo y, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria por el cauce procesal a que se refiere el artículo 27-2 de esta Ley. Luego al impugnarse, como se hace, con la acción del acuerdo definitivo ya dictado por la Asamblea General de 17 de junio de 1985 (*petitum* de la demanda, al f. 92 autos), única vía, pues, que cabe al interesado para evitar la firmeza de tal acuerdo, será la operatividad de dicho precepto remitido el que actúe, con lo que así reaparece la fuerza de citado plazo de cuarenta días incorporado en el expuesto artículo 27-2; y a igual conclusión se llega, con el juego del Reglamento, que asimismo establece en su artículo 27 sobre “expulsión” en su número 4 que el “acuerdo de la Asamblea General... podrá ser impugnado por los socios que se consideren lesionados, en el plazo y por el cauce procesal y con los efectos que se determinan en el artículo 54 de este Reglamento”, el cual, a su vez, reproduce el mentado artículo 27 de la Ley, y en su número 2 mantiene repetido plazo de caducidad de cuarenta días; luego, en definitiva, como sostiene la Audiencia, si el acuerdo de la Asamblea se dictó en 17 de junio de 1985 y la demanda ante la jurisdicción ordinaria —que es el acto concreto de impugnación que se realiza— se presentó el 1 de agosto de 1985-92, vto. de los autos— ya había transcurrido con exceso ese plazo de cuarenta días, que, como se sabe, es de caducidad a todos los efectos, contándose, pues, tanto los días hábiles como inhábiles según Sentencia de 14 de marzo de 1986 (la cual, entre otras, sostiene que el plazo de caducidad sólo rige en la impugnación de acuerdos perjudiciales de la Sociedad, pero no cuando se pretenda la nulidad de acuerdos *contra legem*, aunque, eso sí, no contempla los acuerdos de expulsión de un socio, que es el de autos) sin que quepa sostener, como entiende el motivo, que al perseguir la acción la nulidad de pleno derecho por ser el acuerdo contrario a la ley, no rige ese plazo de caducidad, sino que podrá ejercitarse en tanto no prescribe la acción pertinente, ya que ese criterio, aparte de que acumularía un factor de inseguridad jurídica a la estabilidad del

acuerdo, que estaría pendiente durante tiempo y tiempo, podría incluso abocar en que por tratarse de una pretensión que persigue se declare judicialmente una nulidad radical del acuerdo, por propia naturaleza de su acción, ésta debería ser imprescriptible, lo que a todas luces es insostenible.

III. TITULOS VALORES

A) LETRA DE CAMBIO

NOTIFICACION DEL PROTESTO AL AVALISTA (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1989).

La exigencia de notificación del protesto al avalista, establecido en el párrafo segundo del artículo 521 del Código de Comercio, exclusivamente para el juicio ejecutivo, en el caso de que se dirigiese la acción ejecutiva contra el aceptante.

DISCORDANCIA ENTRE LA CANTIDAD CONSIGNADA EN LA LETRA DE CAMBIO Y LA QUE CONSTA EN EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA QUE LE SIRVE DE FUNDAMENTO (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1989).

Antecedentes.—Reconocido adeudar en escritura pública la cantidad de tres millones de pesetas, que el deudor se obliga a satisfacer en plazo de un año y mediante el pago de una letra de cambio por el importe indicado, sin que dicha suma devengue interés de clase alguna, se pretende el reconocimiento de la firma por el deudor en una letra emitida por tres millones quinientas cuarenta mil pesetas, ya que la deuda asciende a dicha suma.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo casa y revoca la sentencia del Tribunal de instancia (confirmada en la Audiencia) y desestima la demanda, basándose en que aceptando que cuando la letra se emitió no figuraba aún la suma que garantizaba la misma, es de concluir que la conducta de la demandante reflejada en las circunstancias que rodearon el otorgamiento de la escritura de 27 de junio de 1980, supuso infracción de los artículos 1.091, 1.256, 1.258 y 1.278 del Código Civil, en cuanto que: a) los vínculos jurídicos nacidos de los contratos no pueden desatarse por la voluntad de uno solo de los contratantes, y una vez perfeccionados tienen fuerza de ley entre éstos y han de cumplirse a tenor de lo expresamente pactado, de buena fe y sin tergiversar las obligaciones que cada parte contrajo; b) tal doctrina, seguida por este Tribunal en Sentencia, entre otras, de 8 de octubre de 1927, resultaría infringida por quien, so pretexto de un reconocimiento de firma y contrariando el sentido del artículo 1.256 del Código Civil, eleva una obligación de tres millones de pesetas a tres millones quinientas cuarenta mil pesetas; c) ello contraría, además, la buena fe y la obligatoriedad de los contratos que, respectivamente, proclaman los artículos 1.258 y 1.278 del Código Civil; d) sin perjuicio en ningún caso de liquidar como proceda las relaciones económicas y negociales entre los litigantes surgidas en el contrato básico.

IV. CONTRATOS MERCANTILES

COMISION MERCANTIL Y MANDATO (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1989).

El artículo 244 del Código de Comercio dispone que "se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista". En el caso de autos, dando por supuesto que ha existido un mandato, éste no ha de ser considerado como comisión mercantil, porque tal encargo no puede calificarse de acto de comercio, sino simplemente de encargo de venta de un determinado inmueble. El artículo 325 del Código de Comercio dice que "scrá mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas..." Por tanto, interpretado *a sensu contrario* el ya citado artículo 244, cuando el mandato no tiene por objeto un acto u operación de comercio, no se reputará mercantil.

COMPRAVENTA CIVIL Y MERCANTIL. EL ANIMO DE REVENDER (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1989).

Atribuir naturaleza mercantil al contrato de compraventa suscrito es inadecuado, dada su naturaleza puramente civil, ya que si bien tuvo lugar entre comerciantes y versó sobre cosas muebles, falta la intención por parte del comprador de revenderlas con ánimo de lucro que exige el artículo 325 del Código de Comercio.

CREDITO DOCUMENTARIO. RELACION JURIDICA COMPLEJA (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Nos encontramos ante una operación compleja que, más que al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza, mediante la cual el emisor de la carta contrae una obligación accesoria de indemnizar en beneficio del dueño de la obra, comprador para el evento de que el constructor-vendedor incumpla lo pactado, por su configuración y carácter instrumental se parece a lo que, con nombre ciertamente equivoco, se viene denominando apertura de crédito documentario (contemplado por las reglas y usos uniformes fijados por la Cámara de Comercio Internacional), pues el suministrador-constructor, para que no le retengan la garantía del 10 por 100 de las certificaciones y poder disponer de su importe íntegro desde la entrega provisional, paga una comisión a la Compañía de C. y C para que ésta ofrezca el abono de la garantía al propietario si éste cumple con las condiciones que le ha notificado (carta de garantía), sin perjuicio de que después el cliente (ordenador) tenga que pagar a C. y C. lo que ésta haya abonado y sin perjuicio también de la reclamación que el contratista o suministrador S. pueda formular frente al dueño de la obra o comprador L. por una retención indebida del importe de la garantía si entiende que ha cumplido sus obligaciones con plena corrección. En definitiva, C. y C. realiza a S. una apertura de crédito y cobra por ello la comisión o prima que convengan y se compromete

a notificar al beneficiario L. las condiciones, ante las que entregará la garantía, mediante lo que puede llamarse carta de crédito, y como L. cumple con esas condiciones que C. y C. le ha comunicado (apartado tercero de la carta: simple petición, cantidad que no excede del límite pactado, dentro del plazo fijado, sin restricción de ningún tipo; siendo además la garantía irrevocable, según el apartado cuarto), es llano que no nos encontramos ante una fianza, sino ante otro tipo de garantía exigible en las condiciones pactadas, y toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación jurídica compleja a la que venimos haciendo mérito, para la que no existe obstáculo legal en orden a su eficacia en nuestro ordenamiento positivo, que encuentra su fuerza vinculante en el principio de libertad de contratación proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil y sus concordantes sobre los efectos de las obligaciones. L., como beneficiaria, una vez que ha cumplido con los requisitos que le comunicó la Compañía de Seguros de C. y C., mediante la carta de crédito, tiene un indiscutible derecho a exigirle el pago de la cantidad señalada, siendo la obligación de la Cia. de C. y C. de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial entre S. y L. No entenderlo así quebranta la buena fe y lealtad mercantil y los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, pues la póliza, cual se ha explicado, sustituye a la retención para producir su mismo efecto y lo garantizado ha de entregarse en cuanto se reclame, incumplándose lo pactado de no hacerse así, por lo que es luego el contratista-vendedor quien tiene que probar su perfecto cumplimiento para reclamar lo que estime indebidamente retenido, siquiera se beneficia de la movilidad que ha podido dar al dinero en el interregno con la sola contraprestación de la prima o comisión

V. DERECHO MARITIMO

CADUCIDAD DE ACCIONES DEL TRANSPORTE MARITIMO PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR O DEL BUQUE, DE PERDIDAS O DAÑOS DE LAS MERCANCÍAS TRANSPORTADAS (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1990).

Una reiteradísima doctrina jurisprudencial que comprende, además de otras, las Sentencias de 31 de octubre y 30 de mayo de 1984, 24 de enero y 14 de febrero de 1986, las más recientes de 20 de septiembre y 18 de octubre de 1988, luego de poner de manifiesto la existencia de tipos de caducidad que demandan una aplicación flexible, califican precisamente como de caducidad el plazo de un año, a contar desde la entrega de las mercancías, que para la exigencia de responsabilidad por pérdidas o daños en las mismas, puede exigirse al porteador y al buque, sentando así un cuerpo de doctrina uniforme en la que no deja de subrayarse el dato de la inoperancia de la conciliación a efectos de interrupción del plazo, de suerte que, así las cosas, e incuestionada la fecha del 25 de enero de 1982 como de entrega de la mercancía averiada en el puerto de destino, es patente que la demanda de responsabilidad, presentada el 26 de marzo de 1983, lo fue cuando ya estaba caducado el plazo repetido que el artículo 22 de la Ley de Transporte Marítimo de 22 de diciembre de 1949 señala.

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

A) QUIEBRAS

LOS ACREEDORES TAMBIEN PUEDEN IMPUGNAR LA DECLARACION DE QUIEBRA EN CUALQUIERA DE SUS CLASES (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1989).

Del texto del artículo 1.028 del Código de Comercio de 1929 hay que deducir, ya que no se hace distinción alguna entre las distintas clases de quiebra, ni se prohíbe que la reposición que regula puedan ejercitarla también los acreedores, y en todo caso el hecho de que regule la impugnación por el comerciante no excluye que la formulen los acreedores, como se deduce claramente del artículo 1.170 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.319 de la misma Ley, ya que, como declaró la Sentencia de esta Sala de 9 de enero de 1984, otra cosa supondría condenar a integrarse en un procedimiento de ejecución universal. Vetándoles el singular de que venían asistidos, a los titulares de un interés legítimo, imposibilitados entonces para usar el que se les niega, sin haberles ofrecido, al menos, la ocasión de acreditar, frente al comerciante que instó su propia declaración de quiebra, la inexistencia de los factores objetivos y subjetivos determinantes de aquella declaración. La supletoriedad ordenada por el citado artículo 1.319 de la Ley procesal civil permite la invocación de lo establecido para el concurso por el artículo 1.170 de la misma Ley en el caso de quiebras, y sin poder excluir como normas incluidas en esta conclusión las relativas a la quiebra del Código de Comercio de 1929, que se consideran aún vigentes. Conduciría, por consiguiente, a cierta indefensión de los acreedores privarles de la discutibilidad del acuerdo declaratorio judicialmente tomado por medio de la oposición a la llamada quiebra voluntaria, cauce que indudablemente puede ser utilizado.

LA ALEGACION DE SUSTRACCION DE LOS LIBROS DE COMERCIO NO ES SUFICIENTE PARA DECLARAR NO FRAUDULENTA LA QUIEBRA (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1989).

Esta Sala tiene determinado (Sentencia de 10 de diciembre de 1985) que la ausencia de libros, por alegarse haber sido sustraídos, no impide la posibilidad de declarar al comerciante en situación de quiebra fraudulenta, cuando esa apreciación judicial emana de aspectos fácticos, no controvertidos adecuadamente y vinculantes en casación que enmarca en el ámbito de otras circunstancias del artículo 890 del Código de Comercio, además de la taxativamente prevista en la tercera de dicha norma, y por ello, salvo que la entidad quebrada demuestre lo contrario, ha de estarse a la presunción legal del artículo 890-3.º, porque ante dicha afirmación de la carencia o ausencia de libros que responde a la realidad objetiva —con abstracción de sus motivaciones—, era a la mercantil quebrada a quien incumbía probar lo contrario o su desaparición contra su voluntad, de conformidad con el aspecto de inversión de carga probatoria que establece el artículo 891 del Código de Comercio (Sentencias de 30 de junio de 1988 y 22 de noviembre de 1985).

*INDEPENDENCIA DEL JUEZ PENAL Y CIVIL EN LA QUIEBRA FRAUDULEN-
(SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1990).*

No puede decirse que el Juez penal en materia de quiebra fraudulenta se halle vinculado al Juez civil, ya que es muy reiterada la jurisprudencia, tanto civil como penal, en el sentido de que la declaración del Juez civil de quiebra fraudulenta es un requisito de procedibilidad en el proceso penal; pero siendo de destacar que la jurisdicción penal no se encuentra en situación de subordinación a las calificaciones hechas por la jurisdicción civil, sino que goza de absoluta independencia al tiempo de enjuiciamiento (Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, de 23 de marzo de 1979 y 17 de mayo de 1982); y es doctrina jurisprudencial de esta Sala Primera que la intervención de la jurisdicción civil en el campo de la calificación de la quiebra viene estrictamente limitada a realizarla para provocar la apertura o no del procedimiento punitivo, pero sin que prejuzgue la resolución definitiva, respecto a los personalmente responsables y a la clase de responsabilidad que haya de hacerse en el proceso penal con plena soberanía, una vez que en el aspecto civil haya sido cumplido el requisito de viabilidad que el artículo 895 del Código de Comercio establece (Sentencia de 27 de enero de 1988).

*LA FECHA DE RETROACCION DE LA QUIEBRA FIJADA EN LA PRIMERA RE-
SOLUCION JUDICIAL ES MODIFICABLE (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1990).*

El texto del artículo 1.024 del viejo Código —de Comercio—, que establece que la fijación de la primera resolución de la época a que deban retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra lo será “con calidad de por ahora...”, expresión coincidente con la empleada por el Juez en el auto en que se declaró la quiebra, cuya literalidad no deja la menor sombra del carácter meramente provisional de aquella fijación; además, en tal sentido es constante la mejor doctrina y la jurisprudencia más extensa y más reciente (Sentencias de 27 de enero de 1986, 15 de septiembre de 1987, 4 de julio de 1989, 15 de febrero de 1990, entre tantas otras) uniforme en considerar que la resolución que declara la quiebra es modificable, en este particular de la retroacción, ya que no sería razonable asignarle carácter definitivo contra un texto legal a una declaración judicial hecha, por imperativo legal, en momento en que el juzgador sólo posee un conocimiento parcial y limitado de los hechos y de la gravedad y trascendencia de los mismos.

RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990, un tomo de 242 págs.

Tuve la suerte de escuchar en vivo la lección magistral desarrollada en su día por el Profesor Amorós y que le valió ganar por oposición, con gran brillantez, la cátedra de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Fue magistral en todos los sentidos y tan medida y plena de precisión y doctrina que el Tribunal no tuvo duda alguna a la hora de adjudicarle la plaza, en reñida pugna con otros calificados opositores. Me gustó especialmente porque abordó un tema rico en matices doctrinales y a la vez con enormes repercusiones prácticas que los Registradores tocamos casi a diario. Puso de manifiesto que toda inscripción de hipoteca tiene un antecedente en el crédito garantizado y éste a su vez se ha de basar en la correspondiente justificación jurídica que es la causa.

Por eso ahora he leído con gusto este replanteamiento del tema, ampliado notablemente por su autor, dándole nueva estructura y llenándolo de citas doctrinales y jurisprudenciales que ilustran y basan la tesis causalista defendida. La obra es definitiva en este punto y no corro el riesgo de que alguien me tache de amistoso turiferario, ya que antes un imparcial jurado compuesto por acreditados juristas y profesionales otorgó a este trabajo el primer puesto en el concurso "Premio Estudios Hipotecarios" convocado por el Colegio de Registradores, en competencia difícil con otras dos excelentes obras. Por ello y por su indudable interés científico y práctico, ahora ha sido editado por el Centro de Estudios Registrales para facilitar su consulta y estudio a los profesionales.

No es preciso presentar al autor: Registrador de la Propiedad de Madrid y Catedrático de Derecho Civil, como hemos dicho, su prestigio y el curriculum profesional y científico son abrumadores: dos carillas enteras del libro son insuficientes para recoger en un apretadísimo resumen una impresionante lista de trabajos y actuaciones del Profesor Amorós. Ha colaborado profusamente y durante muchísimo tiempo en esta REVISTA, de la que fue Secretario, siendo actualmente destacado Consejero y miembro de su Comisión Ejecutiva. Para mí, además, Manolo Amorós tiene la nota personal de que me concedió la "alternativa" en nuestra profesión, al darme la posesión de mi primer Registro en Sacedón, allí junto al lago de Entrepeñas, en La Alcarria; desde aquel día somos compañeros y amigos y su amistad me honra. Todo eso hace que la tarea de comentar su libro se me haga a la vez grata y difícil. Pero vamos con ello.

El libro va precedido de un afectuoso prólogo del actual Decano del Colegio de Registradores, don José Poveda Díaz, donde, destacando la personalidad del autor, se señala el error de contraponer el junta teórico frente al práctico; la investigación jurídica, dice el Decano, es esencial para el progreso del Derecho en su aplicación práctica; cuando el Registro publica la causa del negocio que motiva la inscripción, determina la eficacia del derecho inscrito. Termina su

prólogo diciendo que Amorós Guardiola es una de las personas en que se funden de manera coherente la investigación jurídica con las consecuencias prácticas a las que conduce dicha investigación.

La obra está dividida en tres grandes capítulos, que vamos a resumir siguiendo su orden expositivo:

Capítulo I. Planteamiento del problema.—La causa en la garantía hipotecaria entraña un problema complejo, tanto en el plano teórico, donde replantea un tema lleno de discusiones, como en el práctico, donde tiene conexiones con numerosos supuestos que se presentan en la vida real.

Como cuestiones objeto de discusión, el Profesor Amorós dice que hay que precisar en primer lugar si el objeto de estudio es la causa del contrato o de la obligación, tema originado por la ambigüedad expresiva de nuestro Código Civil y entiende que la "causa de la obligación" del artículo 1.261 debe tomarse no como causa de cada obligación, sino referida a la relación negocial compleja.

Otra cuestión es la distinción entre la causa onerosa y gratuita, que aun pareciendo clara en el artículo 1.274 no lo es tanto en su aplicación práctica al encajarla en el contrato de crédito hipotecario. Rechazando la teoría de que al ser la hipoteca un derecho de constitución formalista, esa forma elimina la causa o al menos la necesidad de su expresión, dice Amorós que esa rigurosa formalización no excluye la previa validez del negocio, sino que la presupone, con el requisito causal que afecta a tal negocio.

Las teorías del negocio abstracto aplicadas a la hipoteca, propias de las normativas germánicas, entraron en nuestra doctrina por influencia de los trabajos de don Jerónimo González, que actualmente son objeto de revisión doctrinal y jurisprudencial; por ello se ha afirmado que, por razón de accesoriedad, la causa de la hipoteca es el crédito al que sirve de garantía y que, por otra parte, la cuestión queda resuelta en último término por la presunción general de la existencia de la causa que se establece en el artículo 1.277 del Código Civil. Por supuesto, Amorós no acepta estas posturas aduciendo no sólo razones legales y doctrinales, sino la mira práctica de proteger a los deudores que han de aceptar las cláusulas impuestas en contratos de adhesión por los bancos, cajas e instituciones financieras.

Recogiendo el punto de partida del Profesor De Castro, Amorós pone de relieve el significado de la causa en general que está ceñido a la vida real y queda al margen de confusiones doctrinales. No obstante, el autor no rehúye la confrontación doctrinal y recoge las distinciones formuladas por Díez-Picazo entre causa de la atribución de obligación y del negocio; la causa del contrato es lo verdaderamente importante y lo que refleja principalmente el problema causal en sentido técnico. Para perfilar las expresiones que surgen alrededor del problema de la causa, Amorós recuerda los tres tipos que distinguía el Profesor De Castro: 1) la causa genérica, onerosa, gratuita o remuneratoria, que sirve para valorar la distinta eficacia de cada negocio; 2) la causa específica, propia de cada tipo negocial y que determina la existencia y validez del negocio, y 3) la causa concreta o motivos incorporados a la causa, que sirve para apreciar la posible ilicitud y la consiguiente sanción de nulidad. Estas distinciones sirven, como veremos a seguido, para que el autor estudie el tema causal ya ceñido a la figura concreta de la hipoteca.

Capítulo II. La causa y el contrato de constitución de hipoteca.—El primer problema que aborda el autor en este capítulo, con carácter previo o básico, es si el contrato que origina el crédito hipotecario debe ser considerado causal o

abstracto. Recoge la Resolución de la Dirección General de 31 de julio de 1928, en la que se dilucidaba el caso de una sociedad que hipotecaba bienes propios en garantía de obligaciones de otra compañía, sin que apareciese relación entre ambas que justificase la prestación de tal garantía. La solución permisiva contenida en la Resolución se basaba en el carácter abstracto de las declaraciones inmobiliarias, la naturaleza igualmente abstracta y formal de los afianzamientos por deuda ajena, la presunción de existencia y licitud de la causa contenida en el artículo 1.277 del Código Civil y la posibilidad en general de que las sociedades mercantiles realicen actos a título gratuito. Amorós hace una razonada crítica de esta doctrina, refutando punto por punto sus afirmaciones y concluye que no parece jurídicamente correcta la solución de estimar válido dicho acto, ni mucho menos que su celebración fuera acordada por el Consejo de Administración de la sociedad hipotecante, dada la naturaleza causal del acto cuestionado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1935 se ocupó del caso de una hipoteca constituida para garantizar unos reconocimientos de deuda del hipotecante en favor de sus hermanos y que fueron impugnados por otros acreedores alegando simulación o causa falsa, pues el verdadero propósito era perjudicar a unos acreedores en beneficio de otros; el Tribunal Supremo consideró irrelevante el argumento causal, aunque aceptó la rescisión por fraude. El Profesor Amorós analiza y critica los considerandos de la sentencia y concluye que su argumentación jurídica no es convincente en absoluto por ser reflejo de una opinión antigua ya superada.

Se está refiriendo a la tesis conocida de don Jerónimo González, posible redactor de ambas decisiones desde sus puestos en la Dirección General de los Registros y el Tribunal Supremo. Esta línea de opinión tuvo gran influencia tanto por la evidente autoridad doctrinal de su autor como por la reiteración e intensidad con que la expuso; al hablar del principio del consentimiento decía que el acto transmisivo, unido al asiento, queda perfecto sin necesitar el apoyo de una obligación, pues es un acto sustantivo y abstracto.

Tras repasar las diversas posturas sobre el tema, Amorós expone su posición doctrinal partidaria de reconocer la existencia y necesidad de la causa jurídica en el contrato de originación del crédito hipotecario, negando la posibilidad de que se considere como abstracto. El contrato o negocio jurídico originador, dice, requiere para su validez una causa jurídica adecuada, no existe como tal contrato si no se apoya en la causa y las distintas manifestaciones de ésta (lícita o ilícita, onerosa o gratuita) condicionan su existencia y eficacia. Esto resulta en primer lugar de las disposiciones del Código Civil, que configuran el carácter causal del sistema contractual español, y en segundo término porque la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de hipoteca y el sometimiento del mismo a las reglas de la publicidad registral no excluyen, sino que, por el contrario, imponen la exigencia y determinación de la causa contractual.

Estudia Amorós a seguido la *causa específica* del contrato de originación del crédito hipotecario que es, precisamente, su función de garantía real, implicando una conexión insuperable entre el crédito y la hipoteca que lo cubre, lo que constituye una realidad compleja. Esta relación íntima ha servido de base para que la Dirección General haya considerado no inscribibles o ineficaces diversas cláusulas; nos presenta el autor nueve Resoluciones que van desde 1928 a 1987 en las que predomina la idea de no considerar inscribibles aquellos pactos que lejos de obtener una mayor firmeza de la garantía, suelen entrañar exigencias exorbitantes que el deudor se ve obligado a soportar en razón de su situación económica apurada; en las Resoluciones de 20 de mayo y 5 de junio de 1987 se

utiliza un argumento de carácter general que Amorós recoge como adecuado al problema causal que nos ocupa: es necesario que exista una razón suficiente para el establecimiento de aquellos pactos que sirva de justificación causal a los mismos, actuando como un verdadero límite en el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual.

Problema encadenado con el anterior es si la presunción de existencia de causa del artículo 1.277 del Código exime de la necesidad de su manifestación en los contratos de crédito hipotecario. La jurisprudencia, tratándose del contrato en general, ha establecido el criterio de su validez civil aunque no se exprese la causa, lo que ha dado lugar a veces a una interpretación favorable a la posibilidad de los negocios abstractos; cuando se trata del contrato específico originador del crédito hipotecario, hubo una Resolución ya vista en 1928 y cuya doctrina es calificada por Amorós de gravemente equivocada y perturbadora y hay una Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1986 en la que se declara inscribible el título acudiendo a la presunción del artículo 1.277. Amorós, repasando diversas opiniones doctrinales, concluye que no es posible inscribir una hipoteca si no está patente o manifiesta la causa en el documento que llega al Registro, sin que valga la presunción del artículo 1.277, dictada con otra finalidad. En los contratos de originación del crédito hipotecario, dice, la causa específica o de garantía suele estar patente al referirse a un préstamo, precio aplazado, etc., y en cuanto a la causa genérica (onerosa, gratuita o remuneratoria), también hace falta su manifestación porque de ella depende la mayor o menor protección que se atribuya a la garantía, especialmente en su eficacia frente a terceros.

Otra de las cuestiones que aborda el Profesor Amorós es el de la causa compleja que surge cuando la hipoteca forma parte de un negocio jurídico más amplio respecto del cual la garantía es un elemento conectado, formando un complejo contractual, tal como ocurre en la compraventa con hipoteca asegurando el pago del precio aplazado. Se examinan tres Resoluciones en las que aplicando las normas de la compraventa se permite que el marido por sí solo pueda comprar garantizando con hipoteca el aplazamiento, basándose en la existencia de una causa unitaria común a ambos actos.

También se estudia en el libro la cuestión de la superposición de garantía, preguntándose el autor hasta qué punto se justifica la eficacia de estos pactos. A tal respecto resume y comenta tres Resoluciones en las que late la idea central de que no se puede establecer hipoteca solidaria sobre dos fincas en garantía de un crédito y por la totalidad del mismo, porque estos pactos son contrarios a la exigencia de distribución de la responsabilidad hipotecaria establecida en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Pero, además y sobre todo, porque son pactos abusivos, sin justificación alguna de la garantía que pretenden y por ello sin causa. Aquí, una vez más, la causa sirve para resolver problemas importantes que plantea la práctica jurídica.

Bajo el apartado de la *causa genérica*, Amorós estudia el problema de si el contrato originador del crédito hipotecario es oneroso o gratuito, lo que se proyecta sobre la mayor o menor eficacia que despliegan estos contratos según su respectiva causa. Esta calificación jurídica ha sido recogida por la jurisprudencia en varias ocasiones, escogiendo el autor para su estudio dos sentencias del Tribunal Supremo y varias opiniones doctrinales, que resume diciendo que en principio la hipoteca será onerosa cuando el préstamo se concede a cambio de la garantía y será gratuito cuando no exista contraprestación por parte del acreedor garantizado.

La *causa concreta* sirve para valorar el propósito concreto querido por las

partes en cada negocio en particular. Es lo que el Tribunal Supremo ha llamado "motivos incorporados a la causa", cuando las partes elevan esas motivaciones a condición determinante de la prestación. A través de este concepto se busca descubrir la finalidad concreta perseguida y la posible ilicitud de la causa. El autor recoge una Sentencia del Tribunal Supremo de 1951, en un caso de crédito oficial en el que acudiendo a la "distinción del fin del préstamo" no se reconoció la preferencia especial a una hipoteca para la reconstrucción de una casa que ya estaba reconstruida. Si la causa concreta resulta del documento, el Registrador puede y debe valorar su ilicitud en virtud de la facultad calificadora que le atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Capítulo III. La causa y la extinción del crédito hipotecario.—La cancelación de la hipoteca se basa en el consentimiento del titular, regulado por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Varios autores han entendido que éste es un caso típico de consentimiento formal o abstracto, pero Amorós no acepta tal teoría y opone lo dispuesto en el artículo 103-2.º, que supone la expresión de la razón determinante de la extinción del derecho, y más claramente la norma del artículo 193-2.º del Reglamento Hipotecario, donde se señala, como circunstancia precisa del asiento, hacer constar la "causa o razón de la cancelación". Así se confirma por la Resolución de 22 de agosto de 1978, que no dice, como puede parecer, que no sea precisa la expresión de la causa, sino, al contrario, se establece que es válida tal como se expresa la declaración de voluntad del caso concreto, pues se basa en que la parte acreedora se declara reintegrada del préstamo. Por ello el autor reafirma que la expresión de la causa resulta ineludible, tanto en el negocio cancelatorio como en el asiento.

Y hasta aquí hemos llegado en el intento, seguramente fallido, de resumir y dar noticia de un libro importante. Esta obra debe ser cuidadosamente estudiada en la seguridad de obtener resultados doctrinales y prácticos muy positivos. Con razón decía el Decano al presentarla que este tipo de investigaciones hace que la ciencia jurídica en general y los Registradores en particular estemos cada día más preparados para servir profesionalmente a la sociedad con más justicia y mayor eficacia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PASCUAL ESTEVILL, Luis: *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, un tomo de 713 págs.

Este libro forma el volumen 2.º del tomo II de la parte especial de la obra, que bajo el título "Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil", ha escrito el autor, que ya había anunciado en los tomos precedentes y cuyo comentario se publicó en esta REVISTA.

Su autor es un Abogado barcelonés, ahora Magistrado, bien conocido de nuestros lectores por los varios trabajos que lleva publicados.

Ahora acaba la temática de la responsabilidad, construyendo un tratado orgánico completo de esta interesantísima y cada vez más vigente cuestión de la reparación de los daños inferidos a otra persona.

Ya vimos que Luis Pascual se inclinaba, en la parte general, por la teoría de

la responsabilidad objetiva, si no puramente, si al menos en la concepción de que quien pone en funcionamiento el riesgo debe pechar con los daños consecuentes.

Si esto lo consideraba básico y hasta aplicable en los casos de relaciones contractuales, excusado es decir que lo potencia en las situaciones que el daño se infiere a quien no está ligado por relación previa alguna.

Como primer punto, el autor plantea la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, analizando sus concomitancias y las diferencias que las distinguen. Dentro de la responsabilidad extracontractual, la ilicitud puede ser sólo civil o penal; en este último caso, el dañado puede elegir dos formas de actuación, bien mediante el ejercicio conjunto de las acciones penal y civil en el proceso criminal o bien persiguiendo tan solo la reparación del ilícito civil por separado. El autor examina ambos supuestos y los efectos de las resoluciones penales para cuando las responsabilidades se persigan ante la jurisdicción civil, tanto si la sentencia es condenatoria como absolutoria. La cuestión es muy importante desde el punto de vista práctico, conviniendo resaltar lo que dispone el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la cual la extinción de la responsabilidad penal no conlleva siempre la civil, a no ser que la absolución proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho del cual hubiera podido nacer la responsabilidad civil.

En el capítulo II el autor considera supuesto previo para exigir la responsabilidad extracontractual la infracción del principio *neminem laedere*, estudiando los precedentes y concordancias con los preceptos que regulan la materia en nuestro ordenamiento civil y que son principalmente, como es sabido, los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Con ello pasa a examinar los aspectos objetivo y subjetivo del ilícito aquiliano y que se manifiestan, respectivamente, en la lesión al interés ajeno protegido por el Derecho y el comportamiento dañoso, entre los cuales debe concurrir el suficiente nexo causal. En este nexo radican los límites a las reparaciones exigibles que serán evidentemente distintos en los supuestos de existencia de actos u omisiones directos y exclusivos de la víctima o un tercero, o cuando concurre caso fortuito o fuerza mayor.

En el capítulo III se entra en el tema central del estudio e interpretación de los elementos que, según el artículo 1.902 del Código y demás preceptos concordantes, constituyen el sistema de la responsabilidad objetiva por actos propios, distinguiendo el autor tres grupos posibles en la antijuridicidad que puede generar la obligación de reparar: el ilícito penal o civil, expresamente tipificado en la norma, los actos u omisiones en los que interviene culpa o negligencia aunque no estén determinados por la ley y, por último, la ilicitud del incumplimiento obligatorio cuando éste sea consecuencia necesaria de tal falta de cumplimiento. Analiza la incidencia del dolo y la negligencia como elementos subjetivos determinantes, desde los prismas del Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina. Cierra el capítulo con el estudio de las causas que podrían justificar un comportamiento ilícito, tales como el ejercicio de un derecho, el consentimiento del dañado, la legítima defensa, el estado de necesidad, el caso fortuito o la fuerza mayor y la pérdida de la cosa o la imposibilidad de realizar un determinado acto, conceptos no siempre diáfanos en la jurisprudencia y la doctrina.

Tras este análisis exhaustivo de la responsabilidad por actos propios, dedica los tres capítulos siguientes a la responsabilidad por actos ajenos, daños causados por los animales o por cosas inanimadas.

El artículo 1.903 es el que contiene la doctrina que se refiere a los actos

cometidos por otras personas y que comportan una obligación de reparar a alguien distinto del autor. Los supuestos son típicos y conocidos y no vamos a reproducirlos. Luis Pascual los analiza con detalle, mostrándonos que no siempre están justificados ni son defendibles. Ahí tenemos, después de publicarse el libro, la reciente Ley que modifica la antigua responsabilidad de los profesores respecto a las barrabasadas de sus discípulos.

Si hay preceptos legales que recojan el principio de la responsabilidad objetiva, son sin duda los artículos 1.905 y 1906 del Código que regulan los daños causados por animales. Aquí el autor expone su conocida tesis objetivista y plantea el tema a la luz de la doctrina y la jurisprudencia de varios países occidentales. Con esta base y la legal española, analiza los límites del sujeto obligado a reparar el daño causado por el animal, bien en el caso de que sea su poseedor o que se sirva de él, así como en el de los propietarios de las heredades de caza. Como complemento necesario examina el nexo causal entre el comportamiento del animal y el daño originado a la víctima e insiste en criticar la clásica concepción del elemento culposo y alabar la moderna teoría del riesgo.

Los supuestos de los artículos 1.907 a 1.910 del Código Civil se estudian en el capítulo VI, abordando la ruina de los edificios por defectos de construcción, ahora de tan dolorosa frecuencia, según podemos ver por los medios de publicidad.

La responsabilidad profesional está tomando también cada vez mayores aires de exigencia y aplicación. Los clientes ya no suelen ser pacientes sufridores de los errores cometidos por los profesionales a quienes encomendaron su salud o sus negocios. Pascual Estevill articula aquí una teoría bastante completa de los supuestos de exigencia de esta responsabilidad profesional en los casos de origen contractual, que es lo normal, o extracontractual o incluso delictual, cuando la actuación profesional rompe los límites llegando al ilícito penal.

Tras estas exposiciones casuísticas de los supuestos contemplados en nuestra legislación, el autor retoma la teoría general de la responsabilidad, comparando el sistema que se basaba sólo en el dolo o la culpa de los causantes, en contraposición a la teoría, que considera más aceptable, que acepta como razón primordial la simple existencia del daño y su consiguiente reparación como exigencia ineludible del principio del *neminem laedere*. Ya decía Pascual Estevill en su primer tomo, y lo apuntamos en el anterior comentario, que en los tiempos que corren se habían creado determinadas actividades que entrañan una peligrosidad intrínseca tan importante que tanto la doctrina como la jurisprudencia y, por último, las nuevas leyes habían terminado por contemplar los daños de tales actividades con talante objetivista. Cita la Ley de accidentes del trabajo, las de uso de vehículos a motor, la de navegación aérea, la de riesgos nucleares, la de caza, etc.

Así ha nacido el seguro de responsabilidad civil, de gran importancia actual, sobre todo en determinadas actividades como las citadas dimanantes de la circulación de vehículos. La Directiva CEE de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad de los fabricantes es estudiada a este respecto.

En los capítulos IX y X del libro el autor estudia los elementos comunes a todos los supuestos de responsabilidad civil y que son, en esencia, el comportamiento humano de acción u omisión, el daño inferido, sea material o moral, y la causalidad entre el comportamiento y el daño, que admite multitud de interferencias.

Y en el capítulo XI y último se contemplan las vías posibles para restablecer el daño causado y que pueden ser la vía convencional, el ejercicio judicial de las

acciones correspondientes, la reintegración específica o las indemnizaciones compensatorias.

Con este libro, última parte de su obra, Pascual Estevill completa la tarea que había asumido ante los profesionales y demás interesados en este tema fascinante e intrincado de la responsabilidad civil. Ha conseguido su propósito, que expone en la nota preliminar, de facilitar la tarea para que no quede ningún daño sin reparación, a no ser que una situación excepcional lo justifique. Su tesis, ya lo hemos dicho, es la de que el que causa un daño a la esfera de otro debe repararlo no sólo cuando en la acción u omisión haya intervenido intención o negligencia, sino simplemente por haber creado el riesgo; sólo debe tomarse como punto de referencia el daño, con tal que se le pueda relacionar con el hecho que lo ha producido.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MORALES, Antonio Manuel: *El error en los contratos*, Editorial Ceura, Madrid, 1988.

1. Quienes hemos tenido la suerte de tratar y aprender con el Profesor MORALES —tal mi caso, y precisamente en los años de mi formación como profesional del Derecho— afrontamos la lectura de esta excelente monografía sobre el error no como el resultado ocasional de una reciente preocupación intelectual de su autor, sino como un paso más —no el definitivo— del interés de MORALES por la cuestión general de la insatisfacción del comprador por la frustración de sus esperanzas puestas en la existencia de ciertas cualidades que erróneamente se atribuyen a la cosa vendida. Porque, en efecto, esta obra singular no es la primera incursión de MORALES en el terreno del error, sino la *cuarta* ocasión en que vierte al papel sus opiniones sobre el sistema adecuado del reparto de riesgos en la compraventa cuando las presuposiciones contractuales fallan. Las tres ocasiones anteriores quedan plasmadas en trabajos publicados en el *Anuario de Derecho civil*, años 1980, 1982, 1983.

En 1980 MORALES afronta el problema de insatisfacción del comprador en el marco clásico de las acciones edilicias. En este trabajo se cierra la puerta de la reconstrucción histórico-dogmática de las normas del Código relativas al saneamiento por vicios ocultos, pero queda abierta la puerta de su incardinación en el resto del sistema; vicios redhibitorios y error, vicios redhibitorios e incumplimiento contractual, vicios redhibitorios y *culpa in contrahendo*. En 1982 el Profesor MORALES vuelve sobre el tema, ahora desde la perspectiva del dolo del vendedor. De nuevo aquí el lector no avisado puede confundirse sobre el objetivo de este trabajo. Porque la finalidad que MORALES persigue en él no es fundamentalmente un tratamiento del dolo *in contrahendo*, sino la respuesta a la cuestión, oscurecida en el Código, sobre la responsabilidad del vendedor profesional por los defectos de la cosa; responsabilidad al cabo afirmada merced a una extensión, antes entonces inusitada, del concepto de *culpa lata*. En 1983 el Profesor MORALES aborda la cuestión desde una nueva perspectiva; precisamente la del principio de reparto de riesgos que ha de regir en todo contrato oneroso cuando las perspectivas puestas por un contratante en la prestación ajena acaban frustrándose. En este trabajo MORALES nos induce a plantear la cuestión como

un problema de *causa concreta* y hace uso del concepto de *presuposición*. La "frustración del propósito práctico" del contratante aparece ahora tratada como un problema de reparto de riesgos contractuales; como un problema contractual y no como patología personalizada en el contratante que experimenta esa frustración.

En definitiva, éste será el hilo que nos conduzca hasta la obra presente. MORALES va a plantear de modo impecable la cuestión del error contractual en el contexto de la causa concreta del negocio, vinculado al tema de las presuposiciones, y orientado a obtener decisiones que permitan un justo y eficiente reparto de riesgos. El error no es un problema psicológico —volitivo del contratante que lo sufre, sino un problema de costes de información y reparto de riesgos contractuales. El Profesor MORALES, uno de nuestros más preclaros representantes de lo que podemos llamar una "civilística clásica", consigue con este libro, sin proclamas absurdas no en demérito de la dogmática, el que hasta ahora es el mejor tratamiento de nuestro Derecho de contratos desde una perspectiva "económica" del Derecho.

Las nociones de causa concreta y presuposición aparecerán en este trabajo localizadas en el tratamiento relativo a la "esencialidad" del error. El reparto de riesgos se articula jurídicamente merced a la original reconstrucción por MORALES del significado de la "excusabilidad" del error.

No quiere decirse con ello que todos los temas hayan quedado cerrados. En 1988 MORALES vuelve a dejar en el aire, deliberadamente, la cuestión de la integración sistemática de la figura del error. Queda, de esta forma, abierto el tema de la relación entre error e incumplimiento contractual y de ambos con la problemática del saneamiento por vicios ocultos. De hecho, la mayoría de los casos jurisprudenciales que el autor utiliza (el tratamiento de la jurisprudencia en esta obra es modélico) pueden estudiarse igualmente bajo la perspectiva de los defectos de la cosa vendida y bajo el prisma del incumplimiento del vendedor por entrega de cosa "defectuosa". Con esto no reprocho una carencia en este libro, sino que me limito a augurar que el Profesor MORALES, para bien de todos los que lo lean, no ha cerrado aún el ciclo de su preocupación por este problema tan sugestivo del Derecho de la compraventa.

2. MORALES nos ofrece tres perspectivas para el tratamiento del error. El error aparece en primer lugar como un problema de vicio de la voluntad del que lo sufre; bajo esta perspectiva voluntarista, estaría justificado sin más el derecho de impugnar el contrato cuando la representación de los hechos tenida por el contratante es errónea. Una segunda perspectiva nos invita a considerar el error como una alteración de los intereses que el contrato está llamado a realizar para ambas partes; el error, aunque no necesariamente, se traduce en una "lesión" del contratante que lo sufre. Desde una tercera perspectiva, se nos invita a enfrentarnos con el error como un problema de reparto de riesgos contractuales. Si dejamos fuera ahora el riesgo inherente al uso de los medios expresivos (cuestión del error obstativo), los riesgos implicados en la idea de error son los propios del defectuoso conocimiento de la realidad tomada como presupuesto del contrato y la existencia de riesgos típicos en el tráfico de bienes determinados (obras de arte: autenticidad; máquinas: correcto funcionamiento; solares: edificabilidad). ¿Debe el contratante que yerra soportar el riesgo de su defectuoso conocimiento o puede desplazarlo a la otra parte mediante el reconocimiento de una acción de nulidad? ¿Y aun en este caso, cómo proteger en el otro contratante la confianza suscitada en el contrato, en virtud de la cual realizó gastos?

La tercera perspectiva que nos suministra MORALES puede ser racionalizada

desde la terminología del análisis económico del Derecho. En efecto, podemos exponer semejante problemática como un problema de deficiencia de información. El contratante que yerra tiene sobre la realidad presupuesta en el contrato una información deficiente. La cuestión entonces se racionaliza de la siguiente manera. Si se permite incondicionalmente la impugnación del contrato, el ordenamiento está incentivando al contratante que yerra para no realizar costes que tiendan a evitar o disminuir este déficit de información. ¿Es esto razonable? En un libro clarividente (*Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986, págs. 318 y sigs.) SCHAFER y OTT exponen de la siguiente manera las reacciones del ordenamiento ante el problema de los costes de información en el Derecho de contratos: la protección de la confianza es un sustitutivo de los costes de información; el ordenamiento debe proteger la confianza cuando entre los contratantes existe *asimetría* en los costes de información, es decir, cuando los costes de información de uno de los contratantes son superiores a los costes de información del otro. Trasladado a nuestro campo, podríamos así afirmar que el ordenamiento consigue una asignación eficiente de recursos si permite la impugnación del contrato sólo cuando los costes de información del contratante que yerra son superiores a los costes que tendría que hacer la otra parte para eliminar este defecto de información.

De las tres perspectivas con las que MORALES nos invita a afrontar el tratamiento del error, ciertamente es la última la que el propio autor utiliza para indagar por los criterios normativos en la solución de este conflicto. Los requisitos de excusabilidad, provocación y reconocibilidad del error, así como la protección de la confianza, sirven para desechar cualquier tratamiento del error visto como un defecto de voluntad. El defecto o insuficiente formación de la voluntad negocial no es de por sí protegible por el ordenamiento.

La segunda perspectiva del problema (el error como una alteración de intereses) sólo es utilizada por MORALES para ofrecer criterios puntuales. Por ejemplo, la existencia de una lesión en el contratante que yerra puede servir de criterio para medir la relevancia del error; también puede ser útil esta perspectiva para solucionar en sentido positivo la cuestión de si el contratante que no yerra puede paralizar la impugnación del contrato ofreciendo al otro contratante un medio para renivelar el interés dañado por la falsa presunción.

MORALES, repetimos, plantea el tema del error como un problema de reparto de riesgos. Y este reparto se somete a una regla general que el autor desarrolla a partir de la página 219 de la monografía. A saber: cada contratante soporta el riesgo de su error (no puede impugnar el contrato) salvo que este error pueda ser imputado a la otra parte; semejante imputación se dará siempre que sea este contratante quien haya provocado el error o que a tenor de las reglas de la buena fe debiera haber contribuido a despejar el error sufrido por su contraparte.

A pesar de que MORALES ha distinguido entre criterios jurídicos y económicos de reparto de riesgos, y a pesar de haberse pronunciado por la preeminencia de los primeros, lo cierto es que, como él mismo advierte, la solución ofrecida por ambas es normalmente coincidente. En efecto, el repaso de la jurisprudencia realizado por MORALES nos demuestra que el Tribunal Supremo ha desestimado las demandas de impugnación cuando el coste que hubiera tenido que sufragar el contratante que se equivoca, con objeto de evitar su yerro, no es superior al que tendría que haber dispendiado la otra parte para evitar el error en cabeza de su cocontratante. Y cuando las ha estimado, ello se ha debido a que el vendedor estaba en mejores condiciones que el comprador para obtener la información

que despejase el error; a fin de cuentas, cuando se trata de un vendedor profesional que provoca con su conducta una confianza en su cocontratante o que merced a sus conocimientos especiales tenía más facilidad para obtener la información correcta sobre las cualidades de la cosa. Sentencias como las del "falso Sorolla" (TS 9 octubre 1981), o cualesquiera otra de las que admirablemente disecciona MORALES (cfr., especialmente, págs. 218 y sigs.) son paradigmáticas en este sentido y se explica por qué unas veces el TS admite, por ejemplo, demandas de nulidad de los compradores de solares inedificables y por qué en otras ocasiones declara su error inexcusable. El ordenamiento —y los Tribunales que lo aplican— incentiva de esta forma la obtención de información mediante un criterio de reparto económico. Información que es, además, productiva, pues los beneficios que procura serían superiores al coste necesario para obtenerla.

El criterio jurídico empleado por la jurisprudencia es el uso ponderativo del par de conceptos "diligencia"—"buena fe". MORALES la reconstruye merced a su racionalización del significado de la "excusabilidad" en el error. Las soluciones serían en su inmensa mayoría coincidentes con un tratamiento económico que aplicase a los litigios un análisis de costes.

Por esta razón, el Profesor MORALES sostiene con toda clarividencia que no puede prosperar una pretensión de impugnación en el caso siguiente: el comprador, gracias a costosas inversiones, llega a saber que un terreno sin valor aparente esconde reservas de petróleo (supongamos que fuera un bien apropiable); el comprador no puede después impugnar alegando que desconocía, y no se le comunicó, el auténtico valor de su terreno. Y no puede porque entonces el comprador, que habría realizado una costosa inversión en información, no podría —digámoslo así— internalizar los beneficios de la misma, cobrando por ella a la otra parte.

Esta importante restricción de la facultad impugnatoria del contrato celebrado con error resuelve al mismo tiempo en forma de ahorro de costes el problema de los llamados "daños de confianza". Los costes derivados de una impugnación contractual en la que el impugnante debe resarcir a la otra parte inocente por los gastos que ha hecho al contratar quedan eliminados merced a la solución propuesta por MORALES. El mantenimiento de la validez del contrato es, en este sentido, una solución socialmente más barata.

3. La obra de MORALES no se limita a ser una exposición y desarrollo de este criterio general del reparto de riesgos asociados a la figura del error. Es del mismo modo una obra luminosa sobre los problemas dogmáticos conectados a la interpretación de los preceptos del Código Civil relativos al error.

El precepto clave del sistema es el artículo 1.266 del Código Civil. MORALES procederá a una interpretación del mismo que reduce considerablemente su ámbito de aplicación. Y no ya sólo por la exigencia de esencialidad y excusabilidad en el error, de acuerdo al criterio de reparto arriba transcrito, sino por la delimitación misma de los supuestos de hecho amparados en la norma.

En principio no pertenecerían a la problemática del error los llamados "errores impropios". No son propiamente un problema de consentimiento defectuosamente formado, sino de ausencia de alguno de los requisitos básicos para que exista contrato, en el sentido del artículo 1.261 del Código Civil. El contrato en el que concurre un disenso sobre el objeto o la causa (los clásicos error *in corpore* y error *in negotio*) no es anulable, sino nulo. Es igualmente nulo el contrato celebrado bajo la falsa presuposición de un objeto contractual que no existe o cuando la causa contractual es solamente putativa (por esa razón, dicho sea de paso, el error sobre la persona en las donaciones es ausencia de causa, no error

contractual, pues falta el *animus donandi*, concebible sólo respecto a una persona determinada).

En contra del parecer más extendido —aunque contando con autorizados precedentes— MORALES entiende que el problema de la causa falsa debida a error se encuentra regulada —junto a la simulación— en el artículo 1.276, no en el artículo 1.301 del Código Civil. A decir verdad esto obliga a sostener que el concepto de causa falsa en el Código Civil no es ya biunívoco, sino plurívoco, y obliga sobre todo a trazar una divisoria nada fácil entre la causa putativa del artículo 1.276 y la “causa falsa” como causa errónea en el artículo 1.301. Tanto más cuanto que el propio MORALES exige que para que haya “causa falsa” (error) del artículo 1.301, los motivos de las partes tienen que haberse elevado a la categoría de presuposiciones incorporadas al contrato (causa concreta). Es decir, que existiría falta de causa (problema de error impropio) si, por ejemplo, pago una deuda que en verdad no debo; pero existiría un problema de error (causa falsa del art. 1.301) si la “causa concreta” no existe; por ejemplo, si alquilo un palco para asistir a una representación que se suspende, cuando ambas partes están de acuerdo que el motivo elevado a *condición* (palabra que MORALES toma de GARCÍA GOYENA) es, precisamente, asistir a la citada representación. Por mi parte, no estoy seguro en qué medida está justificada aquí una diferencia de régimen.

MORALES nos invita a delimitar igualmente el supuesto contemplado en el artículo 1.266 y la “causa falsa” del artículo 1.301. El primero se referiría a elementos intrínsecos del contrato (la “cosa” objeto del contrato); el segundo, a elementos extrínsecos, que, para ser jurídicamente relevantes, tienen que ser “incorporados” al contrato en forma de propósito práctico o causa concreta; por ejemplo, la asistencia a la representación, a la que nos referíamos. En último extremo, con todo, la diferencia no trasciende aquí en diversidades de régimen jurídico. Ambos tipos de errores vendrán al cabo referidos por MORALES al concepto de presuposición contractual, que, a su vez, define el requisito de la “relevancia” del error: el error sólo es relevante si se refiere a presuposiciones del contrato. Hemos de entender aquí que estas presuposiciones son los elementos intrínsecos relevantes como igualmente los motivos incorporados al contrato.

La tercera restricción que MORALES impone al artículo 1.266 viene dado por la función de complemento que atribuye al artículo 1.302. Mientras el concepto de “presuposición” es continuamente vinculado por MORALES al requisito de la “esencialidad” del error, el ulterior requisito de “excusabilidad” exige entender que el error sólo es relevante cuando resulta “provocado” por la otra parte, en la forma en que se expresa el artículo 1.302. “Provocación” que el autor hará coincidir con el concepto de “imputabilidad” del error, en la forma en que se detalló arriba. La restricción en la legitimación para impugnar (art. 1.302) se convierte así en una restricción del supuesto de hecho en que el error es relevante en Derecho.

Como última consideración sobre este extremo debe advertirse que, con toda razón, el autor renuncia a distinguir en sede del artículo 1.266 un error de vicio y un error en la declaración. Ambos están sujetos al mismo régimen de la anulabilidad, si se trata de errores “propios”; o de nulidad, si versan sobre el objeto o la causa del contrato. La razón que MORALES da para ello es convincente (pág. 184): la diferencia entre error en la declaración y error en los motivos se sustenta únicamente en consideraciones psicológicas, siendo así que lo único importante a efectos jurídicos es la significación que en ambos casos tenga el error sobre la alteración de la organización de intereses del contrato.

4. Muchas otras cuestiones trata MORALES en este libro, que recorre todo el espectro entre consideraciones de teoría general del contrato hasta el tratamiento de extremos determinados (donación, transacción, etc.). En todas ellas se revela la finura de análisis de su autor y la claridad de su lenguaje. Encarecer su lectura es consejo innecesario para los profesionales serios del Derecho; para los demás, simplemente advertirles que, en tema de error contractual, hay un antes y un después de este libro del profesor MORALES.

La obra se divide en dos partes. En la primera de ellas se dedica el primer capítulo a la exposición histórica del concepto del error. El segundo capítulo versa sobre las diferentes dimensiones del problema del error. El primer capítulo de la segunda parte se dedica al error en la declaración; el segundo, a la delimitación de la figura del error en el Código Civil; el tercer capítulo de la segunda parte constituye un análisis minucioso del artículo 1.266 del Código Civil. Los capítulos cuarto y quinto se dedican, respectivamente, al tratamiento de los requisitos de esencialidad y excusabilidad. Un último capítulo versa sobre el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad en la figura del error; posibilidad y límites de conseguir por vía convencional un reparto de los riesgos derivados del error. La obra se cierra con un utilísimo y brillante —como el libro todo— apéndice de jurisprudencia comentada.

ANGEL CARRASCO PERERA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Albacete

MEZZANOTTE, Luisa: *La successione anomala del coniuge*, Universidad de Camerino, publicación núm. 58, *Edizioni Scientifiche Italiane*, Nápoles, 1989.

La sucesión hereditaria constituye un triunfo de la especie humana sobre el inevitable fenómeno de la muerte, en colorida imagen de Unger. Tal sucesión, aunque reducida considerablemente, ha sobrevivido incluso en los países de legislación más acentuadamente socialista. Prescindiendo de consideraciones históricas, que parten de la propiedad familiar comunal y la "successio in locum et ius", limitémonos a destacar la importancia que los vínculos familiares han tenido siempre en el fenómeno, el "ius sanguinis", y que en el supuesto del cónyuge es inevitable relacionarlo con los llamados sistemas conyugales.

Alteraciones verdaderamente profundas ha producido el tránsito de la configuración de la familia extensa, elemento de producción, asistencia y procreación, a la actual familia nuclear, modelo ampliamente extendido, reducido a los esposos e hijos que se separan totalmente apenas contraen nupcias. La esposa, particularmente, ha dejado de ser la regente interna de la familia y sus aportaciones a la economía familiar proceden de actividades externas. Todo ello ha originado un tardío, aunque profundo, reflejo en las normas legislativas de los últimos lustros.

Con el Código de Napoleón el linaje y otras complejas estructuras de perpetuación familiar desaparecieron; reinó la versión invertida de "égalité dans les partages", pero la condición del cónyuge no mejoró excesivamente, aunque el testamento y el régimen conyugal pactado o supletorio fueron instrumentos eficaces de rectificación.

En Italia la verdadera convulsión no se produce hasta 1975. No sólo el cónyuge pasa a ocupar un lugar privilegiado en las sucesiones abintestato, sino que se altera el régimen conyugal supletorio de separación de bienes procedente del Derecho romano y pasa a ser el de comunidad, evolución casi opuesta a la francesa. Además el proyecto legislativo durante su tramitación se altera y "como llovido del cielo", apenas sin elucubraciones, el cónyuge sobreviviente adquiere el derecho de habitación en el hogar familiar y el pleno uso del ajuar, tanto en la sucesión testada como en la intestada.

Nos hallamos ante un supuesto de sucesión anómala que no carece de antecedentes en la propia legislación italiana pero que considerada excepcional no había penetrado en el Código Civil. Se citan otros antecedentes en el Derecho romano que rompían los clásicos esquemas de unidad y universalidad, como la "Lex Quarta Divil Pii" o la "gesetzliche Vermächtnisse" del artículo 1.922 del BGB, de contenido poco aproximable. Se le considera un legado "ex lege" impropio en la sucesión abintestato y considerado como ampliación de legítima en la testada.

La doctrina ha especulado sobre diversos puntos del tema: si es posible la renuncia de la herencia con subsistencia del legado "ex lege", resuelto positivamente; si alcanza a las segundas residencias, con resultado negativo; si subsiste al convolar a segundas nupcias, que la doctrina resuelve en sentido relativo aceptándolo cuando acepta la convivencia de los hijos menores; si debe ser considerado como una reducción de la parte de libre disposición, de forma que no perjudique derechos legitimarios, resuelto también afirmativamente. Otros planteamientos afectan a los casos de copropiedad del domicilio conyugal, institución de heredero al cónyuge sobreviviente; exclusivo usufructo del causante sobre tal domicilio, etc.

Postura común es que del legado no dimanen simples derechos crediticios, sino reales; que sobre él no prevalecen disposiciones testamentarias y que su reducción, por razón de deudas, le sitúa en posición terminal.

Para su existencia es preciso un matrimonio válido. Las situaciones "more uxorio" quedan excluidas y, en cambio, en el caso de matrimonio putativo al cónyuge de buena fe, como es tradición, se le asignan iguales derechos que al consorte legítimo.

La posición del cónyuge separado o divorciado es analizada con gran detalle. En Roma no existía la separación, aunque sí el "repudium" y el "divortium". El Derecho canónico con el argumento de la indisolubilidad admitió la "separatio tori, mensae et cohabitationis" que conservó el "Code" y sus numerosos descendientes, aunque el primero también admitió el divorcio. En Italia, al regularse éste con anterioridad a 1975, podía declararse la culpabilidad de un cónyuge o de los dos, pues las culpas no se compensan y sus efectos eran muy diversos. Las recientes reformas suprimen tal culpabilidad aunque admiten algo próximo la "Addebitabilità".

En la legislación precedente, al culpable sólo se le asignaba una pensión alimenticia en casos extremos. En el Derecho actual le concierne una asignación vitalicia, siempre que el otro cónyuge viva y le sea atribuida la causa del divorcio. En tal caso sus derechos sucesorios son los mismos que los del cónyuge no separado. Esta asignación puede ser capitalizada o compensada con la "datio in solutum" de otros bienes. La separación de hecho no aparece regulada en las normas de 1975, a pesar de ser una de las causas de divorcio.

Los problemas no son excesivamente solubles al fallecer uno de los cónyuges, el obligado al pacto de la asignación. Se habla de que al sobreviviente le corres-

ponde, en caso de estado de necesidad, un derecho alimenticio similar al asignado a los hijos no legítimos o extramatrimoniales. ¿Nos hallamos ante un derecho alimenticio o un derecho sucesorio? Cicu, que ha adoptado posturas contradictorias con el tiempo, parece acogerse a la postura del derecho sucesorio. Zanucchi habla de un derecho sucesorio crediticio y Mengoni lo califica de irregular. El tránsito a nuevas nupcias del sobreviviente o la cesión del estado de necesidad y su posible reaparición pueden complicar el tema, y nuestra autora, después de hablar de "un vero e proprio pasticcio di tecnica giuridica", un verdadero "monstrum", invita a cesar en profundizaciones que la jurisprudencia tal vez llegue a aclarar.

La última parte de la obra se titula "Ulteriores derechos atribuidos al cónyuge" y detalla la participación del mismo en muchas de las llamadas sucesiones anómalas, cada una con su regla específica: indemnizaciones de índole laboral, contratos de arrendamiento, posición en la recién regulada empresa familiar, etc., terminando con una amplia referencia al instituto, muy difundido en el Trentino y el Alto Adigio, del "caso Chiuso", de hondas raíces germánicas, pues aparece en el "Odel" y el "Aästate" noruegos, el "Bordsrecht" sueco y en el "Anerbe" alemán.

El resumen de Mezzanotte, a la vez que conclusión, es que todo ello no sólo expresa la crisis del Código Civil en materia de sucesiones, sino la derrota de los principios que proclamó el Código francés en los que el individuo triunfaba sobre la comunidad. Ciertamente que desde 1945 se han promulgado bajo el propio modelo más de 40 Códigos que inmediatamente han pasado a constituir un verdadero "puzzle" para meticulosos juristas. Añadamos por nuestra cuenta que cuando Mezzanotte escribió su obra no habían tenido lugar los acontecimientos que culminaron en noviembre de 1989, fecha de tanta importancia histórica como 1789 ó 1917.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 553-554 (Octubre-noviembre 1990)

"Ambito sustantivo e intertemporal del régimen de las valoraciones del suelo, conforme a la Ley de 25 de julio de 1990", por JOSÉ M.^a ALONSO-VEGA SUÁREZ, pág. 7287.

"Técnicos Superiores y de Grado Medio: apuntes acerca de sus respectivos ámbitos competenciales", por RAFAEL MANZANA LAGUARDA, pág. 7295.

"Error judicial, requisitos. Prisión preventiva del imputado y posterior sobreesamiento de la causa seguida contra el mismo", por CARLOS GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, pág. 7317.

"El dolo de continuación", por VICENTE BAEZA AVALLONE, pág. 7327.

"La cláusula de conciencia como libertad básica del profesional informativo", por MANUEL MENÉNDEZ ALZAMORA, pág. 7337.

"Expectativas legítimas y realidad económica", por ELEANOR SHARPSTON, página 7597.

"La rescisión por lesión y su ejercicio en supuestos de cesión de bienes efectuada en un convenio concursal", por SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL, pág. 7709.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Noviembre 1990)

"Excepciones oponibles por el deudor solidario", por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, págs. 863 a 874.

"La disolución judicial de la sociedad anónima (acerca del art. 262 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)", por JOSÉ M.^a NEILA NEILA, págs. 875 a 881.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 192 (Abril-junio 1990)

"A modo de prontuario sobre una reforma polémica: La Ley 24/1988 del Mercado de Valores", por ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS, pág. 261.

"La estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societarios)", por JOSÉ MASSAGUER, pág. 281.

- "Derecho comunitario y Derecho de consumo", por JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, pág. 327.
- "La administración de las grandes sociedades de capital en el Derecho neerlandés", por FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, pág. 399.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 151 (Enero-marzo 1990)

- "Precio social del trabajo en España y situaciones de desempleo agrario", por MELCHOR GUZMÁN GUERRERO y FELISA CEÑA DELGADO, pág. 7.
- "La concentración económica de las explotaciones agrarias españolas", por LUIS RUIZ-MAYA, pág. 33.
- "El arrendamiento y la aparcería", por LUIS RUIZ-MAYA, pág. 75.
- "Pesquerías artesanales mediterráneas. El caso andaluz", por JUAN A. CAMIÑAS, pág. 83.
- "Eficiencia productiva agraria en las comarcas de la Comunidad Autónoma de Castilla-León", por A. PRIETO GUIJARRO y otros, pág. 119.
- "Incidencia de las reglamentaciones española y comunitaria en los vinos de la zona Montilla-Moriles", por A. TITOS MORENO y T. DE HARO GIMÉNEZ, pág. 139.
- "Actuación comercial de las cooperativas vinícolas. Análisis crítico del caso Montilla-Moriles", por TOMÁS DE HARO GIMÉNEZ y A. C. GÓMEZ MUÑOZ, pág. 157.
- "La política de concentración parcelaria en Aragón", por JUAN DE LA RIVA FERNÁNDEZ, pág. 191.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Núm. 15 (Enero-marzo 1990)

- "Funciones y disfunciones de la legislación alimentaria española", por C. BARROS, pág. 1.
- "Ayudas agrícolas estatales bajo una mayor exigencia de competencia en el Mercado Común Europeo", por JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, pág. 9.
- "La nueva legislación forestal catalana", por AGUSTÍN LUNA SERRANO, pág. 22.
- "Las cajas rurales como institución peculiar y típica del crédito cooperativo agrario en España", por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, pág. 26.
- "Responsabilidad internacional del Estado por actos jurídicos de carácter agrícola realizados por las Comunidades Autónomas", por JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ, pág. 29.
- "La nueva legislación belga sobre arrendamientos rústicos", por M. HEYERICK, pág. 33.
- "Comunicación relativa a la libre circulación de los productos alimenticios en la Comunidad", por la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, pág. 42.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 69 (Julio-septiembre 1990)

- "La crisis del sistema judicial y el referéndum sobre la responsabilidad civil de los Magistrados", por GIUSEPPE DI FEDERICO, pág. 7.
- "Sociología ministerial de los gobiernos frentepopulistas", por JOSÉ M. CUENCA TORIBIO y SOLEDAD MIRANDA GARCÍA, pág. 43.
- "Aproximación a la teoría del caudillaje en Francisco Javier Conde", por ALBERTO REIG TAPIA, pág. 61.
- "La transición a la democracia en México. Una aproximación", por SANTIAGO MÍGUEZ GONZÁLEZ, pág. 83.
- "Los militares en la represión política de la posguerra: la jurisdicción especial de responsabilidades políticas hasta la reforma de 1942", por MANUEL ALVARO DUEÑAS, pág. 141.
- "La reconstrucción del Estado de Derecho en Argentina (1983-1989)", por ENRIQUE I. GROISMAN, pág. 163.
- "Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional", por JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, pág. 175.
- "Sobre las inmunidades parlamentarias", por PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, pág. 189.
- "Canadá, un federalismo casi olvidado", por AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO, pág. 201.
- "Quebec y el acuerdo constitucional de Lac Meech", por INIGO BULLAIN, pág. 217.
- "El gobierno de concentración en el pensamiento y la acción política de Antonio Maura (1918-1922)", por FIDEL GÓMEZ OCHOA, pág. 239.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 127 (Julio-diciembre 1989)

- "Los tres primeros concilios de México", por ZACARÍAS GARCÍA PRIETO, págs. 435 a 487.
- "Las asociaciones en el Derecho canónico y civil", por FERNANDO CAMPO DEL POZO, págs. 489 a 511.
- "El defecto o la falta de libertad interna en la jurisprudencia canónica española", por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 513 a 555.
- "El acto formal de apartamiento del canon 1.117", por RAFAEL RODRÍGUEZ CHACÓN, págs. 557 a 591.
- "Matrimonios canónicos y civiles celebrados en la provincia de Sevilla (1982-1987)", por ULPIANO PACHO SARDÓN, págs. 595 a 613.
- "El Directorio para las celebraciones dominicales en ausencia de presbítero", por JULIÁN LÓPEZ MARTÍN, págs. 615 a 639.
- "Algunas consideraciones en torno a los días festivos en España", por JAIME BONET NAVARRO, págs. 641 a 648.
- "Balance actual del desarrollo y ejecución de los acuerdos entre la Iglesia católica y las Comunidades Autónomas sobre patrimonio histórico", por MARÍA I. ALDANONDO, págs. 649 a 666.

Núm. 128 (Enero-junio 1990)

- "Heurs et maleurs du droit canonique", por GERARD FRANSEN, págs. 9 a 21.
- "On the medieval tradition of Justiniana's *Covellae*. An Index titulorum Authentici in novem collationes Digesti", por STEPHAN G. KUTTNER, págs. 23 a 33.
- "Fra Cremona, Montpellier e Palencia nel secolo XII ricerche su Ugolino da Sesso", por DOMENICO MAFFEI, págs. 35 a 51.
- "Desarrollo y triunfo del principio del consentimiento en el Derecho matrimonial de la Iglesia", por RUDOLF WEIGAND, págs. 53 a 67.
- "Los movimientos eclesiales en la VII Asamblea General Ordinaria del Sínodo de Obispos", por JESÚS BOGARIN DÍAZ, págs. 69 a 135.
- "El régimen de federaciones de monasterios femeninos de monjas", por JUAN LUIS ACEBAL LUJÁN, págs. 137 a 168.
- "Per uno studio del diritto di libertà religiosa", por MARIO TEDESCHI, págs. 169 a 187.
- "Nota bibliográfica sobre conferencias episcopales", por JULIO MANZANARES, págs. 191 a 198.
- "El fuero competente. Textos y comentarios a declaraciones recientes del ST. de la Signatura Apostólica", por JUAN LUIS ACEBAL LUJÁN, págs. 199 a 214.
- "La libertad e igualdad efectivas de los movimientos religiosos en el Estado español y las Comunidades Autónomas", por MARGARITA VENTO TORRES, págs. 214 a 224.
- "El delito canónico de aborto. Comentario a una respuesta de la CPI", por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 225 a 239.

REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES Núm. 15

- "La Ley de Reforma Agraria es más que orgánica", por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
- "Las estructuras agrarias españolas y las comunitarias", por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, pág. 21.
- "Derecho agrario y posesión. Elementos distintivos para la configuración de un instituto típico", por ALVARO MEZA LAZARUS, pag. 29.
- "Le fait successoral. Observations sur les pratiques successorales françaises", por JACQUES DAVID, pág. 41.
- "Aspects methodologiques de la recherche de la succession agricole", por WOLFGANG WINKLER, pág. 53.
- "Le nouve norme della legge 3 maggio 1982, n. 203, in materia di successioni agraire", por ETTORE CASADEI, pág. 71.
- "Le droit successoral agricole", por LOUIS LORVELLEC, pág. 109.
- "Perfil del diritto agrario successorio", por ANTONIO CARROZA, pág. 129.
- "El recurso forestal y el drama económico de la América Latina", por JULIO CÉSAR CENTENO, pág. 141.
- "A empresa agraria brasileira e sua tipicidade", por J. MOTTA MAIA, pág. 173.

Núm. 16

- "Sistemas productivos, vías de desarrollo y sectores sociales en la agricultura venezolana", por JUAN LUIS HERNÁNDEZ, pág. 11.
- "Perfiles sistemáticos y líneas de tendencias del derecho agrario", por ADOLFO GELSIBIDART, pág. 51.
- "Breve análisis crítico sobre los lineamientos generales del VII Plan de la Nación y sus proposiciones para el sector agrícola", por ALEJANDRO GUTIÉRREZ, pág. 87.
- "Economía cafetalera y clase dominante en Venezuela (1830-1920)", por GASTÓN CARBALLO y JOSEFINA RÍOS DE HERNÁNDEZ, pág. 99.
- "El derecho agrario y el desarrollo de América Latina", por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 157.
- "Participación del movimiento agrario en programas de desarrollo agrícola y en la organización de empresas agrícolas y de servicios", por OSCAR DAVID SOTO, pág. 165.
- "Usucapibilidad de las tierras baldías", por FRANK PETIT DA COSTA, pág. 179.

Núm. 17

- "El Derecho de aguas en la agricultura polaca", por ALEXANDER LICHOROWICZ, pág. 11.
- "La colocación en el mercado de la producción agrícola en Suiza", por JACQUES JANIN, pág. 24.
- "El análisis cuantitativo de la oferta agrícola en Venezuela", por ALEJANDRO GUTIÉRREZ, pág. 45.
- "Aspectos técnico-jurídicos de los planes hidrológico-forestales en el ámbito de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y demás normas incidentes. Importancia de dichos planes en las disponibilidades hídricas", por GASPAR DE ARANDA Y ANTÓN, pág. 70.
- "El mercado de los productos agrícolas", por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 85.
- "La contaminación ambiental y la defensa de la persona humana (el caso concreto del Estado Carabobo)", por BLANCANIEVES PORTOCARRERO DE GUZMÁN, pág. 93.
- "Una aproximación al estudio del complejo agroindustrial lácteo venezolano", por EVA LOBO DE DELGADO y otros, pág. 111.

Núm. 19

- "El gran éxito de los sistemas de riego en los Valles Altos de los Andes", por JEAN CHRISTIAN TULET, pág. 11.
- "La economía barinesa (1909-1937)", por RAFAEL CARTAY, pág. 27.
- "Perfiles sistemáticos y líneas de tendencia del Derecho agrario", por ADOLFO GELSI BIDART, pág. 55.
- "Vigencia de la reforma agraria", por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 89.

- "El seguro agropecuario. Realidades, perspectivas y su implantación en Venezuela", por ARNALDO GÓMEZ ABRÉU, pág. 107.
- "Las oleaginosas y el repunte nacional", por el EQUIPO DE POSTGRADO DE DESARROLLO AGRARIO, pág. 123.
- "Perspectivas de la ganadería de altura", por JOSÉ M.^a ROMERO, pág. 147

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Núm. 903 (Abril-junio 1989)

- "Evolución contemporánea del contrato", por MARCO AURELIO RISOLIA, pág. 259.
- "La protección notarial de los contratantes desde las fases preliminares del contrato de compraventa", por RUBÉN RADKIEVICH, pág. 267.
- "La influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales" (1.^a parte), por ALICIA FERNÁNDEZ DE CARBALLO y otros, pág. 317.
- "Mandato y representación: una tercera posición", por MARCELO A. LICCIARDI, pág. 345.
- "El olvidado mandato de nuestra Constitución nacional: el establecimiento del juicio por jurados", por GUILLERMO G. ERBETTA, pág. 365.
- "La conformidad del cónyuge para donar inmuebles y la constitución de usufructo a su favor", por LUIS ROGELIO LLORENS, pág. 369.
- "Responsabilidad disciplinaria", por FRANCISCO MARTÍNEZ SEGOVIA, pág. 377.

NOTICIAS CEE

Núm. 71 (Diciembre 1990)

- "La unificación jurídica europea", por ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, pág. 11.
- "La actividad del Banco Europeo de Inversiones en el exterior de la Comunidad Europea" por MIGUEL ANGEL ARNEDO ORBAÑANOS, pág. 23.
- "Los impuestos ecológicos en la Comunidad Económica Europea", por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 41.
- "Las dificultades de la incorporación al ordenamiento español de las Directivas comunitarias sobre contratación de los sectores excluidos", por FERNANDO DIEZ MORENO, pág. 49.
- "Las subvenciones de los Estados a las empresas en el marco comunitario", por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA, pág. 65.
- "Delors y la Europa social", por BEATRIZ ARECHEDERRA y JUAN ALONSO BERBERENA, pág. 81.
- "La Directiva sobre despidos colectivos: su incidencia en el ordenamiento laboral español" (y II), por MARÍA JOSÉ FEJOO REY, pág. 89.
- "Instrumentos de disciplina ambiental en la Comunidad Económica Europea", por RAMÓN MARTÍN MATEO, pág. 95.